
SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

1. ORIGEM HISTÓRICA

A origem dos testamentos se perde na escuridão dos tempos. *Orígenes* e outros autores de grande nota não duvidaram fazer remontar o uso dos testamentos ao tempo dos primeiros patriarcas. Euzébio, e depois dele Cedreno, contam que Noé, por determinação de Deus, fizera seu testamento, no qual dividia a terra por seus três filhos, assignando o Oriente a *Sem*, a África inteira a *Cham*, e a Europa com as ilhas e partes setentrionais da Ásia a *Japhet*; e que, depois de ter regulado esta divisão, formara um escrito, que recitara a seus filhos e selara quando, porém, se sentiu próximo da morte, chamou aos seus filhos e entregou a *Sem* (o mais piedoso dentre eles) o escrito que continha suas últimas vontades.

Alguns críticos têm olhado este ato como apócrifo, pelo fundamento de que nas Sagradas Páginas não se fala de semelhante divisão.

Porém, o uso dos testamentos teve lugar entre os hebreus antes da lei Mosayca, o que se prova nas Sagradas Páginas, sem recorrer ao testemunho de historiadores, pois nelas vimos que Abraão, antes que tivesse um filho, quisera fazer seu testamento, propondo-se fazer seu herdeiro o filho de Eliezer, seu servo, pelo exato conhecimento que dele tinha.

Este mesmo patriarca em sua vida dá todos os seus bens a Isaac seu filho, e somente legados particulares aos filhos de suas concubinas.

Jacó regula igualmente a ordem de suceder entre seus filhos, e dá a José uma parte dobrada à dos outros irmãos, em contemplação dos seus netos.

Não se podendo duvidar portanto do uso dos testamentos entre os Hebreus, à vista da prova dada, há autores que até referem que aqueles os tinham sujeitado a certas regras: assim estabeleceram que os que tivessem filhos pudessem dispor livremente entre eles, excluindo contudo os estranhos enquanto tivessem parentes próximos; que não pudessem testar de coisas oferecidas por voto a Deus; que não pudessem testar de noite; que pudessem deixar legados à pessoas estranhas, porém com a condição de que passando o ano do Jubileu, os bens imóveis legados devessem voltar para os filhos do testador, ou para seus herdeiros.

Os Egípcios receberam o uso dos testamentos dos seus antepassados descendentes de *Cham*, ou dos mesmos Hebreus, que habitaram cento e quinze anos o Egito, onde Jacó fez seu testamento; o que se prova também de alguns monumentos que fazem menção de suas últimas instituições.

Os legisladores gregos, que tinham viajado pelo Egito, povo civilizado e sábio, de lá trouxeram as melhores leis e costumes, assim se vê o uso dos testamentos recebidos em Lacedônia, Athenas e outras cidades da Grécia, para o que basta citar a autoridade de Plutarco.

JOSÉ DA SILVA PACHECO¹ - Verdade é que o Direito das Sucessões que hoje temos resultou da fusão do Direito Romano, que não só admitia a liberdade de testar sobre a totalidade do patrimônio do *de cuius*, mas tinha a sucessão testamentária na mais alta expressão, a ponto de, entre os romanos, considerar-se uma vergonha morrer sem testamento, e do primitivo Direito germânico que considerava que os bens deviam correr como o sangue para os herdeiros legítimos. É claro, porém, que tanto no Direito Romano, como no dos outros povos que o admitiam ou vieram a admitir, como o nosso, é a sucessão testamentária posterior à legítima.

Contempla o nosso Direito, pelo que está expresso no art. 1.786 do Código Civil, a sucessão legítima e a testamentária, de modo que: I) ocorre a sucessão legítima na ordem de vocação hereditária: a) se alguém morrer sem deixar testamento ou ab intestato; b) se caducar ou for julgado nulo o testamento; c) se houver herdeiros necessários, sobre a quota das legítimas, embora tenha havido testamento sobre a quota disponível; d) quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e) ocorre a sucessão testamentária sempre que houver testamento, relativamente aos bens nele compreendidos.

Assim, admite o nosso Direito as duas modalidades sucessórias, reconhecendo a moderada liberdade de testar. A sucessão testamentária tem por fundamento a disposição de última vontade do testador. Esta se dá por testamento. Por esse motivo, ao regular a sucessão testamentária, restringe-se ao trato do testamento.

2. CONCEITO

MÁRIO ROBERTO CARVALHO DE FARIA ²- O legislador ocupou-se da sucessão testamentária nos artigos 1.857 a 1.990, abordando-a, também, ao tratar da ordem de vocação hereditária nos artigos 1.798 a 1.803. No título referente à ordem da vocação hereditária, o legislador cuidou da capacidade e da incapacidade passiva, isto é, das pessoas legitimadas ou não a receber por testamento.

Pode o testador não ter afeição ou não confiar em determinada pessoa, não desejando instituí-la beneficiária, mas, ao mesmo tempo, pretende beneficiar os filhos dessa pessoa. Pode ser um parente mais próximo, um irmão, com quem o testador teve algum problema, mas, apesar disso, não quer deixar de contemplar seus filhos, evitando que a herança vá para parentes mais distantes.

Pode, inclusive, já ter nascido um filho a data da feitura do testamento e, ser possível nascer outros após a morte do testador, possibilitando assim a disposição, uma igualdade entre todos os filhos da pessoa determinada.

Prescreve o artigo 1.798:

“ Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

Testamento é o documento pelo qual uma pessoa determina em vida como irá dispor dos bens (móveis e imóveis) que possui. É o instrumento da manifestação de vontade destinado a produzir consequências jurídicas com a morte da pessoa.

JOSÉ DA SILVA PACHECO³ - A sucessão testamentária, como o nome indica, baseia-se no testamento, devendo este e aquela observar o que a seu respeito estabelecem as regras jurídicas (arts. 1.857 a 1.990, CC), mas constituindo este, como fundamento daquela, a manifestação unilateral de vontade, há de se atender, necessariamente, a esta.

Por esse motivo, o art. 1.899 do Código Civil é explícito no sentido de que, ao se interpretar cláusula que se contenha no testamento, prevaleça o entendimento que melhor assegure a vontade do testador, o que leva à convicção de se entender a cláusula como dispondo o lícito e o juridicamente possível e não o ilícito ou o impossível. A designação do tempo em que deva começar ou cessar o direito do herdeiro deve ser considerada como não escrita, salvo nas disposições fideicomissárias, desde que observado o disposto nos arts. 1.951 a 1.960, do Código Civil.

O erro na designação do herdeiro, do legatário ou da coisa legada anula a disposição testamentária. Entretanto, se pelo contexto do testamento, por outros documentos ou por fatos inequívocos seja possível identificar a pessoa ou a coisa a que o testador queria referir-se, pode-se considerar válida a disposição. Invoque-se, por semelhante, o contido no art. 142 do Código Civil.

Dar-se-á, também, validade à disposição testamentária 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, CC). Prevalece, igualmente, a disposição em remuneração de serviços prestados ao testador, ainda que fique a arbítrio do herdeiro ou de outrem, determinar o valor do legado (art. 1.901, II, CC). Contudo, considera-se nula a disposição testamentária: a) que institua herdeiro, ou legatário, sob condição captatória de que este disponha, também, por testamento, em benefício do testador, ou do terceiro (art. 1.900, I); b) que se refira a pessoa incerta cuja identidade não se possa averiguar (art. 1.900,11); c) que favoreça pessoa incerta, cometendo a determinação de sua identidade a terceiro, salvo na hipótese acima indicada; d) que deixe a arbítrio do herdeiro ou de outrem fixar o valor do legado; e) que favoreça as pessoas a que se referem os arts. 1.801 e 1.802.

Quanto à designação dos pobres ou estabelecimentos particulares, entende-se que são os do lugar do último domicílio do testador. Quanto às entidades beneficentes, preferem-se as particulares (art. 1.902 e respectivo parágrafo único).

ROBERTO SENISE LISBOA⁴- Sucessão testamentária é aquela que decorre do ato irrevogável de última vontade do *de cuius*, por meio do qual ele dispõe sobre o destino do seu patrimônio a partir de sua morte.

Testamento é o negócio jurídico unilateral e de natureza personalíssima por meio do qual se opera a transmissão dos bens com a morte do testador em prol dos seus sucessores livremente indicados.

O instrumento da declaração de vontade em questão é igualmente denominado testamento, ou, ainda, cédula testamentária.

O testamento é negócio jurídico unilateral, gratuito, solene e revogável, destinado a produzir efeitos após a morte do testador. Sua validade, no entanto, pode ser constatada por ocasião da sua elaboração, encontrando-se presentes os requisitos legais.

Como o testamento é negócio jurídico unilateral que independe da receptividade dos sucessores para se reputar válido, a sua eficácia é suspensa até a morte do testador, instante a partir do qual os herdeiros testamentários são chamados à sucessão, a fim de procederem à aceitação ou à renúncia da herança. Não há, destarte, manifestação receptícia ao testamento em virtude de sua elaboração.

OLIVEIRA LEITE anota que a utilização do testamento era bastante comum no Brasil durante o século XVIII e que possivelmente a inexistência de um sistema codificado e a dificuldade de acesso aos recursos formais interferiram na decadência da sucessão testamentária, que deveria ser resgatada em virtude da importância de suas disposições de caráter não patrimonial.

A maior crítica que se pode ofertar ao testamento refere-se à excessiva quantidade de dispositivos legais que tratam desse instituto, algo característico de um sistema fechado, o que deveria ser revisto, a fim de se viabilizar ao julgador uma maior aplicação dos princípios gerais do negócio jurídico.

Além disso, a revisão do sistema testamentário brasileiro poderia ser extremamente proveitosa para o próprio testador e os herdeiros, mediante a adoção de princípios gerais e normas de menor complexidade, permitindo-se a facilitação da sua utilização.

A sucessão testamentária afasta a incidência ampla da sucessão legítima, pois esta última é de caráter residual, sempre sendo aplicada sobre, pelo menos, metade dos bens deixados pelo *de cuius* no momento de sua morte. A sucessão *ab intestato*, destarte, prevalece sobre todos os bens e em qualquer hipótese, quando não há testamento. Todavia, existindo negócio jurídico em questão, a vontade do testador é que deverá ser observada, nos limites dispostos pela legislação.

Em princípio, o testador poderá dispor de todo o seu patrimônio, desde que não tenha deixado à época de sua morte nenhum herdeiro necessário. Assim, se o *de cuius* deixou descendentes, ascendentes ou cônjuge sobrevivente, o seu poder de livre disposição será delimitado pela legítima ao máximo de 50% (cinquenta por cento) dos bens de sua titularidade, a menos que todos os herdeiros necessários tenham sido excluídos da sucessão por algum motivo previsto na legislação (premoriência, comoriência, deserdação).

A legítima, como porção sobre a qual o testador não pode dispor de forma diversa daquela estabelecida pela legislação, deve ser calculada sobre o valor dos bens existentes à época da abertura da sucessão. O seu cálculo, contudo, deve ser feito em conformidade com o ativo da herança. Para tanto, devem ser abatidas as dívidas e as despesas de funeral e acrescidos os bens sujeitos à colação.

O ato de testar é de natureza personalíssima e pode ser modificado a qualquer tempo, porque a vontade do testador é ambulante. Sua liberdade para testar e modificar o conteúdo desse negócio jurídico é matéria de ordem pública, sendo os limites da autonomia de sua vontade estabelecidos por lei cogente que não pode ser afastada em qualquer hipótese.

Vigora o princípio da irrepresentatividade no testamento, ou seja, o testador não pode ser representado por outra pessoa para elaborar o negócio jurídico, devendo a declaração ser unilateral e livre de influências externas. Como lembra ZENO VELOSO, a pessoalidade do testamento não impede, contudo, a colaboração ou a intervenção de terceiro, por ocasião da outorga do ato, como sucede, por exemplo, com o testador analfabeto, cuja assinatura será colhida a rogo.

O testador poderá dispor sobre os seguintes temas: a contemplação de sucessores testamentários, incluindo-se o nascituro, observados os limites legais; o legado de coisa determinada a uma pessoa; a deserdação de herdeiro necessário; o perdão ao sucessor que praticou o ato que o torna indigno à herança; o reconhecimento de filiação; e assim por diante.

Muito embora sucessão testamentária se sujeite às normas jurídicas vigentes por ocasião da abertura da sucessão, considera-se que a forma adotada para o testamento deve observar a lei àquela época vigente (*tempus regit actum*).

ORLANDO GOMES leciona que, como ato solene, o testamento "está rodeado de numerosas formalidades, que dificultam sua prática, com vistas, porém, à garantia indispensável de sua autenticidade e à tutela da independência da vontade do testador, a fim de assegurar plenamente o resultado jurídico por ele pretendido", pois esse: "formalismo é imposto também para que se conserve a exata compreensão da vontade declarada pelo *de cujos*, e consubstanciada sob forma de regulamento".

Para a melhor compreensão desse instituto, não se pode esquecer a advertência de ITABAIANA DE OLIVEIRA, no sentido de que "a cessão tem por objeto uma universalidade de direito, isto é, um

conjunto de bens que formam uma só massa e não uma série de bens individualmente determinados". Somente a partir dessa premissa, deve-se interpretar as normas jurídicas a respeito da cessão de direitos hereditários.

3. CARACTERÍSTICAS DO TESTAMENTO

Constitui ato jurídico (pode dispor sobre bens ou conter determinações de caráter não patrimonial – art. 1.857 CC) de última vontade, com marcantes características:

a) **unilateral**, porque depende unicamente da vontade do testador; aperfeiçoa-se com a manifestação de vontade soberana e livre do testador que é quanto basta para a validade do ato.

b) **personalíssimo** porque o próprio testador que emite a declaração de vontade, com o intuito de exprimir a forma absoluta de sua vontade pessoal, não admitida atuação ou intervenção de terceiro nos atos de disposição;

c) **revogável** porque faculta ao testador, até o momento de sua morte, alterar suas disposições, podendo conceder direitos a sujeitos até então não contemplados; o testador pode tornar sem efeito o ato, no todo ou em parte, a qualquer tempo;

d) **formal ou solene**, porque exige modelo próprio, dentre as espécies previstas na lei, com verdadeiro ritual na sua elaboração; para garantia do cumprimento da real vontade do testador são impostas formalidades e solenidades;

e) **de eficácia contida**, pois somente se aplica após a morte do testador

f) **gratuito** porque os beneficiários contemplados recebem o bem sem ônus correspondente, sem reciprocidade patrimonial;

JOSÉ DA SILVA PACHECO⁵ - Como negócio jurídico unilateral e solene que é, requer para sua validade: a) agente capaz (arts. 104, I e 166, I, CC); b) objeto lícito (arts. 104,11 e 166,11, CC); c) forma prescrita em lei (arts. 104,11I e 166, IV e V).

Tratando-se de declaração unilateral de última vontade, insta colocar em realce inexistência de partes, além do próprio testador. O herdeiro instituído, assim como o legatário são meros beneficiários, que não participam da formação do negócio testamentário. O tabelião, o comandante, apenas reproduzem o que lhe diz o testador, sem participar do negócio jurídico. As testemunhas também ouvem, lêem e assinam em sinal de que tudo está conforme às declarações do testador.

Sendo ato personalíssimo, só pode ser praticado pelo próprio testador (arts. 1.864, I, 1.868, II, 1.871 e 1.876, § 1º), sendo despicienda a constituição de mandatário, procurador ou representante. De ser ato personalíssimo o testamento resulta, no dizer de PONTES DE MIRANDA, "não poder ser feito por procurador; nem delegada a outrem a instituição; nem, sequer, deixada ao arbítrio do herdeiro ou de outrem, o valor do legado; nem cometida a terceiro a designação da identidade do herdeiro, ou do legatário; nem atribuída à vontade de outrem a eficácia da disposição; nem afastada de imediato a escolha do testador, coma instituição disjuntiva que não se pudesse tomar por verdadeiramente copulativa, ou condicional para um ou ambos" (*Trat. Dir. Priv.*, vol. 56, § 5.659).

Quanto ao testador, pois, figura central, como agente causador do ato unilateral, exige-se que, ao praticá-lo, seja capaz, salientando-se que a superveniência da incapacidade não invalida o ato, do mesmo modo que o testamento do incapaz não se valida coma superveniência da capacidade (art. 1.861, CC). Consideram-se incapazes de testar os menores de dezesseis anos, os loucos de todo gênero, os que, ao testar, não estejam em juízo perfeito, ou que não puderem manifestar a sua vontade por não terem pleno discernimento (art. 1.860, CC).

Relativamente aos beneficiados pelo testamento, apresentam-se, principalmente, o herdeiro e o legatário. O primeiro é o que sucede a título universal respondendo por dívidas e encargos da herança proporcionalmente à sua quota hereditária, o segundo é o que, apenas, sucede a título singular, no bem legado. O novo Código Civil, no art. 1.798, proclama que têm legitimidade para suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Podem ainda ser chamados a suceder, na sucessão testamentária, os filhos, embora não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas ao abrir-se a sucessão (art. 1.799, I). Podem, também, suceder as pessoas jurídicas, inclusive aquelas, cuja organização tenha sido determinada pelo testador, sob a forma de fundação (art. 1.799, II e III). No caso de filhos, ainda não concebidos (art. 1.799, I), os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz. A não ser que no testamento haja disposição contrária, "a curatela caberá à pessoa, cujo filho o testador esperava ter por

herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775)". Se nascer com vida o herdeiro esperado, "ser-lhe-á deferido a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador". Entretanto, se não for concebido o herdeiro esperado, no período de dois anos, após a abertura da sucessão, os bens reservados caberão aos herdeiros legítimos, salvo se houver disposição contrária do testador (art. 1.800, §§ 1º, 2º, 3º e 4º).

Entretanto, são considerados absolutamente incapazes: a) os não concebidos até a morte do testador, salvo se o testamento se referir à prole eventual de pessoas designadas e existentes ao abrir-se a sucessão; b) a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento; c) as testemunhas do testamento) a concubina do testador casado; e) o oficial público civil ou militar, o comandante ou o escrivão perante quem foi feito, assim como o que fizer ou aprovar o testamento (art. 1.801). A nulidade das disposições testamentárias que beneficiem os incapazes acima mencionados, atinge os atos simulados para beneficiá-los, ainda que por interposta pessoa, considerando como tais o pai, a mãe, os descendentes e o cônjuge do incapaz (art. 1.802 e parágrafo único, CC).

Sobre as testemunhas dos testamentos, insta frisar que não podem figurar como tais: a) os menores de dezesseis anos; b) os loucos de todo gênero; c) os surdos-mudos e os cegos; d) o herdeiro instituído, seus ascendentes e descendentes, cônjuge ou colateral; e) os legatários.

O testamenteiro, igualmente, deve ser capaz no momento em que assumir o encargo da testamentária, prevalecendo a incapacidade dos arts. 3º e 4º do Código Civil.

Quanto ao objeto do testamento, convém distinguir: a) o que se atém, propriamente, à disposição de última vontade, sobre todo ou parte do patrimônio, como pertinente ao direito das Sucessões hereditárias; b) o que sai desse campo, por ser disposição estranha ao patrimônio.

O testamento, como forma solene de manifestação de última vontade é a instituição em que se baseia a sucessão testamentária que visa a substituir parcial ou totalmente a sucessão legítima, com disposições positivas ou negativas referentes à herança, embora dele possam constar, também, disposições sobre direito de família, das obrigações ou das coisas. Geralmente, apontam-se como possíveis de integrar o testamento as disposições sobre a instituição de herdeiro, legatário, fideicomissário e fiduciário e encargo; a determinação a respeito de partilhar os bens, ou sobre sua administração; a atribuição de preferência por um legado; a nomeação de testamenteiro; sobre deserção, revogação de testamento, exclusão de direito de crescer, nomeação de tutor, reconhecimento de filho, impenhorabilidade, incomunicabilidade, inalienabilidade, exéquias, funerais, etc.

4. PARTE DISPONÍVEL

A herança, como um todo, abrange o conjunto patrimonial deixado pelo *de cuius* e que pertence aos herdeiros legítimos e testamentários, após deduzidas as parcelas do seu passivo. Abrange a legítima e a parte disponível; o que for objeto da sucessão legítima e o que for objeto de sucessão testamentária; a herança propriamente dita, no 'sentido de parte que couber ao herdeiro legítimo e o legado, que por testamento cabe ao legatário'.

Como em nosso sistema jurídico admitem-se a sucessão legítima e a testamentária, fundamental focalizar-se a herança sob o aspecto da legítima e da parte disponível.

JOSÉ DA SILVA PACHECO⁶ -A herança só espelnde como universalidade jurídica, vinculada aos herdeiros, após a morte do *de cuius* consoante o art. 1.784 do Código Civil. Antes deste evento, na realidade tem-se o patrimônio da pessoa, que é, também, universalidade jurídica. Prospectivamente, seus descendentes e os demais, que estão na ordem da sucessão legítima, vêem tal patrimônio como eventual herança mas, mesmo vendo-o assim, não podem tê-lo como objeto de contrato. São proibidos os pactos ou contratos sucessórios, explícitos ou velados, quer se- jam aquisitivos ou renunciativos, com exceção dos contratos antenupciais, da partilha por ato entre vivos e dos testamentos. Nesses casos excepcionais e nas doações, todavia, há que se respeitar a legítima dos herdeiros necessários, só podendo ter por objeto a parte disponível.

Qualquer pessoa, em vida, não pode: a) doar, sob pena de nulidade, a parte que exceder a de que o doador no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento; b) fazer doação antenupcial entre os cônjuges, com mais da metade dos bens do doador; c) partilhar, por ato entre vivos ou de última vontade, com prejuízo da legítima dos herdeiros necessários; d) dispor, em testamento ou em negócio *inter vivos*, quer através de doação direta, indireta, simulada ou negócio misto, da metade da herança, havendo herdeiros necessários.

Havendo herdeiros necessários, o testador ou o doador só poderá dispor de metade da herança. São necessários, forçados, legitimários ou reservatários os descendentes ou ascendentes sucessíveis, compreendendo os filhos consanguíneos e adotivos, quando chamados à sucessão.

5.1 COMO SE CALCULA A METADE DISPONÍVEL?

Havendo herdeiros necessários (descendente ou ascendente sucessível e o cônjuge sobrevivente), não se poderá dispor de mais da metade dos bens, uma vez que a outra metade pertencerá, de pleno direito, ao descendente, e, em sua falta, ao ascendente, e mais o cônjuge, dos quais constitui a legítima. Diz-se desse modo, no art. 1.847 que, dos bens patrimoniais, a metade constitui a legítima, parte indisponível, destinada aos herdeiros necessários, e a outra metade disponível livremente de acordo com a lei. Há correspondência quantitativa entre a legítima e a parte disponível.

A quota disponível é constituída pela metade da herança, ou seja, pela metade dos bens do testador, por ocasião de sua morte, sobre a qual pode, livremente, dispor.

Como se calcula a metade disponível? O art. 1.847 do novo Código estabelece como calcular a legítima. O restante é a parte disponível.

É claro que não deve o testador separar, a título de quota disponível, a melhor porção dos bens ou de melhor qualidade, mas fazê-la recair sobre a metade de todos os bens.

Entretanto, desde que respeitado o princípio da maior igualdade possível, pode determinar que a legítima seja integrada por certos bens ou convertidos em certa espécie.

Devem os legados sair da parte disponível, quando houver herdeiros necessários. Não os havendo, todavia, podem, indiferentemente, sair de toda a herança que, deste modo, passa a ser disponível.

O art. 1.847 (antigo, art. 1.722) fixa o critério para a apuração da metade disponível. No caso de testamento, segundo o Código, a parte disponível é apurada sobre o total de bens existentes ao falecer o testador, abatidas as dívidas e as despesas de funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos à colação.

No caso de liberalidade (doação) em vida, o critério é o do parágrafo único desse artigo. O eventual excesso deve ser apreciado no momento em que foi feita a doação, como se o falecimento tivesse ocorrido naquela data. Como um lapso temporal longo pode ter decorrido desde o ato, a prova avaliatória será, por vezes, complexa. Não se deve esquecer de que o art. 2.004 (antigo, art. 1.792) oferece os critérios para o estabelecimento do valor das doações, como veremos.

ORLANDO GOMES enfoca o problema de doações sucessivas. Nesse caso, a regra não pode ser aplicada isoladamente, sob pena de se nulificar o princípio. Segundo entendemos, porém, as doações devem guardar certa contemporaneidade, porque se busca primeiramente a anulação da doação mais recente, como regra geral. Deve ser feito, no caso, um conjunto de avaliações, levando-se em conta todas as doações. Caberá à perícia fixar os valores, com a devida atualização monetária para padrão da época do julgamento. Para a apuração da legítima devem ser levados em conta todos os bens do ativo patrimonial (móveis e imóveis, direitos e créditos), isso ao tempo da morte do testador, já que tratamos do testamento. Desse montante devem ser deduzidos os débitos do morto, os quais passam a onerar o espólio. Há débitos do espólio que se originam após a morte do testador, aí se incluindo as despesas de funeral. As despesas com advogados, auxiliares do juízo, custas de inventário etc. também devem ser deduzidas como dívidas do monte, suportadas proporcionalmente pelos herdeiros e legatários, uma vez que a todos interessam. Se o herdeiro ou legatário prefere constituir advogado próprio, essa despesa é exclusivamente sua, já que o procedimento não requer diferentes patronos.

Naturalmente, trata-se de uma operação contábil. Há créditos duvidosos do espólio, realizáveis a médio e longo prazo, contas a pagar etc. Na verdade, dependendo da complexidade dos bens da herança, há necessidade de um balanço completo. É sobre a massa ativa realizável que deve ser calculada a legítima. Não se pode ficar na esperança de recebimento de créditos duvidosos e eventuais para a inteiração da legítima. Se esses créditos vierem posteriormente a integrar a herança, faz-se uma liquidação complementar do ativo.

Os créditos incobráveis, seja porque o devedor é insolvente, ou porque há discussão sobre sua existência e validade, ou porque já prescritos, não podem ser incluídos na massa para integrar o ativo e, conseqüentemente, não podem ser computados na legítima. Contudo, se o crédito é ou não duvidoso, essa é uma questão de fato que fica a critério do juiz (Borda, 1987, v. 2:94).

Do mesmo modo, não podem ser incluídos os créditos sob condição suspensiva que,

evidentemente, ainda não integram o patrimônio partilhável. Se há condição resolutiva, a situação é de mais difícil solução porque, com o implemento da condição, desaparecerá o bem da herança. Melhor será que os bens sob condição resolutiva sejam imputados na parte disponível. É risco que vai onerar os herdeiros nomeados e legatários.

Como vivemos em um país sob risco de inflação e tendo em vista nosso passado econômico, todas as avaliações devem ser trazidas cuidadosamente para os valores do momento atual da morte. A avaliação contábil deverá estabelecer um padrão vigente à época da partilha, de acordo com os índices oficiais aplicáveis, ou qualquer outro critério legalmente aceito. Há toda uma problemática subjacente à avaliação imobiliária, que só um técnico especializado pode fazer para auxiliar o juízo. A avaliação fiscal não pode ser levada em conta para o cálculo da legítima, visto que espelha valores fora da realidade do mercado e, por força de injunções legais, heterogêneos entre si.

5. DISTINÇÃO ENTRE QUOTA-LEGÍTIMA E QUOTA-DISPONÍVEL

Dispõe o artigo 1.576 do CC/16 que, havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança. Do mesmo modo é a disposição do art. 1.789 do Código Civil de 2002. A legítima, portanto, no Direito Brasileiro, foi fixada em metade dos bens do *de cujus*, sendo a outra metade a quota disponível.

Por sua vez, a sucessão, no direito brasileiro, obedece ao sistema da *divisão necessária*, pelo qual a vontade do autor da herança não pode afastar certos herdeiros - *herdeiros necessários* -, entre os quais deve ser partilhada, no mínimo, metade da herança, em quotas ideais (arts. 1.789, 1.845 e 1.846).

Dessa maneira, pode-se dizer que a sucessão legítima se divide em sucessão legítima necessária e sucessão legítima não necessária. A sucessão legítima necessária é aquela que não pode ser excluída pela vontade do *de cujus*, dando origem aos herdeiros necessários e à quota necessária, também denominada legítima. Em contraposição, ou seja, aquela parte do patrimônio que o *de cujus* pode livremente dispor através do testamento.

Segundo CARLOS MAXIMILIANO, "a legítima ou reserva, é a porção dos bens do espólio que a lei manda caber, de pleno direito e obrigatoriamente, aos parentes do testador em linha direta, chamados à sucessão. Estes se denominam herdeiros necessários, forçados, legitimários ou reservatários; porque só mediante renúncia espontânea, ou por motivos especiais determinados em lei, alegados e provados, ficam despojados de sua cota primacial.

A parte da herança que é reservada exclusivamente aos herdeiros necessários - *parte indisponível* - equivale à metade do acervo, deduzidas as dívidas e as despesas do funeral (art. 1.847). Esta parte indisponível denomina-se *legítima* ou *reserva*.

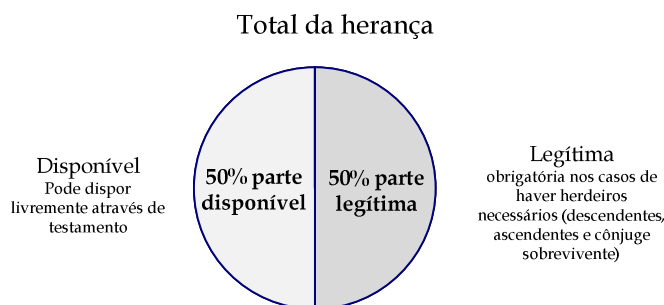
valor dos bens na data da abertura da sucessão	-	dívidas do <i>de cujus</i> e despesas do funeral	=	acervo hereditário	÷ 2 =	legítima + disponível
--	---	--	---	--------------------	-------	-----------------------

A *parte disponível*, então, será a metade ideal do patrimônio que alguém com herdeiros necessários vivos pode dispor em testamento, endereçando-a a quem preferir, para o efeito de restar resguardada, àqueles, a sua *legítima*.

Contudo, é bom esclarecer que se o defunto era casado pela regime de comunhão, deve ser, preliminarmente, antes de qualquer das operações acima mencionadas, separada a meação do cônjuge

sobrevivente, que lhe pertence. O valor da herança, para o cálculo da legítima ou da parte disponível, repousa, apenas, nos bens deixados pelo *de cujus*.

Os herdeiros legítimos do falecido que não compuserem a categoria dos *herdeiros necessários* são denominados *herdeiros facultativos*. Assim, os colaterais até o 4º grau podem ser privados da herança, bastando ao testador não os contemplar nas disposições de última vontade (CC, art. 1.850).



6. PARTE DISPONÍVEL

A herança, como um todo, abrange o conjunto patrimonial deixado pelo *de cujus* e que pertence aos herdeiros legítimos e testamentários, após deduzidas as parcelas do seu passivo. Abrange a legítima e a parte disponível; o que for objeto da sucessão legítima e o que for objeto de sucessão testamentária; a herança propriamente dita, no 'sentido de parte que couber ao herdeiro legítimo e o legado, que por testamento cabe ao legatário'.

Como em nosso sistema jurídico admitem-se a sucessão legítima e a testamentária, fundamental focalizar-se a herança sob o aspecto da legítima e da parte disponível.

JOSÉ DA SILVA PACHECO⁷ -A herança só esplende como universalidade jurídica, vinculada aos herdeiros, após a morte do *de cujus* consoante o art. 1.784 do Código Civil. Antes deste evento, na realidade tem-se o patrimônio da pessoa, que é, também, universalidade jurídica. Prospectivamente, seus descendentes e os demais, que estão na ordem da sucessão legítima, vêem tal patrimônio como eventual herança mas, mesmo vendo-o assim, não podem tê-lo como objeto de contrato. São proibidos os pactos ou contratos sucessórios, explícitos ou velados, quer sejam aquisitivos ou renunciativos, com exceção dos contratos antenupciais, da partilha por ato entre vivos e dos testamentos. Nesses casos excepcionais e nas doações, todavia, há que se respeitar a legítima dos herdeiros necessários, só podendo ter por objeto a parte disponível.

Qualquer pessoa, em vida, não pode:

- a) doar, sob pena de nulidade, a parte que exceder a de que o doador no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento;
- b) fazer doação antenupcial entre os cônjuges, com mais da metade dos bens do doador;
- c) partilhar, por ato entre vivos ou de última vontade, com prejuízo da legítima dos herdeiros necessários;
- d) dispor, em testamento ou em negócio *inter vivos*, quer através de doação direta, indireta, simulada ou negócio misto, da metade da herança, havendo herdeiros necessários.

7. COMO SE CALCULA A METADE DISPONÍVEL?

Havendo herdeiros necessários (descendente ou ascendente sucessível e o cônjuge sobrevivente), não se poderá dispor de mais da metade dos bens, uma vez que a outra metade pertencerá,

de pleno direito, ao descendente, e, em sua falta, ao ascendente, e mais o cônjuge, dos quais constitui a legítima. Diz-se desse modo, no art. 1.847 que, dos bens patrimoniais, a metade constitui a legítima, parte indisponível, destinada aos herdeiros necessários, e a outra metade disponível livremente de acordo com a lei. Há correspondência quantitativa entre a legítima e a parte disponível.

A quota disponível é constituída pela metade da herança, ou seja, pela metade dos bens do testador, por ocasião de sua morte, sobre a qual pode, livremente, dispor.

Como se calcula a metade disponível? O art. 1.847 do novo Código estabelece como calcular a legítima. O restante é a parte disponível.

É claro que não deve o testador separar, a título de quota disponível, a melhor porção dos bens ou de melhor qualidade, mas fazê-la recair sobre a metade de todos os bens.

Entretanto, desde que respeitado o princípio da maior igualdade possível, pode determinar que a legítima seja integrada por certos bens ou convertidos em certa espécie.

Devem os legados sair da parte disponível, quando houver herdeiros necessários. Não os havendo, todavia, podem, indiferentemente, sair de toda a herança que, deste modo, passa a ser disponível.

O art. 1.847 (antigo, art. 1.722) fixa o critério para a apuração da metade disponível. No caso de testamento, segundo o Código, a parte disponível é apurada sobre o total de bens existentes ao falecer o testador, abatidas as dívidas e as despesas de funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos à colação.

No caso de liberalidade (doação) em vida, o critério é o do parágrafo único desse artigo. O **eventual excesso deve ser apreciado no momento em que foi feita a doação, como se o falecimento tivesse ocorrido naquela data**. Como um lapso temporal longo pode ter decorrido desde o ato, a prova avaliatória será, por vezes, complexa. Não se deve esquecer de que o art. 2.004 (antigo, art. 1.792) oferece os critérios para o estabelecimento do valor das doações, como veremos.

ORLANDO GOMES enfoca o problema de doações sucessivas. Nesse caso, a regra não pode ser aplicada isoladamente, sob pena de se nulificar o princípio. Segundo entendemos, porém, as doações devem guardar certa contemporaneidade, porque se busca primeiramente a anulação da doação mais recente, como regra geral. Deve ser feito, no caso, um conjunto de avaliações, levando-se em conta todas as doações. Caberá à perícia fixar os valores, com a devida atualização monetária para padrão da época do julgamento. **Para a apuração da legítima devem ser levados em conta todos os bens do ativo patrimonial (móveis e imóveis, direitos e créditos), isso ao tempo da morte do testador, já que tratamos do testamento. Desse montante devem ser deduzidos os débitos do morto, os quais passam a onerar o espólio. Há débitos do espólio que se originam após a morte do testador, aí se incluindo as despesas de funeral. As despesas com advogados, auxiliares do juízo, custas de inventário etc. também devem ser deduzidas como dívidas do monte, suportadas proporcionalmente pelos herdeiros e legatários, uma vez que a todos interessam**. Se o herdeiro ou legatário prefere constituir advogado próprio, essa despesa é exclusivamente sua, já que o procedimento não requer diferentes patronos.

Naturalmente, trata-se de uma operação contábil. Há créditos duvidosos do espólio, realizáveis a médio e longo prazo, contas a pagar etc. Na verdade, **dependendo da complexidade dos bens da herança, há necessidade de um balanço completo. É sobre a massa ativa realizável que deve ser calculada a legítima**. Não se pode ficar na esperança de recebimento de créditos duvidosos e eventuais para a inteiração da legítima. Se esses créditos vierem posteriormente a integrar a herança, faz-se uma liquidação complementar do ativo.

Os créditos incobráveis, seja porque o devedor é insolvente, ou porque há discussão sobre sua existência e validade, ou porque já prescritos, não podem ser incluídos na massa para integrar o ativo e, conseqüentemente, não podem ser computados na legítima. Contudo, se o crédito é ou não duvidoso, essa é uma questão de fato que fica a critério do juiz (Borda, 1987, v. 2:94).

Do mesmo modo, não podem ser incluídos os créditos sob condição suspensiva que, evidentemente, ainda não integram o patrimônio partilhável. Se há condição resolutiva, a situação é de mais difícil solução porque, com o implemento da condição, desaparecerá o bem da herança. Melhor será que os bens sob condição resolutiva sejam imputados na parte disponível. É risco que vai onerar os herdeiros nomeados e legatários.

Como vivemos em um país sob risco de inflação e tendo em vista nosso passado econômico, todas as avaliações devem ser trazidas cuidadosamente para os valores do momento atual da morte. A avaliação contábil deverá estabelecer um padrão vigente à época da partilha, de acordo com os índices oficiais aplicáveis, ou qualquer outro critério legalmente

aceito. Há toda uma problemática subjacente à avaliação imobiliária, que só um técnico especializado pode fazer para auxiliar o juízo. A avaliação fiscal não pode ser levada em conta para o cálculo da legítima, visto que espelha valores fora da realidade do mercado e, por força de injunções legais, heterogêneos entre si.

Assim, a legítima ou quota indisponível é apurada sobre um valor hereditário ficticiamente alargado pela soma ao *relictum* e para além disso, líquido.

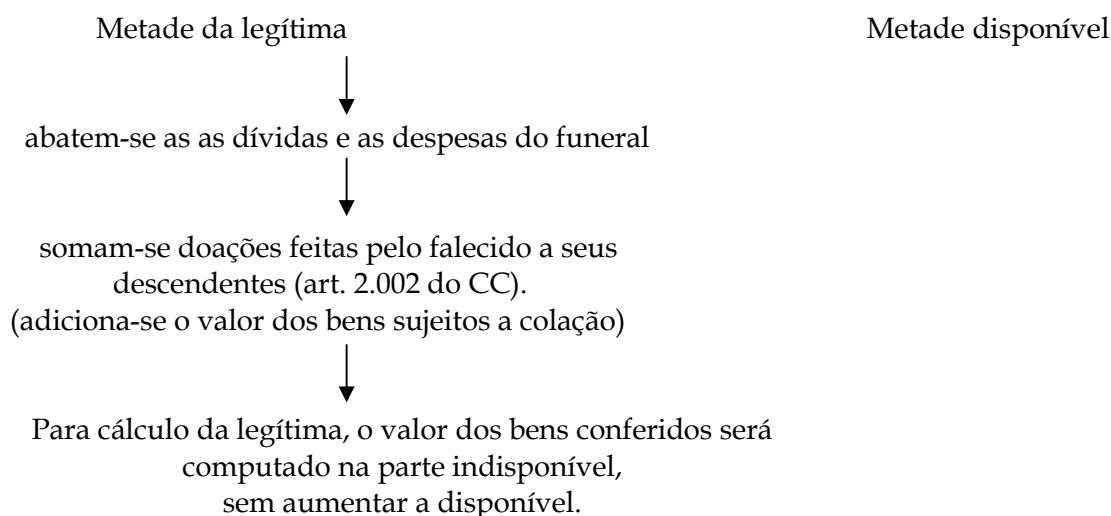
A legítima nunca pode ser menor do que a parte disponível. Mas pode ser maior.

JOSÉ DA SILVA PACHECO⁸ - De acordo com o disposto no artigo 1.847 do novo Código Civil, calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas de funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação. Ao falecer determinada pessoa, abre-se-lhe a sucessão, deferindo-se a herança como um todo unitário, que permanece indivisa até a partilha, antes da qual o acervo deixado pelo *de cuius* responde pelo pagamento das dívidas. Por esse motivo, o artigo 1.997, 1ª parte, assevera que a herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido.

As despesas funerárias, ademais, haja ou não herdeiros legítimos, sairão do monte da herança (artigo 1.998). Desse modo, a primeira operação consiste em deduzir do valor dos bens existentes, deixados pelo *de cuius*, os valores referentes às dívidas do falecido e às despesas funerárias, observando-se o disposto nos artigos 1.847, 1.997 e 1.998. O que se transmite aos herdeiros e sucessores do *de cuius*, na realidade, é o saldo entre o seu ativo e passivo, pois, praticamente, a herança é o que deixa o falecido depois de satisfeitos os seus credores. **Feita a dedução das dívidas do falecido e das despesas funerárias, dividir-se-á o produto em duas partes iguais, uma das quais corresponderá à metade disponível e a outra, genericamente, deveria constituir a legítima dos herdeiros necessários.**

Embora uma das duas metades, acima apuradas, devesse corresponder à legítima dos herdeiros necessários, pode acontecer que o testador, durante a sua vida, tenha feito doações a descendentes. Nesse caso, **a lei impõe aos herdeiros beneficiados o dever de conferir o valor das doações para igualar as legítimas (artigo 2.002).** A essa imposição legal dá-se o nome de **colação**.

Por esse motivo, o parágrafo único do artigo 2.002, do novo código; estabelece que "*para o cálculo da legítima, o valor dos bens conferidos será computado na parte indisponível, sem aumentar a parte disponível*". Coerentemente, o artigo 1.847, *in fine*, manda adicionar, "*em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação*". Assim, à metade dos bens do testador, adiciona-se a importância dos bens sujeitos a colação. Em resumo, **o valor apurado, após a dedução das dívidas e das despesas de funeral, dividido por dois, dá, conseqüentemente, duas metades, uma das quais corresponde à parte disponível, como acima dissemos, e à outra será adicionado o valor dos bens sujeitos à colação (artigos 2.002 e seg.), obtendo-se, como resultado, o valor da legítima.**



Exemplificando:

➤ Se encontramos no momento da morte o seguinte quadro:

- ativo.....200 mil

- passivo.....	35 mil
- gastos com velório	15 mil
- doou em vida para um dos filhos um apt ^o , no valor de	100 mil
Subtrai-se: 200 (ativo) – 35 (passivo) – 15 (funeral) =.....	150 mil

- O instituto da colação visa a paridade. Se fosse uma doação com cláusula de NÃO COLAÇÃO, não iria colacionar.

150 ÷ 2 =	75 mil
75 (1/2 líquida) + 100 (colação).....	175 mil = a legítima

A regra aplica-se à legítima.

Observações:

- **TEMPUS REGIT ACTUM** - COM CLÁUSULA DE NÃO COLAÇÃO - Se válida, se aperfeiçoa no ato. **Sai da parte disponível. No Direito Civil, o que é nulo será eternamente nulo.** O casamento nulo jamais convalidará. O testamento nulo jamais convalidará. **A doação nula jamais convalidará.**
- O que vem de colação não se submete ao ITCMD. Porque teve o seu fato gerador na doação. Do contrário seria *bis in idem: causa mortis e doação inter vivos*.
- **A doação universal é nula. Se extrapolar, é nula no que houver extrapolado.** Se os pais tem apenas um filho, não podem doar a ele. Porque estariam doando a universalidade. Isto porque os pais não podem ficar à mercê do Estado. Em havendo reserva de usufruto, a *ratio* é atendida, porque não deixaria os pais na miséria. Se alguém doar tudo o que tem é nulo. Mas não é facilmente detectável. Por outro lado, os pais costumam ter alguma renda, que acaba por validar o ato.

8. DA RESTRIÇÃO DE CLÁUSULAS SOBRE OS BENS DA LEGÍTIMA

Existem três cláusulas possíveis:

- 1.INCOMUNICABILIDADE** - Para que os bens não comuniquem com o marido da filha ou com a mulher do filho. É uma declaração de ódio. Evita a comunicação entre os cônjuges. Para que serve? Se a filha vender e transformar em dinheiro, ela pode dar para ele.
- 2.IMPENHORABILIDADE** - Impede que se penhorem os bens. O melhor talvez fosse deixar para o neto, com o usufruto da filha.
- 3.INALIENABILIDADE** - Esta cláusula soma a impenhorabilidade e a incomunicabilidade. Não pode alienar. Se não pode alienar, não pode também penhorar. É a cláusula máxima. Naquilo que eu POSSO DISPOR (da parte disponível), posso clausular. Na parte referente à LEGÍTIMA, é preciso apresentar uma JUSTA CAUSA. Esta justa causa pode ser confirmada ou derrubada no judiciário. Como justa causa temos como exemplo o herdeiro toxicômano e o pródigo.

Contrariamente ao que dispunha o código anterior no artigo 1.723, o novo Código Civil, no artigo 1.848, é expresso em proibir o testador de estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e de incomunicabilidade sobre os bens da legítima, salvo se houver justa causa, declarada no testamento. O dispositivo legal usa a expressão "não pode". A ressalva obriga o testador a declarar, com clareza e precisão, a justa causa para as hipóteses em que seja necessário resguardar os direitos do herdeiro.

Aliás, sobre esta restrição, o código, no artigo 2.042, estabelece que o disposto *no caput do* artigo 1.848 é aplicável às sucessões abertas no prazo de um ano após a data em que entrou em vigor o código, ainda que o testamento tenha sido feito na vigência do código anterior. Permite-se que, nesse prazo, o testador declare, em aditamento ao testamento, a justa causa para a restrição. Se não o fizer, a restrição não subsistirá, ainda que o testamento tenha sido feito sob a incidência do código anterior. A justa causa tem de ser expressa, clara e precisa. Não é, também, permitido que estabeleça o testador a conversão de bens da legítima em outros de espécie diversa (artigo 1.848, § 1º). O Código anterior, no artigo 1.723, ao

contrário, permitia que o testador determinasse a conversão dos bens da legítima em outras espécies. O atual, porém, não o permite.

Mediante autorização judicial, diz o § 2º do artigo 1.848, "e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão subrogados nos ônus dos primeiros". Tem pertinência a invocação do artigo 1.112 do Código de Processo Civil, que, em seu inciso II, estabelece como adequado o procedimento dos artigos. 1.103 a 1.111, para a sub-rogação, e o Decreto-Lei n. 6.777/44. Sobre a competência, há discussão, entendendo uns que é do juízo onde foram impostas as cláusulas (RT 489/82), e outros que é do foro da situação dos bens (RJTJESP 37/145).

Sobre a sub-rogação, é preciso assinalar:

1º) a cláusula de inalienabilidade imposta aos bens por ato de liberalidade implica impenhorabilidade e incomunicabilidade (artigo 1.911 *caput*);

2º) embora seja ela proibida, como dissemos, no artigo 1.848, ressalva esse artigo a hipótese de haver justa causa declarada no testamento;

3º) nesta última hipótese, desde que haja clara justificação, prevalece a cláusula, com os efeitos do item 1º supra;

4º) nesse caso, pode haver sub-rogação conforme o disposto no § 2º do artigo 1.848 e parágrafo único do artigo 1.911. Sobre a sub-rogação, no direito anterior, ver, p. ex.: Ferreira Alves, in *Manual de Paulo Lacerda*, vol. XIX, p. 194; Tito Fonseca, *Sucessão Testamentária*, p. 208; Eduardo Espínola, *Questões jurídicas*, p. 184; Alcides Mendonça Lima, sub-rogação de bens proibida pelo testador, in *Revista. Forense*, vol. 91, p. 63 e seg.

No direito anterior, embora a legítima fosse considerada como pertencente ao herdeiro necessário, permitia-se que o testador, sem qualquer justificativa, impusesse restrições que podiam, inclusive, impedir o poder de dispor, inerente à propriedade. Desse modo, permitiam-se cláusulas restritivas de inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade, conversão em outros bens e administração. Atualmente, porém, o artigo 1.848, com referência à legítima, diz que não pode o testador estabelecer as cláusulas que menciona, salvo se houver justa causa, expressamente declarada no testamento. Se não houver a declaração expressa de justa causa no próprio testamento, prevalece a proibição. Não mais prepondera a vontade do testador, como se fosse o dono do mundo, mas justa causa expressamente demonstrada no testamento, para dar eficácia à disposição de última vontade, relativa à cláusula restritiva da legítima, que pertence de pleno direito ao herdeiro necessário. Não basta que o testador declare que há justa causa. É preciso que ele demonstre, com argumentos razoáveis, a ocorrência de causa justa para tolher o herdeiro, no exercício do direito de usar, gozar e dispor dos bens que lhe foram transferidos por sucessão hereditária.

9. O HERDEIRO NECESSÁRIO, ALÉM DA LEGÍTIMA, PODE RECEBER O QUE O TESTADOR LHE DOAR DE SUA PARTE DISPONÍVEL

O fato de ser reservado ao herdeiro necessário a metade da herança, que constitui a sua legítima (artigo 1.846), não impede que o testador o beneficie com bens da sua parte disponível, da qual pode ele dispor como lhe convier. Por esse motivo, o artigo 1.849 enfatizou que "o herdeiro necessário, a quem o testador deixar a sua parte disponível, ou algum legado, não perderá o direito à legítima". Se a legítima lhe pertence de pleno direito (artigo 1.846) e se da parte disponível pode o testador livremente dispor, é claro que se este atribuir àquele os bens de sua metade disponível, ainda que ele já tivesse direito à legítima, de ambas as partes, será beneficiário, sem qualquer óbice.

10. DO AFASTAMENTO DOS COLATERAIS

Embora sejam os colaterais herdeiros legítimos (artigo 1.829, I, não são herdeiros necessários, que compreendem apenas os descendentes, ascendentes e o cônjuge, conforme determina, expressamente, o artigo 1.845. Desse modo, ainda que haja herdeiros colaterais (irmão, sobrinho), pode o testador afastá-los da sucessão com a simples disposição de todos os seus bens, sem contemplá-los (artigo 1.850). Como já dissemos antes, se tiver o testador herdeiros necessários, descendentes, ascendentes ou cônjuge sobrevivente, não pode dispor senão da metade de seu patrimônio (artigo 1.789), visto que a outra metade pertence, de pleno direito, aos herdeiros necessários (artigo 1.846). Logo, se não tiver descendentes (filhos, netos, bisnetos), nem ascendentes (pai, avós), ou cônjuge sobrevivente, pode dispor, livremente, de seus

bens, sem qualquer óbice, e, se o fizer, sem beneficiar os colaterais, tem-se estes como excluídos da sucessão (artigo 1.850).

11. DA CAPACIDADE PARA TESTAR

Considera-se habilitado a testar publicamente aquele que pode fazer de viva voz as suas declarações e verificar pela sua leitura, haverem sido fielmente exaradas. E tal capacidade é aferida no momento em que se testa, conforme art. 1.861 do CC: “a incapacidade superveniente não invalida o testamento eficaz, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade.”

O art. 1.860 do CC/02 não enumera o rol dos incapazes de testar que era elencado no art. 1.627 do CC/16 e que eram os menores de 16 anos, os loucos de todo o gênero, os que não estejam em seu perfeito juízo e os surdos-mudos que não puderem manifestar a sua vontade. No entanto, dispõe este art. 1.860 do CC/02 que não podem testar, além dos incapazes, os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento.

A incapacidade enumerada em lei é absoluta.

Exige o art. 1.864, I do CC que o testamento seja ‘de acordo com as declarações do testador’.

Assim sendo, não podem utilizar-se do testamento público:

- a) as pessoas que, embora em perfeito juízo, não possam falar como, por exemplo, aquelas que tiveram derrame cerebral e perderam o uso da fala;
- b) o mudo ou surdo-mudo;
- c) o menor de 16 anos mesmo que assistido ou representado por seus representantes legais.

São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. (art. 1.845)

Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima. (art. 1.846)

Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima. (art. 1.848)

O herdeiro necessário, a quem o testador deixar a sua parte disponível, ou algum legado, não perderá o direito à legítima. (art. 1.849)

Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar. (art. 1.850)

A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. (art. 1.790)

Até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente: ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão. (art. 1.797)

Não pode ser nomeado herdeiro nem legatário o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos. (art. 1.801, III)

São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro. (art. 1.814, II e II)

A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; ao cônjuge sobrevivente; aos colaterais. (art. 1.829)

Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente. (art. 1.830)

Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. (art. 1.831)

Em concorrência com os descendentes caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer. (art. 1.832)

Se não houver cônjuge sobrevivente serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau. (art. 1.839).

ROBERTO SENISE LISBOA⁹- Em princípio, qualquer sujeito pode ser testador, bastando que seja capaz e tenha a livre administração dos seus bens.

Facção testamentária ativa é a capacidade de testar. Isso não significa, porém, que o testador pode incluir a legítima dos herdeiros necessários em testamento, já que a lei limita o poder de disposição à metade do seu patrimônio, a fim de resguardar os interesses dos herdeiros por ela considerados inafastáveis da sucessão sem motivo justificado, que é o que sucede com os descendentes, os ascendentes e o cônjuge sobrevivente.

Porém, algumas pessoas se encontram incapazes de testar:

- a) **o menor de 16 anos.** Toda pessoa física ou natural encontra-se legitimada para elaborar testamento, desde que tenha, à época de sua realização, pelo menos 16 anos de idade. E não necessita, por exceção, de convalidação por parte de seu assistente legal, pois a capacidade para testar é de natureza específica, diretamente conferida pelo legislador ao relativamente incapaz para a realização de outros atos ou negócios jurídicos (obrigacionais, contratuais etc.). Observa Zeno Veloso que o testador possui capacidade especial que se distingue daquela conferida ordinariamente para a prática de atos e negócios jurídicos em geral. Além disso, não haveria sentido em se exigir a presença do assistente legal no momento da elaboração do testamento, até mesmo porque poderia se colocar em dúvida a liberdade de expressão do testador. Por outro lado, a idade avançada não constitui óbice para testar. O impeditivo é a alienação mental, não a idade avançada em si.
- b) **os que, por enfermidade ou retardo mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática do ato;**
- c) **os que, por motivo transitório, não puderem exprimir sua vontade.** No Código de 1916, a relação era a mesma dos absolutamente incapazes de então (o menor de 16 anos, o louco, o surdo-mudo que não tem como exprimir sua vontade), exceção feita, obviamente, aos ausentes.

A ação para questionar a invalidade do testamento somente pode ser proposta após a morte do testador.

A incapacidade superveniente do testador não é óbice para o reconhecimento da validade do testamento.

Por outro lado, o testamento elaborado pelo incapaz não se valida com a superveniência da sua capacidade.

Há pessoas legitimadas para elaborar determinada modalidade de testamento, porém não outra. É o que sucede com o cego, a quem a lei tão-somente atribui legitimação para estipular testamento público. De igual modo, o analfabeto não pode elaborar testamento cerrado. Por sua vez, o surdo-mudo somente pode se valer do testamento cerrado se vier a escrevê-lo em sua integralidade e o assine de próprio punho, entregando-o ao oficial público, na presença de duas testemunhas, após escrever na face externa que aquele é o seu testamento.

A pessoa jurídica não se encontra legitimada para testar, uma vez que a destinação do seu patrimônio observará o que dispuser o seu contrato social ou estatuto associativo (conforme for uma sociedade comercial ou civil ou, por outro lado, uma associação ou fundação) ou, ainda, o que dispuser a assembléia de distrato da entidade.

MARIA HELENA DINIZ¹⁰ divide a capacidade testamentária em ativa e passiva – A capacidade testamentária ativa é condição da validade jurídica do ato de última vontade, pois para fazer testamento é preciso que o testador seja capaz. Essa capacidade de testar é a regra geral, e a incapacidade, a exceção. Realmente, nosso Código Civil, ao prescrever a capacidade testamentária ativa, reconheceu a todas as pessoas o direito de dispor de seus bens por testamento, qualquer que seja sua nacionalidade (LICC, art. 10), ao firmar o princípio da lei domicilia como reguladora da sucessão legítima e testamentária, porque a testificação é oriunda do direito de propriedade, reconhecido e garantido a todos. Desse modo, não podem ser admitidos outros casos de incapacidade, além dos que a lei taxativamente determina: menores de 16 anos, os desprovidos de discernimento. Poder-se-ão acrescentar a esse rol as pessoas jurídicas, ante o art. 1.857 do Código Civil, que estatui: “Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”. Ora, a capacidade testamentária ativa é um direito exclusivo das pessoas naturais e não das pessoas jurídicas, que, se forem perpétuas, não se sujeitam à morte, e, se forem temporárias, extinguir-se-ão em virtude de fenômeno diverso da morte; assim sendo, não se justifica a disposição de seus bens por facção testamentária.

Estes são os únicos casos de incapacidade testamentária ativa.

Idade avançada, analfabetismo (CC, art. 1.865); surdez (CC, art. 1.866); cegueira (CC, art. 1.867); enfermidade grave não inibem o indivíduo de testar.

12. DA CAPACIDADE PARA ADQUIRIR POR TESTAMENTO

A capacidade para adquirir por testamento ou capacidade testamentária passiva rege-se pela regra genérica de que são capazes de receber por testamento todas as pessoas, físicas ou jurídicas, existentes ao tempo da morte do testador, não havidas como incapazes (CC, arts. 1.798 e 1.799); assim sendo, a capacidade é a regra, e a incapacidade, a exceção. Fazendo referência a pessoas, a norma jurídica exclui animais e coisas inanimadas, a menos que as disposições que lhes são alusivas se apresentem sob a forma de um ônus ou de uma liberalidade a uma pessoa capaz de ser beneficiada em testamento. Além do mais, somente as pessoas naturais, nacionais ou estrangeiras (LICC, art. 10, § 2º), maiores ou menores, que estiverem vivas ao tempo da abertura da sucessão, podem ser herdeiras ou legatárias, de maneira que, se o herdeiro ou o legatário falecerem antes do testador, a cláusula testamentária que os contempla caduca ou se torna ineficaz, embora nada obste a que o testador, prevendo a pré-morte do herdeiro instituído, declare que, na ocorrência desse fato, o direito à sua sucessão passará aos descendentes daquele, que herdarão em razão de substituição ordenada no testamento e não em razão de direito de representação, que inexistente na sucessão testamentária. Inadmissível é a instituição da alma como legatária ou herdeira, por não ter personalidade jurídica, mas nada impede que se faça legado a corporações religiosas para missas e obras pias em sufrágio da alma do testador ou de outrem, caso em que o testamentário se encarregará de o fazer cumprir. Podem ser beneficiadas por testamento as pessoas jurídicas, civis ou comerciais, de direito público ou de direito privado (CC, art. 1.799, II).

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO assevera que, no tocante às sociedades ou associações, a capacidade testamentária passiva independe do prévio registro de seus contratos, estatutos ou atos constitutivos, equiparando-se para efeitos sucessórios aos nascituros. Salienta, ainda, esse jurista que o testador, no ato de última vontade, pode reservar bens livres a uma pessoa jurídica *in fieri*, que, ao ser organizada, criará uma fundação destinada a atender finalidades úteis, culturais ou humanitárias (CC, arts. 62 e 1.799, III), apesar da entidade por ele ideada não haver obtido existência real, sendo por isso equiparada, também, ao nascituro, ante a necessidade de se protegerem tais entes morais devido a seus

fins de interesse geral. É preciso lembrar, ainda, que não terá validade a instituição de pessoa incerta, mas se relativa for essa incerteza, ou seja, se se puder identificar o beneficiado, não se invalida a disposição testamentária que contém imprecisão ou errônea nomeação (CC, arts. 1.900, II e III e 1.901). Na hipótese de testamentos em favor de pobres ou de instituições beneficentes, destinar-se-ão, na falta de menção do testador, seus bens aos do seu domicílio, exceto se manifestamente constar que pretendia beneficiar os de outra localidade (CC, art. 1.902).

A incapacidade para adquirir por testamento pode ser absoluta, se tiver caráter de generalidade e indiscriminação pessoal, e relativa, se atingir certas pessoas que não podem receber, por via de testamento, por razões especiais.

São absolutamente incapazes para adquirir por testamento:

1. O indivíduo não concebido (*nondum conceptus*) até a morte do testador, salvo se a disposição testamentária se referir à prole eventual de pessoas designadas pelo testador, existentes ao abrir-se a sucessão (CC, art. 1.799, testador deveria excluir filho adotivo, pois a pessoa indicada poderia adotar tão somente para conseguir o benefício testamentário. O futuro genitor, indicado no testamento, precisa estar vivo à época da abertura da sucessão. Se não o tiver, não poderá conceber, e a disposição caducará. A deixa, que beneficia prole eventual, valerá, mas sua eficácia dependerá que o herdeiro esperado seja concebido e nasça com vida. Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, ele não for concebido, os bens que lhe foram destinados passarão aos herdeiros legítimos, exceto se o testador dispuser o contrário (CC, art. 1.800, § 4º). Essa estipulação de um prazo razoável evita que a situação se perpetue, aguardando o nascimento do sucessor do *de cuius*. Esse prazo de espera para que o herdeiro seja concebido, sob pena de perda do benefício testamentário, justifica-se plenamente, pois a deixa foi feita *sub conditione*. Nem se poderia nomear herdeira, ou legatária, a prole eventual de pessoa que não possa conceber antes de dois anos, contados do falecimento do autor da herança. Por exemplo, se este contemplou prole eventual de Maria, que conta com três anos de idade, a verba testamentária caducará, uma vez que a designada não poderia gerar filho, no biênio previsto em lei. Como os bens não podem ficar sem dono durante o intervalo entre a morte do testador e o nascimento do beneficiário, o testador somente poderá atingir seu objetivo mediante fideicomisso (CC, art. 1.952), nomeando fiduciário para guardar tais bens. Estabelece ainda a curatela *nondum conceptus* (art. 1.800, §§ 1º, 2º e 3º), uma vez que os bens da herança que couberem à prole eventual da pessoa indicada pelo testador serão confiados, aos a partilha, a curador nomeado pelo juiz, o qual ficará com a guarda provisória. Em regra, esse curador, salvo disposição testamentária em contrário, será a pessoa cujo filho o testador espera ter por herdeiro, pois suas funções estão ínsitas no poder familiar, ou as pessoas indicadas no art. 1.808 do Código Civil. Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, reger-se-ão, no que couber, pelas normas alusivas à curatela dos incapazes. Tal guarda provisória poderá, excepcionalmente (CC, art. 1.977), recair sobre o testamenteiro, mediante pagamento de vintena (CC, art. 1.987). E se o herdeiro esperado nascer com vida, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir do óbito do autor da herança. Fácil é denotar que o nascituro, concebido ao tempo da morte do testador (CC, art. 1.798), não está excluído da testificação passiva, pois sua capacidade é condicional, consolidando-se somente ao nascer com vida, caso em que recolherá a herança ou o legado, caducando a disposição testamentária em seu benefício se nascer morto ou se vier a finir antes da abertura da sucessão; a parte que lhe era cabível será devolvida aos herdeiros legítimos ou ao substituo testamentário, retroagindo a devolução à data da abertura da sucessão.

2. As pessoas jurídicas de direito público externo (LICC, art. 11, § 2º), cuja incapacidade é relativa apenas à propriedade imóvel no Brasil e aos bens suscetíveis de desapropriação, salvo os prédios necessários ao estabelecimento das legações e consulados. Tais pessoas estão impedidas de possuir ou adquirir bens imóveis no Brasil não só por testamento, mas também por qualquer título, como compra e venda, doação, permuta, porque permiti-lo representaria um perigo à soberania nacional, criando dificuldades ao seu pleno exercício, dado que nesses bens os governos estrangeiros poderiam instalar seus súditos.

O Código Civil, art. 1.801, arrola os casos de incapacidade testamentária passiva relativa, proibindo que se nomeiem herdeiros e legatários.

- 1) A pessoa que, a rogo, escreveu o testamento (art. 1.870), seu cônjuge, seus ascendentes, descendentes e irmãos. Isto é assim porque a pessoa que redigiu o testamento é suspeita, podendo abusar da confiança que o testador nela depositou, alterando o conteúdo de sua última vontade, induzindo-o a beneficiá-la ou a dispor favorecendo seu consorte ou parente próximo.

- 2) As testemunhas testamentárias, evitando-se que alguma delas possa influenciar a vontade do testador para dispor em seu benefício, pois como intervêm na elaboração do testamento devem ficar isentas de quaisquer interesses materiais, para segurança e verdade das disposições de última vontade, mesmo que se trate do auto de aprovação em testamento cerrado, hipótese em que ignoram o conteúdo da disposição testamentária.
- 3) O concubinário do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos, ajustando-se às novas condições sociais operadas pela evolução dos costumes e pelo senso moral médio da opinião pública, o que é, no nosso entender, indubitavelmente, ilógico e imoral, ante o fato de, em se tratando de doação efetivada por ato inter vivos de cônjuge adúltero ao seu cúmplice, permitir a lei (CC, art. 550) a sua anulação pelo outro cônjuge ou pelos herdeiros necessários até dois anos após a dissolução da sociedade conjugal. É preciso deixar claro que será válida a disposição testamentária em favor de filho não matrimonial do testador. A proibição do Código Civil, art. 1.801, II, não atinge o separado judicialmente – que poderá aquinhoar sua amante livremente, pois seus bens, depois da partilha, permanecem livres – nem o solteiro ou viúvo, que podem contemplar concubina, inexistindo incapacidade testamentária passiva.
- 4) O tabelião, civil ou militar, nem o comandante ou escrivão perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar testamento, porque não se acham de todo isentos de suspeição. Logo, será preciso resguardar o testamento, para preservar a moralidade de suas disposições, impedindo-se abuso de confiança por parte dos que participam de sua elaboração mediante a proibição de que o testador os contemple, evitando-se que atuem sobre a sua vontade, a fim de afastar dúvidas sobre a sinceridade de suas declarações e honestidade do serventuário.

Se, apesar das proibições do Código Civil, arts. 1.798 e 1.801, se beneficiarem as pessoas aí mencionadas, nulas serão as disposições testamentárias, ainda quando simulem a forma de contrato oneroso ou os contemplem por interposta pessoa: pai, mãe, descendentes, cônjuge ou companheiro do incapaz (CC, art. 1.802 e parágrafo único). Ou seja, quando o testador se vale de testa-de-ferro, realizando obliquamente a operação que tinha em mente, p. ex: devido à proibição de beneficiar sua amante, o testador casado nomeia legatário o pai da referida mulher, convencido de que, indiretamente, a está beneficiando; ter-se-á, então, uma espécie de simulação relativa, que oculta ato real. Nada impede, porém, que contemple o filho da concubina em seu testamento, desde que ele seja também seu filho (CC, art. 1.803); não há violação à lei que proíbe que se beneficie incapaz, pois o que pretende é favorecer seu próprio filho. Convém lembrar, como o faz ITABAIANA DE OLIVEIRA, que não há presunção legal de interposição fora dos casos enumerados no Código Civil, art. 1.802, o que não impede que os interessados, além desses casos possa, na declaração de incapacidade, provar a existência de interposição de outra pessoa em favor do incapaz, tendo-se, então, uma presunção comum ou *hominis*. Apesar de não estar estabelecida em lei, funda-se naquilo que ordinariamente acontece, devendo, portanto, o órgão judicante deduzi-la conforme o direito, com prudência, visto que essa presunção é admitida nas mesmas hipóteses em que o é a prova testemunhal.

Na execução de disposição testamentária feita por testador capaz, é preciso, portanto, verificar se as pessoas nela contempladas preenchem as condições de capacidade testamentária passiva, exigidas pelo Código Civil, para que possam ser beneficiadas. Para tanto, é preciso ater-se aos seguintes princípios:

- 1) Todas as pessoas, naturais ou jurídicas, podem receber por testamento, exceto nos casos em que a lei expressamente o proíbe.
- 2) O beneficiado deve existir ou sobreviver ao testador, ao abrir-se a sucessão.
- 3) A capacidade para suceder regula-se pela lei vigente no momento da abertura da sucessão e não ao tempo em que se fez o testamento; assim, basta que o herdeiro instituído ou o legatário sejam capazes ao tempo do óbito do auctor successionis. Entretanto, na instituição condicional de herdeiro ou legatário, a capacidade testamentária passiva rege-se pela lei em vigor ao tempo do implemento da condição imposta pelo testador. Logo, se o beneficiado era incapaz ao tempo da facção testamentária, mas se tornou capaz por ocasião do implemento da condição, a disposição testamentária produzirá todos os efeitos.

13. FORMAS ORDINÁRIAS DE TESTAMENTO

O testamento é ato jurídico solene para o qual são previstas formas ordinárias ou comuns e formas especiais.

São formas de testamentos:

ORDINÁRIOS: o público, o cerrado e o particular - também chamado hológrafo.

ESPECIAIS: o marítimo, o aeronáutico e o militar, o qual pode ser público ou nuncupativo.

Todos os tipos de testamento agora podem ser redigidos mecanicamente, ou seja, não mais necessitam ser manuscritos, acolhendo-se a utilização da máquina de escrever, do computador, do sistema em braile.

8.1 TESTAMENTO PÚBLICO

É considerada a forma mais segura, por ser pública. Deve ser registrado em cartório e demanda a presença de duas testemunhas.

A única desvantagem diz respeito à transparência de que é dotado. Isto é, por ser público, pode ser consultado por qualquer pessoa a qualquer tempo. Para o cego (art. 1.867) e o analfabeto só será possível o testamento público. O testador que for totalmente surdo, sabendo ler, lerá ele próprio o testamento ou, se não o souber, designará quem o leia em seu lugar, presentes as testemunhas (art. 1.866 CC).

Em se tratando de testamento público, qualquer interessado, exibindo o traslado ou certidão, poderá requerer ao juiz que determine o seu cumprimento, processando-se de conformidade com o disposto nos arts. 1.125, 1.126, 1.128 e parágrafo único do CPC.

ALDO SAFRAIDER¹¹- O testamento público é o feito por escritura pública no livro de notas do tabelião, pelo notário, ou por seu substituto legal, de acordo com o ditado ou com as declarações do testador, determinado pela vontade manifestada nas declarações do testador, perante o referido serventuário e na presença de duas testemunhas idôneas, que assistirão, do começo ao fim do ato.

As declarações do testador serão feitas na língua Nacional.

O testamento público é revestido de mais eficácia porque é feito sob fiscalização de autoridades, e, portanto, mais difícil de vir acometido de erros ou falhas. Ele não tem mais força legal que um testamento particular, de vez que ambos são revestidos de formalidades que lhes asseguram amparo legal.

ROBERTO SENISE LISBOA¹²- Testamento público é aquele realizado perante o tabelião, de acordo com a solenidade fixada em lei.

Segundo ZENO VELOSO, o testamento é ato privativo do tabelião ou de seu substituto legal, não podendo outro empregado do serviço notarial, ainda que se trate de escrevente juramentado, lavrar esse negócio jurídico. Ressalva com acerto, porém, a situação do terceiro de boa-fé, que não poderia ser prejudicado em razão da aplicabilidade da teoria da aparência no direito sucessório.

Ensina OLIVEIRA LEITE que a expressão tabelião ou notário é a mais acertada, porque se trata de oficial público que exerce a redação, a fiscalização e a instrumentação dos atos e negócios jurídicos, conferindo-lhes autenticidade e fé pública, em caráter privado por delegação do poder público.

Os notários respondem objetivamente pelos danos que podem vir a causar a terceiros, pelo vício do serviço público exercido mediante delegação, assegurando-lhes o direito de regresso em face do funcionário que culposa ou dolosamente provocar o prejuízo em desfavor da vítima.

São elementos do testamento público:

- a) a lavratura do testamento público;
- b) a lavratura do testamento em língua nacional;
- c) a declaração oral do testamento;
- d) a presença de duas testemunhas (no modelo anterior, eram cinco);
- e) a leitura feita pelo tabelião deve constar do instrumento, sob pena de nulidade, sendo efetuada na íntegra e na presença concomitante do testador e das testemunhas, já que o testamento é *unus actus*;
- f) a assinatura dos presentes, sendo válida a modalidade a rogo, sob pena de nulidade; e
- g) a declaração de fé pública do tabelião.

Somente pode testar mediante instrumento público aquele que pode manifestar oralmente a sua declaração de última vontade e que pode confirmá-la, pela leitura pública realizada pelo oficial.

É nulo o testamento lavrado a partir de respostas monossilábicas fornecidas pelo testador (o chamado testamento *ad interrogationem alterius*), pois a vontade dele deve ser apresentada de forma inequívoca e divorciada de qualquer influência, ainda que indireta.

O cego pode testar pela forma pública, devendo lhe ser lido o inteiro teor do instrumento por duas vezes: uma, pelo oficial de notas; e a outra, por uma das testemunhas.

Mesmo o surdo, sabendo ler ou não, pode ser testador, utilizando-se do instrumento público. Em se tratando de surdo analfabeto, uma pessoa procederá à leitura do testamento em seu lugar, na presença das testemunhas.

Com a morte do testador, há a apresentação do testamento público, incumbindo ao juiz a citação dos interessados. Não há abertura de testamento público e nem sua publicação, porque esta já se pressupõe em face do registro desse negócio jurídico. Qualquer interessado poderá requerer ao juiz que determine o cumprimento de suas disposições, bastando submeter à apreciação judicial o traslado ou a certidão da existência do testamento público.

A preterição de qualquer das formalidades exigidas importará em nulidade do testamento público.

MARIA HELENA DINIZ¹³- O testamento público é o lavrado pelo tabelião ou por seu substituto legal em livro de notas, de acordo com a declaração de vontade do testador, exarada verbalmente, em língua nacional, perante o mesmo oficial e na presença de duas testemunhas idôneas ou desimpedidas.

Os requisitos essenciais ou formais extrínsecos desse testamento, sem os quais será nulo, são:

1) Ser escrito por tabelião ou seu substituto legal - tabelião, cônsul, oficial-maior do tabelionato, escrevente que esteja legalmente como substituto, no pleno exercício do cargo de tabelião - em seu livro de notas, conforme as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos, em presença de duas testemunhas. Tais declarações do testador deverão ser feitas de modo direto e espontâneo, para evitar qualquer equívoco. Embora a lei não o diga, esse testamento deverá ser redigido no idioma oficial do país, ou seja, em língua nacional (português), visto que é feito por meio de escritura pública (CC, art. 215, § 3º).

E, além disso, nem o tabelião nem as testemunhas são obrigadas a compreender idioma estrangeiro. Mas "Se qualquer dos comparecentes não souber a língua nacional e o tabelião não entender o idioma em que se expressa, deverá comparecer tradutor público para servir de intérprete, ou, não o havendo na localidade, outra pessoa capaz que, a juízo do tabelião, tenha idoneidade e conhecimento bastantes" (CC, art. 215, § 4º). Todavia, redação errada, erros de linguagem, expressões regionais, mistura de vocábulos estrangeiros compreensíveis não prejudicam o ato. O testador terá de ditar seu testamento, podendo recorrer a apontamentos particulares ou limitar-se a ler, em alta voz, o que escreveu, para melhor enunciar sua vontade, apesar de nada impedir que apresente ao tabelião uma minuta redigida por seu advogado. Porém, proíbe-se que o testador se limite a responder às perguntas do tabelião e a responder por sinais ou acenos, por mais expressivos que sejam. É bom esclarecer que o tabelião não está obrigado a escrever as próprias palavras do testador, mas não pode fazer alterações que prejudiquem seu pensamento, que deve ser traduzido fielmente. É seu dever, portanto, reproduzir textualmente a manifestação de vontade do testador, fixando a essência do que ele pretende que se faça com seus bens após a sua morte, devendo, é claro, haver exata correspondência entre a vontade do testador e o contexto do testamento; por isso, é lícito ao notário interromper o ditado, para esclarecer-se ou obter melhores informações. Esse testamento pode ser escrito manual 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 (CC, art. 1.864, parágrafo único).

É livre, no território nacional, a escolha do tabelião de notas, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar da situação dos bens, objeto do negócio (Lei n. 8.935/94, art. 8º). O interessado não está, portanto, obrigado a testar somente no cartório de seu domicílio, visto que pode optar por outro, por qualquer motivo, e até mesmo chamar o tabelião a uma casa ou local situado, ante o princípio da competência territorial do tabelião, na sua circunscrição para lavrar e autenticar o instrumento público do testamento. Quanto à competência *ratione loci* do tabelião, é mister ressaltar que sua função legal de tomar as declarações do testador limita-se à respectiva circunscrição, definida na lei de organização judiciária, sendo nulo o ato se redigido por notário fora dos limites de seu território. Esse testamento é público não apenas devido à participação direta do tabelião que o redige, mas porque não se resguarda a declaração

de última vontade de nenhum sigilo, dado que seu conteúdo é conhecido das testemunhas, bem como de qualquer pessoa que queira presenciar o ato.

CARLOS KENNEDY DA COSTA LEITE¹⁴ - O testamento público sofreu mudanças formais que interessam de perto aos profissionais que militam na área notarial, podendo-se destacar o seguinte: 1-) O art. 1.864, I, do novo Código Civil faculta a lavratura dessa forma de testamento pelo substituto do Tabelião, o que é vedado pelas disposições contidas no art. 20, § 4º da Lei nº 8.935/94 (Lei dos Notários e Registradores). Infere-se, assim, que o dispositivo sob comento da Lei Orgânica dos Notários e Registradores, fica implicitamente revogado a partir da vigência do novo Código Civil. 2-) Desde 1916 a lei determinava que a lavratura e leitura do testamento público fossem acompanhados por nada menos que cinco testemunhas (art. 1.632, I, do Código Civil revogado). Com a vigência do novo estatuto, somente duas testemunhas são necessárias para assistirem a leitura do instrumento. 3-) O novo Código estabelece que as declarações do testador poderão ser levadas ao Tabelião por via de minuta, notas ou apontamentos (art. 1.864, I, in fine), quebrando, destarte, a rigidez da lei antiga, que impunha a presença das testemunhas do início ao fim do ato, compreendendo aí inclusive, a própria lavratura do testamento. Pela nova norma, o testamento poderá ser lavrado previamente, prescindindo para isso do comparecimento das testemunhas, que deverão estar presentes somente por ocasião da leitura do instrumento. 4-) As regras relativas ao testador surdo e ao cego, não sofreram qualquer modificação, sendo inclusive, reproduzidas *ipsis litteris* no novo texto legal (arts. 1.866 e 1.867).

As mudanças verificadas no testamento público ecoam no tratamento dado ao testamento cerrado pelo novo estatuto civil: 1-) Em função das disposições do art. 1.868 do novo Código Civil, ficou facultada também ao substituto do Tabelião a aprovação de testamento cerrado (art. 1.868, in fine). 2-) A aprovação de testamento cerrado deverá ser presenciada por duas testemunhas (art. 1.868, I) e não mais por cinco conforme preceitua o Código de 1916 (art. 1.638, IV). No caso de testamento cerrado, entretanto, as testemunhas instrumentárias deverão estar presentes durante todo enredo ritualístico de aprovação. 3-) A nova legislação possibilita ao testador lançar mão de meios mecânicos (datilografado ou digitado) para redigir o testamento, desde que todas as páginas sejam numeradas e assinadas pelo testador (art. 1.868, parágrafo único).

Há que se ressaltar ainda, que o novo Código Civil procurou adequar sua redação à terminologia hodierna quando se refere ao "Tabelião" como serventuário encarregado da lavratura de testamento público ou da aprovação de testamento cerrado, substituindo o termo "Oficial" utilizado pelo código octogenário.

8.2 TESTAMENTO CERRADO

ZENO VELOSO¹⁵ - O testamento cerrado originou-se no direito romano. Foi criado por uma Constituição dos Imperadores Teodósio e Valentiniano III, no ano 439 e regulado, depois, no Código de Justiniano.

Na França, era utilizado nas regiões de direito costumeiro. No século XVII, a Ordenança de 1735, do rei Luís XV, idealizada pelo Chanceler D'Aguesseau, inspirada nas regras romanas, editou preceitos sobre o testamento cerrado. O Código Civil francês de 1804, repetiu, quase literalmente o texto da referida Ordenança, regulando o testamento cerrado nos arts. 976 a 979, que, atualmente, vigoram com redação diferente da original.

Com a recepção do direito romano, o testamento cerrado foi utilizado em Portugal, sendo tratado nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

Também denominado secreto ou místico, testamento cerrado é o escrito em carta sigilosa feito pelo próprio punho do testador ou por alguém a seu rogo, com o caráter de carta sigilada, completada por instrumento de aprovação feito pelo tabelião, na presença de duas testemunhas. Trata-se de documento particular, aprovado pelo tabelião diante de duas testemunhas e lacrado em seguida.

O testamento cerrado é composto de dois elementos: a cédula testamentária e o auto de aprovação. O documento fica então guardado com pessoa de confiança que pode ser um dos herdeiros ou um advogado, por exemplo. No momento da sucessão, esta pessoa deverá estar presente; caso contrário, o testamento perde sua validade. O mesmo acontece se houver algum indício de violação do lacre.

ROBERTO SENISE LISBOA¹⁶- Testamento cerrado é o testamento místico ou secreto, que é aprovado, lacrado e registrado junto ao oficial denotas. É testamento elaborado com o objetivo de manter-se em segredo a disposição de última vontade do testador, até que ele venha a falecer.

8.2.1 ADEQUAÇÃO E PERIGOS DA FEITURA DO TESTAMENTO CERRADO¹⁷

São requisitos exigidos para a validade do testamento cerrado:

- a) seja escrito pelo testador ou por pessoa, a seu rogo e por aquele assinado, arts. 1.871/1.872;
- b) seja assinado pelo testador e não por quem o escreveu a pedido daquele, art. 1.868;
- c) o testador o entregue ao tabelião em presença de duas testemunhas;
- d) o testador declare que aquele é o seu testamento e quer que seja aprovado;
- e) o tabelião lavre, desde logo, o auto de aprovação, na presença das duas testemunhas e o leia, em seguida, ao testador e testemunhas;
- f) o auto de aprovação seja assinado, pelas testemunhas e pelo testador, art. 1.868, incisos I a IV;
- g) o tabelião deve começar o auto de aprovação imediatamente depois da última palavra do testador, declarando, sob sua fé, que o testador lhe entregou para ser aprovado na presença das testemunhas, passando a cerrar e coser o instrumento aprovado. Se não houver espaço na última folha do testamento, para início da aprovação, o tabelião aporá nele o seu sinal público, mencionando a circunstância no auto, art. 1.869 e parágrafo único.

Segundo WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, é praxe o tabelião dobrar o testamento, costurá-lo com cinco pontos de retrós e sobre cada um desses cinco pontos lançar outros tantos pingos de lacre.

Perigos: o testamento cerrado tem a desvantagem de poder desaparecer ou de ser invalidado mais facilmente do que o testamento público. Desaparecido o testamento, não há meio de se descobrir a última vontade do testador, porque em nenhum lugar existirão as disposições testamentárias nele contidas. Exige a lei apenas que, depois de aprovado, cerrado e entregue ao testador, seja lançado, no livro competente do cartório o lugar, dia, mês e ano em que tal testamento foi aprovado e entregue.

OLIVEIRA LEITE afirma que à vantagem do segredo se junta a participação do tabelião, porém lembra que o excesso de detalhes é a maior problemática a se superar nessa modalidade de testamento.

O testamento cerrado é, portanto, entregue ao testador na presença de duas testemunhas, aprovado pelo declarante, lacrado e registrado (no modelo anterior, eram cinco testemunhas).

O testamento cerrado é integrado pela cédula testamentária (o instrumento de testamento), que pode ser elaborada de forma mecânica ou não, e pelo auto de aprovação, ou seja, um documento privado e outro público.

São formalidades do testamento cerrado:

- a) a entrega do testamento, pelo testador, ao oficial, na presença de duas testemunhas;
- b) a declaração de que aquele é seu testamento e quer que ele seja aprovado;
- c) a lavratura, pelo oficial, do *auto de aprovação*, na presença de duas testemunhas;
- d) a leitura, pelo oficial, dos termos do testamento, na presença de duas testemunhas;
- e) a assinatura do auto de aprovação por todos eles, submetendo o tabelião ao lançamento do lugar, do dia, do mês e do ano no qual sucedeu a sua aprovação e entrega.

O auto de aprovação será, então, cerrado e costurado, para ser entregue ao testador, aguardando-se o momento oportuno para a sua abertura, que se dará em virtude da morte do declarante.

Caso o testador não possa assinar, torna-se possível a assinatura a seu rogo. Porém não pode dispor de seus bens quem não tem como ler o testamento cerrado.

O surdo-mudo pode celebra o testamento cerrado, desde que o escreva e o assine a mão. Não se pode afirmar o mesmo do cego nem do analfabeto, pois a impossibilidade de leitura do documento místico é o obstáculo legal para a adoção dessa modalidade testamentária por essas categorias de pessoas.

O testador, contudo, deve saber ler, sob pena de nulidade do testamento cerrado.

Se o testamento cerrado vier a ser aberto antes da morte do testador, considerar-se-á revogado.

O testamento cerrado pode se elaborado em língua estrangeira ou, ainda, escrito mecanicamente, com a numeração e autenticação, pela assinatura do testador, de todas as suas páginas.

Com o óbito, o testamento cerrado será apresentado ao juiz, que retirará o lacre, determinará o seu registro, lavrando-se o termo e procedendo-se à publicação do testamento.

A autoridade judicial, verificando a regularidade formal do testamento, emitirá decisão judicial nesse sentido, equivalente ao instrumento público de aprovação do mesmo.

Se o testador vier a modificar a sua vontade, acrescentando, suprimindo ou modificando alguma cláusula, o notário não poderá escrever as novas disposições no auto de aprovação como se testamento público fosse, porque assim não é considerado.

Em virtude da vontade ambulante do testador, nada impede que ele venha a romper ou dilacerar o lacre do testamento cerrado, porém sem a intenção de revogar o negócio jurídico.

Por outro lado, a abertura do testamento cerrado por autoridade incompetente sujeita-se à justificação do fato.

MARIA HELENA DINIZ¹⁸- Testamento cerrado ou secreto é o escrito com caráter sigiloso, feito e assinado pelo testador ou por alguém a seu rogo, completado por instrumento de aprovação lavrado pelo tabelião em presença de duas testemunhas idôneas. A sua grande vantagem é seu caráter sigiloso, guardando o segredo de seu conteúdo até a sua abertura; antes disso, apenas o testador conhece seu teor.

Contém dois elementos: a cédula testamentária, escrita pelo testador ou por alguém a seu rogo, e o auto de aprovação, lavrado pelo tabelião para assegurar a autenticidade do ato.

O Código Civil, no art. 1.868, enumera os requisitos essenciais dessa espécie de testamento, que são:

- 1) Cédula testamentária escrita pelo testador ou por alguém a seu rogo, que pode ser o tabelião (CC, art.1.870), parente ou estranho, desde que não seja herdeiro ou legatário, ascendente, descendente, irmão e cônjuge do beneficiado com a disposição de última vontade, em língua nacional ou estrangeira (CC, art. 1.871), dada a natureza íntima desse testamento. A cédula poderá ser manuscrita ou digitada. Pode ser escrita mecanicamente, desde que seu subscriptor numere e autentique, com sua assinatura, todas as páginas (CC, art. 1.868, parágrafo único), porém não valerá se grafada em alfabeto Morse ou em qualquer outra escrita convencional. Pelo art. 1.872, só pode fazer esse tipo de testamento quem puder ou souber ler, motivo pelo qual nem o cego nem o analfabeto podem fazê-lo, porque não poderão cientificar-se, pela leitura, se o terceiro, que o fez a seu rogo, seguiu as instruções.
- 2) Assinatura do próprio testador quando o testamento foi por ele escrito, ou por outra pessoa a seu rogo (CC, art. 1.868).
- 3) Entrega da carta testamentária pelo testador ao tabelião na presença de duas testemunhas, declarando que aquele é o seu testamento e que deseja a sua aprovação. Se o testador não fizer essa declaração, o tabelião, perante as testemunhas, perguntar-lhe-á se aquele é o seu testamento que quer que seja aprovado. Se o testador for mudo ou surdo-mudo, deverá no ato da entrega escrever perante o oficial e as duas testemunhas, na face externa do testamento: “Este é o meu testamento, cuja aprovação peço”.
- 4) Auto de aprovação lavrado pelo tabelião, em presença das testemunhas, declarando, sob sua fé, que o testador lhe entregou, para ser aprovado, o testamento e que o tinha por seu (CC, art. 1.868, II, 1^a parte). No testamento do mudo ou do surdo-mudo, o tabelião fará constar, no auto de aprovação, que a declaração escrita na face externa do testamento foi feita em sua presença a das testemunhas. O notário iniciará tal instrumento de aprovação imediatamente, depois da última palavra do testamento, ou seja, após a assinatura do testador, ou em outra folha, em apartado, se na última folha escrita não houver espaço, desde que o tabelião ponha nele o seu sinal público e assim o declare no instrumento de aprovação (CC, art. 1869, parágrafo único). Exige-se a aposição do sinal público do tabelião em qualquer parte do texto do testamento, mencionando o fato no auto de aprovação, a fim de se evitar que se substitua a cédula testamentária por outra, uma vez que o instrumento de aprovação ficará separado dela. O auto de aprovação ou autenticação apresenta três partes: introdução, que contém a qualificação dos participantes, a consignação do local e da data; confirmação, que atesta a entrega e assegura a autenticidade do testamento; e encerramento, de que constam a leitura do termo de aprovação e a coleta de assinaturas.
- 5) Leitura do auto de aprovação pelo tabelião ao testador e às testemunhas, assinando-o as testemunhas e o testador (CC, art. 1.868, III, 2^a parte, e IV). Outrora, se o testador não pudesse assinar, uma das testemunhas assinava por ele, declarando ao pé da assinatura que o fazia a rogo do testador. Se não houvesse a menção dessa circunstância, bastava que o tabelião consignasse o fato, expressamente, no contexto do termo de aprovação

que lavrou. Atualmente, há exigência da assinatura do próprio testador (CC, art. 1.868, IV).

- 6) Encerramento pelo tabelião que, uma vez formalizado o auto de aprovação, o dobrará, juntamente com a cédula testamentária, num só invólucro, que será por ele cerrado e cosido com cinco ponto de retrós, segundo praxe cartorária, lacrando-se o testamento nos pontos de costura (CC, art. 1.869, in fine). Devolvido ao testador, o tabelião lançará, no seu livro, nota do lugar; dia, mês e ano em que o testamento foi aprovado e entregue (CC, art. 1.874). Assim fechado, cosido e lacrado, o testamento deve ser guardado pelo próprio testador ou pela pessoa que ele designar, a fim de ser apresentado em juízo por ocasião da abertura da sucessão. Até esse momento o testamento deve permanecer inviolável; se for aberto pelo testador, ter-se-á como revogado.
- 7) A abertura do testamento pelo juiz do domicílio do testador após o óbito deste, na presença do apresentante e do escrivão. Verificada a integridade da carta testamentária, mandará que o escrivão o leia em presença de quem o entregou, lavrando-se em seguida o ato de abertura, que deverá ser rubricado pelo juiz e assinado pelo apresentante (CPC, art. 1.125 e parágrafo único).
- 8) Estado de conservação da cédula para que tenha autenticidade, pois só depois de apurada a inexistência de vício externo, que o torne suspeito de nulidade ou falsidade, o magistrado, ouvido o órgão do Ministério Público, mandará registrar, arquivar e cumprir o testamento (CPC, art. 1.126; CC, art. 1.875), reconhecendo que satisfaz todas as formalidades legais. A existência de violação do testamento cerrado faz presumir, até prova em contrário, a sua revogação, pois pode ocorrer que, com o tempo decorrido, por acidente, por inadvertência de quem o encontrou ou mesmo por malícia de algum interessado, a carta testamentária entregue ao juiz não esteja cerrada, hipótese em que dever-se-á mencionar o fato, procedendo-se a uma apuração para verificar se o invólucro foi rompido pelo testador ou por outra causa; neste último caso, o magistrado ordenará seu cumprimento. Desses autos extrair-se-á cópia autêntica do ato para ser entregue ao testamenteiro, para juntada ao processo de inventário (CPC, art. 1.127 e parágrafo único).

8.3 TESTAMENTO PARTICULAR

Também denominado hológrafo, é escrito e assinado pelo testador na presença de pelo menos três testemunhas, dispensa o registro em cartório. No entanto, é ideal que todas estejam presentes no momento da sucessão, para atestarem a veracidade do conteúdo do testamento. Caso alguma pessoa esteja ausente por qualquer motivo, o testamento só será confirmado mediante autorização do juiz, que irá analisar sua veracidade.

DANIELA DIAS GRACIOTO¹⁹- O testamento particular surgiu em Roma, quando, em 446, Valentino III criou o referido instituto, que depois se espalhou pelo continente europeu. Entretanto o testamento particular, com as características que possui atualmente, tem origem no direito francês, introduzido no direito codificado através da legislação Napoleônica (Code Civil de 1804).

Na maioria das legislações européias, o testamento particular apresenta-se de forma bastante simplificada, escrito, datado e assinado pelo testador, sem a necessidade de testemunhas. Houve proposta, durante a discussão do Projeto do Código Civil que resultou no novo diploma, de que assim também fosse o instituto segundo a legislação pátria, mas a comissão revisora não aceitou a inovação e, no Senado, aprovou-se a redação que hoje vigora. Entendem alguns doutrinadores que, se tivesse sido aprovado tal projeto, que regravava a utilização do testamento particular sem formalidades, certamente ter-se-ia criado a possibilidade de maior utilização do instituto. Na França, onde a forma simplificada é a adotada pela legislação, o testamento hológrafo é a forma testamentária mais utilizada.

Na versão do legislador pátrio de 1916 e na de 2002, o testamento particular está regulado com certas formalidades, solenidades e abundância de cautelas, que visam impedir eventuais fraudes, mas que ao mesmo tempo dificultam a utilização do testamento particular. O Novo Código Civil traz algumas pequenas alterações, como a redução do número de testemunhas exigidas na feitura do documento e na ocasião da publicação em juízo. Mas a maior inovação, certamente, é a possibilidade de se fazer tal modalidade de disposição de última vontade sem a intervenção de testemunhas, em situação excepcional expressa no documento e dependendo sua eficácia do critério do juiz, como adiante será melhor

abordado. Neste ponto, novamente, está demonstrada a intenção do legislador de conferir ao juiz maior poder de equidade no novo diploma.

A grande crítica feita ao formalismo do instituto na legislação brasileira é a exigência de haver, além da holografia, da assinatura autógrafa, da leitura e assinatura das testemunhas (antes no número de cinco, agora, de três), da confirmação em juízo das testemunhas (antes em número de três, agora, uma, mas neste caso, ficará a critério do juiz a existência de eficácia), sob pena de ser nula a disposição de última vontade. Neste caso, sem valor estará o testamento, e a sucessão, apesar da disposição testamentária, voltará a ser a legítima, conforme regulado pela lei, em manifesta desconsideração à vontade do testador.

Apesar de tais críticas feitas por alguns doutrinadores, como Pontes de Miranda, o testamento particular, dentre os demais elencados no diploma civil pátrio, ainda é o mais simples, cômodo e econômico para o testador. O fator limitador da sua maior utilização são as exigências previstas para a sua execução após a morte do testador.

Também conhecido como testamento hológrafo, ológrafo (devido à grafia em francês, olographe) ou aberto, o testamento particular é forma de testamento ordinário, regrado pelo Código Civil de 2002 nos artigos 1.876 a 1.880, e antes regulado pelos artigos 1.645 a 1.649 do Código Civil de 1916.

8.3.1 REQUISITOS DO TESTAMENTO PARTICULAR

Dispõe o artigo 1.876, como requisito de validade do testamento hológrafo, ser ele escrito de próprio punho ou através de processo mecânico. Desta forma, o legislador dirimiu a problemática do tema, tão controvertido pela jurisprudência anterior, uma vez que o Código de 1.916 não previa expressamente a possibilidade da feitura do documento por forma mecânica. Certo é que não poderia o legislador de tal época prever os avanços tecnológicos, como o computador, mas tal argumento não foi suficiente para formar-se uma jurisprudência unânime. Talvez porque, segundo o entendimento da doutrina francesa e alemã, deve-se admitir apenas a escrita de próprio punho de todo o documento. Entretanto, a jurisprudência mais recente já vinha admitindo a forma mecânica. Reproduzimos, abaixo, jurisprudência neste sentido:

Direito civil. Testamento particular. Requisitos legais. Artigo 1.645 e incisos do código civil. Não havendo dúvida quanto à autenticidade do documento e última vontade conhecida, não se torna imperativa a decretação da nulidade do testamento particular tão-somente porque o referido instrumento apresenta-se datilografado, e não manuscrito pelo testador, sendo que a mitigação do rigor formal em prol da finalidade é caráter que se impõe na interpretação dos textos legais.

Tjmg número do processo: 1.0000.00.192959 - 5/000(1) relator: pinheiro lago data do acórdão: 28/08/2001 data da publicação: 14/09/2001

Sobre a questão de ser ou não o testamento hológrafo datilografado pelo próprio testador, parece prevalecer a controvérsia doutrinária e jurisprudencial, uma vez que o legislador de 2002 não fez disposição expressa quanto ao tema. Assim, alguns doutrinadores entendem não haver nulidade se datilografado por terceiro mas ditado pelo próprio testador, enquanto outros refutam esta idéia. A seguir, colacionamos algumas jurisprudências sobre a questão:

Testamento particular, que não foi datilografado pelo testador, desatende a requisito essencial, exigido pela lei civil. Recurso extraordinário desprovido. Re 77410 / mg - minas gerais. Recurso extraordinário. Relator(a): min. Oswaldo trigueiro. Julgamento: 18/03/1974 órgão julgador: primeira turma publicação: dj data-24-05-74 pg

No mesmo sentido:

TESTAMENTO - INSTRUMENTO DATILOGRAFADO POR TESTAMENTEIRO - NULIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 1645, I, DO CÓDIGO CIVIL - RECURSO IMPROVIDO. A JURISPRUDÊNCIA VEM ADMITINDO A VALIDADE DO TESTAMENTO PARTICULAR DATILOGRAFADO, DESDE QUE O SEJA PELO PRÓPRIO TESTADOR. LOGO, NULO É O TESTAMENTO PARTICULAR ESCRITO A MÁQUINA POR OUTREM. DECISÃO: UNÂNIME. TJPR - AC. 5.683 - APELAÇÃO CÍVEL - URAÍ - 3ª CÂMARA CÍVEL - REL. JUIZ TADEU COSTA, 31/10/88.

E em sentido contrário, entendendo pela validade do testamento:

Direito civil - testamento particular (legitimidade).

I - hipótese em que escrito sob ditado do testador, não havendo dúvida de que subscrito pelo autor das declarações. Validade reconhecida, com afastamento da interpretação literal do art. 1.645 do cc. II - recurso conhecido e provido. Decisão: por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Acórdão resp 89995 / rs ; recurso especial 1996/0014831-7 fonte dj data:26/05/1997 pg:22530 rdr vol.:00009 pg:00280 rjtjrs vol.:00184 pg:00038 rstj vol.:00098 pg:00246 relator min. Waldemar Zveiter (1085). Data da decisão 01/04/1997 órgão julgador t3 - terceira turma

Outra questão não disposta de forma explícita na legislação é a necessidade de acompanharem as testemunhas a feitura do documento e a necessidade de estarem todas presentes, quando da subscrição de cada uma ao ato. A doutrina e a jurisprudência entendem que não é necessário que estejam presentes as testemunhas no momento em que o testador faz o documento com suas disposições de última vontade, tampouco que estejam todas reunidas para assiná-lo, mas é imprescindível que o testador leia o documento para cada uma delas, caso não estejam reunidas. Segundo a redação do diploma civil pátrio anterior, tal leitura poderia ser feita pelo testador, pela testemunha, ou por terceiro. Neste ponto o novo diploma é explícito: a leitura deverá ser feita pelo testador. Assim decidiu-se no seguinte acórdão, cuja ementa transcrevemos:

Testamento particular. Requisito do art. 1645, ii, do código civil. Não havendo dúvida quanto à autenticidade do documento de última vontade e conhecida, indubitavelmente, no próprio, a vontade do testador, deve prevalecer o testamento particular, que as testemunhas ouviram ler e assinaram uma a uma, na presença do testador, mesmo sem que tivessem elas reunidas, todas, simultaneamente, para aquele fim. Não se deve alimentar a superstição do formalismo obsoleto, que prejudica mais do que ajuda. Embora as formas testamentárias operem como jus cogens, entretanto a lei da forma está sujeita à interpretação e construção apropriadas às circunstâncias. Recurso conhecido, mas desprovido. Acórdão resp 1422 / rs ; recurso especial 1989/0011888-9 fonte dj data:04/03/1991 pg:01983 Rt vol.:00673 pg:00168 relator min. Gueiros Leite (0116).

As testemunhas, que não podem ser legatárias ou herdeiras necessárias, sob pena de nulidade, devem entender a língua em que o testamento esteja redigido. Assim, pode-se redigir o documento em língua estrangeira, com esta única condição. Se uma única testemunha não entender esta outra língua, o testamento será nulo (art. 1.880).

É de suma importância ressaltar, ainda, que esta espécie de testamento não poderá ser utilizada por aquele incapaz de ler e escrever, pois a assinatura do documento não pode ser feita a rogo, e nem pode ser suprida por outra forma.

Restam ainda outras questões da matéria alteradas pela nova legislação. O número de testemunhas antes exigido era de cinco, e agora é exigida a intervenção de apenas três testemunhas. Note-se que o Código anterior, em sua redação exigia cinco testemunhas, e a redação atual menciona um número mínimo de três.

Desta forma, reproduzimos o texto legal dos dois diplomas nacionais citados (com grifo nosso):

Código Civil / 2002	Código Civil / 1916
Art. 1.876 - O testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico .	Art. 1.645. São requisitos essenciais do testamento particular: I - Que seja escrito e assinado pelo testador ;
§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.	II - Que nele intervenham cinco testemunhas , além do testador.

§ 2º Se elaborado por processo mecânico, não pode conter rasuras ou espaços em branco, devendo ser assinado pelo testador, depois de o ter lido na presença de pelo menos três testemunhas , que o subscreverão.	
---	--

Ante a rigorosidade da lei, temos de atentar a todas as palavras utilizadas pelo legislador, pois nenhuma é em vão. Apreende-se que há vantagem em ter-se mais de três testemunhas subscrevendo o testamento. Isto porque, se antes regulava o Código Civil que a ausência de mais de duas testemunhas quando da publicação judicial do testamento o tornaria nulo (art. 1.648), o Novo Código diz que deve comparecer ao menos uma (art. 1.878, parágrafo único). Portanto, antes, se houvesse mais de cinco testemunhas, qualquer que fosse o número, apenas duas poderiam faltar na fase da publicação judicial; e agora, independente do número que subscreva o documento, pode apenas uma comparecer, e o testamento ainda sim poderá ser válido, a critério do juiz. Há portanto, evidente proveito em se ter como testemunhas um número maior possível, pois menores serão as chances de se ter nulidade do testamento por faltarem as testemunhas no momento da publicação do testamento.

É de observar-se o que dispõem os parágrafos primeiro e segundo do artigo 1.876, conforme transcrito acima: no caso de ser feito o testamento através de processo mecânico, não pode haver rasuras ou espaços em branco. Se feito de próprio punho, as eventuais rasuras ou emendas devem ser ressalvadas no próprio testamento, pelo testador.

O Código Civil não exige que o testamento particular seja datado, ao contrário do que dispõe em relação ao codicilo. Entretanto, a menção da data facilita a averiguação da capacidade do testador no momento da feitura do documento e de qual seja realmente a última declaração de vontade.

A Lei anterior, assim como a atual, exige a publicação do testamento em juízo, mediante requerimento dos herdeiros legítimos ou testamentários, ou ainda do testamenteiro, com a citação dos herdeiros legítimos, dos legatários e do testamenteiro que não a requereram. A petição deverá ser instruída com a cédula do testamento particular. Neste processo de jurisdição voluntária, intimadas, as testemunhas apresentarão depoimento sobre o instrumento de declaração de última vontade. A falta de citação de algum herdeiro necessário acarretará a nulidade do processo. O Ministério Público também deverá ser notificado para neste intervir.

Proceder-se-á à inquirição das testemunhas sobre a autenticidade de suas assinaturas; o teor das disposições testamentárias; o fato de o testamento lhes haver sido lido, por ocasião de sua assinatura; e sobre encontrar-se o testador em perfeito juízo, no momento de testar.

Inquiridas as testemunhas, poderão os interessados, no prazo comum de cinco dias, manifestar-se sobre o testamento. Impugnado o testamento, o juiz remeterá as partes às vias ordinárias para deslinde da questão. O processo de publicação em juízo do testamento particular está disciplinado pelo Código de Processo Civil nos artigos 1.130 a 1.133.

Faltando ao depoimento testemunhas, por morte ou desconhecimento de domicílio, e estando presente apenas uma delas, o documento terá sua validade confirmada se, a critério do juiz, houver prova suficiente da veracidade do documento e se a testemunha presente o reconhecer. É o que dispõe o parágrafo único do artigo 1.878, que reproduzimos abaixo:

Código Civil / 2002	Código Civil / 1916
Art. 1.878 Se as testemunhas forem contestes sobre o fato da disposição, ou, ao menos, sobre a sua leitura perante elas, e se reconhecerem as próprias assinaturas, assim como a do testador, o testamento será confirmado.	Art. 1.647 Se as testemunhas forem contestes, sobre o fato da disposição, ou, ao menos, sobre a sua leitura perante elas, e se reconhecerem as próprias assinaturas, assim como a do testador, será confirmado o testamento.
Parágrafo Único. Se faltarem testemunhas, por morte ou ausência, e se pelo menos uma delas o reconhecer, o testamento poderá ser confirmado, se, a critério do juiz, houver prova suficiente de sua veracidade.	Art. 1648 Faltando até duas das testemunhas, por morte, ou ausência em lugar não sabido, o testamento pode ser confirmado, se as três restantes forem contestes, nos termos do artigo antecedente.

Percebe-se aqui, novamente, o poder que o Novo Código Civil atribui aos Magistrados, que encontram em vários dispositivos do diploma a autorização para agirem com equidade.

A grande inovação trazida pelo novo diploma civil, quanto ao testamento particular, é a espécie excepcional. Em circunstâncias excepcionais, declaradas no documento, o testador poderá produzir testamento particular de próprio punho, e com a sua assinatura, sem a necessidade de testemunhas. Tal documento terá sua validade confirmada a critério do juiz. Transcrevemos abaixo o citado artigo:

Art. 1.879 Em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confirmado, a critério do juiz.

Não específica o legislador que circunstâncias seriam caracterizadas pela excepcionalidade. Será que o testador que, apesar de residir e ter bens no Brasil, não fale o português e não encontre testemunhas que compreendam seu idioma está em situação de excepcionalidade? E estaria também face a esta circunstância o testador que se encontre em local isolado, de onde não acredite sair com vida, só tendo em sua companhia herdeiros legítimos? Tais indagações só poderão ser respondidas pela jurisprudência. Os doutrinadores consultados, constantes da bibliografia deste trabalho, entendem que será excepcional a situação de encontrar-se o testador isolado, perdido, sem comunicação, tendo ocorrido uma calamidade, em iminente risco de vida. É preciso ressaltar que não se admite esta forma de testamento por meio mecânico e que a excepcionalidade deverá ser declarada na cédula. Além disso, a carga de responsabilidade pela confirmação deste testamento excepcionalíssimo será do juiz. Mister também lembrar que, havendo a possibilidade de se testar sob a forma de testamento marítimo, aeronáutico ou militar, não será admitido o testamento excepcional.

Segundo Sílvio Salvo de Venosa, cessando a condição excepcional e havendo a possibilidade de ratificar o testador a disposição de vontade anterior ou elaborar novo testamento pelas vias ordinárias, tal deverá ser feito, sob pena de nulidade do instrumento .

8.3.2 VANTAGENS DO TESTAMENTO PARTICULAR

As principais vantagens de se optar por esta forma de testamento são a desnecessidade da presença do tabelião, uma vez que o testamento não será registrado, e a rapidez, facilidade e gratuidade do instrumento.

8.3.3 DESVANTAGENS

Este instituto apresenta também algumas desvantagens. A primeira delas, decorrente da relativa simplicidade do seu modo de constituição, é a suscetibilidade de extravio, substituição, alteração e destruição, uma vez que de sua existência não há qualquer registro em ofício público.

A modalidade excepcional de testamento particular é ainda mais desvantajosa neste aspecto, por apresentar maior possibilidade de fraude.

Outra desvantagem do presente instituto, na modalidade de testamento hológrafo regular, é que se todas as testemunhas vierem a falecer, ou se o seus domicílios forem incertos ou desconhecidos, o testamento não poderá ser cumprido.

Exigem-se para a feitura os seguintes requisitos:

- 1) Redação e assinatura de próprio punho do testador (CC, art. 1.876, § 1º), não admitindo assinatura a rogo, nem o uso de alfabeto Morse ou de qualquer escrita convencional. Pode ser digitado ou escrito mediante processo mecânico (CC, art. 1.876, § 2º). Outrora, ante a omissão legal, houve acórdãos que não permitiam digitação no testamento particular, e também, ainda, julgado que entendeu válido testamento parcialmente digitado por terceiro, que obedeceu às anotações manuscritas do testador, e parcialmente manuscrito por este. Pode ser redigido em língua estrangeira, desde que as testemunhas a entendam (CC, art. 1.880), devendo-se assinalar a data de sua feitura para que se possa saber se ao tempo o testador era capaz e para que se determine a prevalência, se acaso surgirem vários testamentos; mas como isso está enumerado em lei, sua falta não anulará o ato. Se escrito do próprio punho, havendo rasuras, correções, estas não invalidarão o ato, desde que devidamente ressalvadas ou autenticadas com a firma do autor da herança. Mas se elaborado por processo mecânico, não poderá conter rasuras ou espaços em branco (CC, art. 1.876, § 2º, 1ª parte). O testador deve assinar no final da cédula testamentária para indicar que estão terminadas as disposições de última vontade, porém o melhor meio de se evitar que se

- enxerte alguma folha espúria é a numeração e a autenticação de todas as folhas com a assinatura do disponente.
- 2) Intervenção de três testemunhas, além do testador (CC, art. 1.876, §§ 1º e 2º), que deverão presenciar o ato para que, ao serem ouvidas em juízo, no processo de publicação, possam depor com perfeito conhecimento do assunto.
 - 3) Leitura do testamento pelo testador, perante todas as testemunhas, que logo em seguida o assinarão (CC, art. 1.876, §§ 1º e 2º), não se admitindo assinatura a rogo, qualificando-se as testemunhas para maior facilidade de sua convocação em juízo, quando necessário.
 - 4) Publicação em juízo do testamento, mediante requerimento de herdeiro, legatário ou testamenteiro, com a citação dos herdeiros legítimos que não requereram, ou genericamente daqueles a quem caberia a sucessão, e do órgão do Ministério Público, assim que falecer o testador (CC, art. 1.877). Esse processo de publicação judicial do testamento (CPC, arts. 1.30 a 1.133) é ato complementar, destinado a confirmá-lo após o depoimento das testemunhas, pois estas serão inquiridas a respeito do seu conteúdo e de suas próprias assinaturas, bem como a do testador. Não se exige que se recordem do conteúdo do testamento; basta que reconheçam suas assinaturas e a do testador e a veracidade do ato (CC, art. 1.878). Faltando testemunhas por morte ou ausência, e se pelo menos uma delas o reconhecer, o testamento poderá ser confirmado se, a critério do juiz, houver prova suficiente de sua veracidade (CC, art. 1.878, parágrafo único). Todavia, pelo art. 1.879), em casos excepcionais declarados no testamento escrito de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confirmado a critério do juiz (CC, art. 1.879). Já no direito anterior, que requeria cinco testemunhas, se faltassem mais de duas testemunhas o testamento não podia ser confirmado, perdendo a eficácia jurídica no que concernia às disposições patrimoniais, mas subsistindo relativamente às atinentes ao reconhecimento de filho.
 - 5) Homologação do testamento pelo juiz, que ordenará seu registro, inscrição e cumprimento (CPC, art.1.126). A vantagem do testamento particular está na desnecessidade da presença do notário, visto que terá validade desde que ocorram os requisitos legais mencionados. Além do mais, é simples, cômodo, rápido e nada dispendioso. Entretanto, apresenta inconvenientes de extravio, coação, substituição, alteração, destruição, porque não requer para a sua existência registro em ofício público, de modo que esta só será atestada pela memória das testemunhas testamentárias. A essas desvantagens acrescenta-se o fato de ter sua eficácia subordinada à sobrevivência de certo número de testemunhas, dado que, se duas delas falecerem ou foram declaradas ausentes, o testamento não será cumprido, por não poder ser confirmado, salvo se, a critério do magistrado, uma delas o reconhecer e houver comprovação de sua autenticidade. E, além disso, como já apontamos, há casos excepcionais de dispensa de testemunhas testamentárias, dando-se ao órgão judicante o poder de apreciar a validade do testamento.

8.4 TESTAMENTO CONJUNTIVO

JOSÉ DA SILVA PACHECO:²⁰ - O novo Código Civil, de 2002, em seu artigo 1.863, do mesmo modo que o artigo 1.630 do Código Civil de 1916 estabelece que **“é proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou co-respectivo”**.

SILVIO RODRIGUES - Há três formas de testamento conjuntivo (ou de mão comum):

SIMULTÂNEO, no qual os testadores dispõem, conjuntamente, em benefício de terceiro; (CLÓVIS BEVILÁQUA); há disposição de ambos numa só: os dois testadores testam e dizem a mesma coisa. Exemplo: A e B instituem herdeiros a C, legam a casa da Rua do Ouvidor a D, a da Rua do Rosário a E (PONTES DE MIRANDA); é aquele em que duas pessoas, mediante um só instrumento, e, portanto, por um mesmo ato de última vontade, dispõe de seus bens.

RECÍPROCO, em que os testadores se instituem um ao outro, devendo ser herdeiro o que sobreviver; (CLÓVIS BEVILÁQUA); cada um é herdeiro ou legatário do outro. (PONTES DE MIRANDA); quando os testadores dispõem em benefício de terceiros; recíproco, quando os testadores se instituem um ao outro, de modo que o sobrevivente recolha a herança do outro.

CO-RESPECTIVO, cujas disposições são feitas em retribuição de outras correspondentes” (CLÓVIS BEVILÁQUA); além da reciprocidade, faz-se causa de dispor a favor do outro testador o ter sido instituído por ele” (PONTES DE MIRANDA); quando o, benefício outorgado por um dos testadores, ao outro, retribui vantagem correspondente.

JOSÉ DA SILVA PACHECO²¹ - Sendo o testamento um ato unilateral e personalíssimo, o nosso novo Código Civil não permite que seja feito, conjuntamente, por duas ou mais pessoas, em qualquer das suas espécies. Desse modo, proíbe o novo Código Civil, como já o fazia o anterior, qualquer espécie de testamento conjuntivo: a) quer seja o testamento simultâneo ou de mão comum, em que duas pessoas (p. ex.: marido e mulher) dispõem, no mesmo ato, em benefício de terceiros; b) quer seja o testamento recíproco, em que os testadores (p. ex.: marido e mulher) se beneficiariam, mutuamente, para que o sobrevivente colhesse a herança do outro; c) quer seja o testamento co-respectivo, em que um testador faria disposição de seus bens em favor do outro, em retribuição das disposições que fossem feitas por este em favor daquele.

14. DO PROCESSO DE CUMPRIMENTO DE TESTAMENTO

PÚBLICO	CERRADO	PARTICULAR
1) petição inicial requerendo o registro e cumprimento do testamento;	1) petição apresentando o testamento, requerendo seja designada a audiência de abertura e leitura do testamento (a apresentação do testamento poderá ser feita por ocasião da audiência);	1) petição apresentando o testamento e requerendo seja designada audiência para que três testemunhas confirmem o testamento;
2) vista ao MP;	2) vista ao MP para ciência da audiência;	2) vista ao MP;
3) decisão determinando o cumprimento do testamento e nomeando o testamentário;	3) audiência de abertura e leitura do testamento;	3) audiência de confirmação (pelo menos três testemunhas) ;
4) termo de aceitação testamentária.;	4) vista ao MP;	4) vista ao MP;
	5) decisão determinando o cumprimento e nomeando testamentário;	5) decisão determinando o cumprimento do testamento e nomeando testamentário;
	6) termo de aceitação testamentária;	6) termo de aceitação testamentária;

15. TESTAMENTOS ESPECIAIS

9.1 TESTAMENTO MARÍTIMO

O registro do testamento é feito no diário de bordo, e o respectivo instrumento deverá ser entregue pelo comandante às autoridades administrativas do primeiro porto nacional, para subseqüentes providências de seu cumprimento pelos interessados.

Observa-se que somente vale se feito no curso de uma viagem e desde que o navio não esteja atracado em porto onde o testador pudesse desembarcar e testar na forma ordinária.

A validade dessa espécie está condicionada à morte do testador na viagem ou nos três subseqüentes ao seu desembarque. Passado esse prazo, o testamento caducará.

O testamento marítimo já era regulado pelo antigo Código Civil de 1.916. Atualmente, tanto o testamento marítimo como o aeronáutico são regulados do art. 1.888 a 1.892, na medida em que o Novo Código Civil estendeu a interpretação das características do testamento marítimo ao aeronáutico. (este último, eficácia jurídico-fática praticamente nula.)

De acordo com o disposto no art. 1.888, o testador, estando em viagem, a bordo de navio nacional, poderá fazer um testamento perante o comandante da embarcação,

Ou seja, sempre que alguém estiver a bordo de alguma embarcação nacional, bélica ou comercial, poderá testar perante o comandante, podendo, a seu critério, seguir os ditames atinentes ao testamento público ou cerrado. O vocábulo "viagem" deve ser entendido segundo uma certa amplitude 9], de modo a conferir ao testamento marítimo força prática. Nota-se aí que o ordenamento jurídico confere, nesta ocasião especial, uma certa função notarial ao comandante do navio, fazendo ele, nessa situação, a função do tabelião, devendo seguir os ritos próprios da modalidade de testamento que o testador desejar.

9.2 TESTAMENTO AERONÁUTICO

Pode ser feito no curso da viagem a bordo de aeronave militar ou comercial, perante a pessoa designada pelo comandante, com procedimento análogo do testamento marítimo (arts. 1.888 a 1.892 CC).

O testamento aeronáutico foi uma nova forma de disposição de última vontade incluída no ordenamento pelo Novo Código Civil.

Este é bastante semelhante ao testamento marítimo, conforme o que pode ser observado no artigo 1.889, com a diferença é que a pessoa perante a qual o interessado testará, será alguém designado pelo comandante da aeronave.

9.2.1 REQUISITOS E CADUCIDADE DO TESTAMENTO MARÍTIMO E AERONÁUTICO

Tanto o testamento marítimo como o aeronáutico, ao serem redigidos, ser registrados no respectivo diário de bordo, como se o comandante fosse um tabelião registrando um testamento público em algum livro de sua serventia, bem como, devem ficar sob a guarda do comandante da embarcação (ou aeronave) que, na primeira oportunidade o entregará às autoridades administrativas do primeiro porto (ou aeroporto) em que parar, conforme o que reza o artigo 1.890 do Código Civil, verbis:

O testamento marítimo ou aeronáutico ficará sob a guarda do comandante, que o entregará às autoridades administrativas do primeiro porto ou aeroporto nacional, contra recibo averbado no diário de bordo.

Os testamentos marítimos não prevalecerão se o embarcado estiver em um pequeno cruzeiro, como uma viagem de turismo e se, ao tempo da feitura do testamento, a embarcação encontrava-se em porto onde o mesmo pudesse desembarcar e testar ordinariamente, conforme o disposto no art. 1.892, verbis:

Não valerá o testamento marítimo, ainda que feito no curso de uma viagem, se, ao tempo em que se fez, o navio estava em porto onde o testador pudesse desembarcar e testar na forma ordinária.

No entanto, caso ocorra a não-prevalência do testamento marítimo, deve ser analisado o caso concreto, de modo a saber acerca do fato que levou o testador a não testar de forma ordinária. Deve ser apresentado um fato bastante relevante, como a falta de um notário no local de desembarque, ausência de um consulado brasileiro (caso esteja em terras estrangeiras), desconhecimento da língua local, enfim, somente o caso concreto mostrará a relevância factual.

Os testamentos marítimos ou aeronáuticos somente caducarão se o testador não falecer na viagem em que fez o testamento, nem nos noventa dias posteriores ao seu desembarque, em virtude de, dentro desse prazo, ser perfeitamente possível se testar de forma ordinária. A caducidade encontra embasamento legal no artigo 1.891, verbis:

Caducará o testamento marítimo, ou aeronáutico, se o testador não morrer na viagem, nem nos noventa dias subseqüentes ao seu desembarque em terra, onde possa fazer, na forma ordinária, outro testamento.

Nota-se aí que, diferentemente dos testamentos ordinários, essas duas modalidades de testamento, bem como a modalidade de testamento militar (como veremos posteriormente), possuem um prazo prescricional.

9.3 TESTAMENTO MILITAR

É permitido aos militares e demais pessoas a serviço das Forças Armadas em campanha, dentro do país ou fora dele, assim como em praça sitiada, ou quem esteja de comunicações interrompidas (art. 1.893). Esse testamento, não havendo tabelião ou substituto legal, pode ser feito perante duas testemunhas, e se o testador não puder, ou não souber assinar, perante três, caso em que uma delas assinará por ele. O testamento militar nuncupativo é uma forma especialíssima, só admitido nos casos de testamento militar, quando a pessoa está impossibilitada de escrever, por estar em combate e ferida, confiando a sua última vontade a duas testemunhas. Tal testamento não terá efeito se o testador não morrer na guerra e convalescer do ferimento.

O militar, ou qualquer outra pessoa a serviço das Forças Armadas, quando estiver em campanha, dentro ou fora do País, poderá testar sem as complexidades e solenidades do testamento ordinário. (art. 1.893 do Código Civil).

Pelo comandante da campanha (ou outro oficial, de acordo com as ressalvas mencionadas no artigo supra citado), que, neste ato, servirá de notário público, as declarações do militar serão reduzidas a termo diante de duas testemunhas, que assistam ao ato declaratório e assinem o instrumento, juntamente com o comandante e o testador. Há a possibilidade de outra pessoa assinar a rogo do militar testador, caso este não possa ou não saiba ler.

A caducidade do testamento militar ocorre se o testador estiver em algum lugar onde possa fazer um testamento ordinário, por um prazo certo de 90 dias. Há, entretanto, uma ressalva sobre essa caducidade. Se o oficial que redigiu, ou o oficial a quem foi apresentado o testamento militar apuser uma notação mencionando, em qualquer parte do testamento o lugar, dia, mês e ano em que foi feito, bem como ser este assinado pelo testador, o oficial e as testemunhas, tal caducidade não terá efeito, conforme o disposto no art. 1.895 c/c parágrafo único do art. 1.984 do Código Civil Brasileiro, verbis:

Caduca o testamento militar, desde que, depois dele, o testador esteja, noventa dias seguidos, em lugar onde possa testar de forma ordinária, salvo se este testamento apresentar as solenidades prescritas no parágrafo único do artigo antecedente.

Se o testador souber escrever, poderá fazer o testamento de sue punho, contanto que o date e assine por extenso, e o apresente aberto ou cerrado, na presença de 2 (duas) testemunhas ao auditor, ou ao oficial de patente, que lhe faça as vezes neste mister.

Parágrafo único. O auditor, ou o oficial a quem o testamento se apresente notará, em qualquer parte dele, lugar, dia, mês e ano, em que lhe for apresentado, nota esta que será assinada por ele e pelas testemunhas.

16. TESTEMUNHAS TESTAMENTÁRIAS

ROBERTO SENISE LISBOA²²- Testemunhas testamentárias são os sujeitos que se fizeram presentes ao de testar.

As testemunhas testamentárias garantem a liberdade de testar e asseguram a veracidade das disposições.

Não podem ser testemunhas testamentárias:

1. o menor de 16 anos (art. 3º, I, do CC);
2. os portadores de enfermidade física ou psíquica grave, que obsta o discernimento (art. 3º, II, c/c 228, II do CC);
3. os analfabetos;
4. o legatário (art. 1.801, II, CC);
5. o herdeiro instituído (art. 1.801, II, do CC) e seus ascendentes, descendentes, irmãos, tios, sobrinhos e cônjuge, assim como os parentes por afinidade até o 3º grau (art. 228, V, do CC);

6. o surdo-mudo que não sabe exprimir a sua vontade (art. 3º, III, c/c 228, III, do CC); e
7. o cego (art. 228, III, do CC).

MARIA HELENA DINIZ²³- São instrumentárias, pois subscrevem o ato para o qual foram convocadas, intervindo *ad probationem* e *ad solemnitatem*, tendo um dever de fiscalização, assegurado a identidade do testador, a autenticidade e a liberdade da declaração de sua vontade e verificando se sua manifestação volitiva foi reproduzida com fidelidade na facção testamentária. Por isso, não podem ser incapazes de testemunhar por inaptidão de ordem física ou psíquica, por suspeição ou por interesse.

A testemunha testamentária é, portanto, a pessoa que tem capacidade para assegurar a veracidade do ato que se quer provar, subscrevendo-o. É testemunha das solenidades do ato testamentário.

Em todas as formas de testamento, ordinárias ou especiais, há intervenção necessária de testemunhas instrumentárias para garantir a liberdade do disponente e a veracidade de suas disposições de última vontade. Nas formas ordinárias de testamento exige-se a presença de duas ou três testemunhas (CC, arts. 1.864, II, 1.868, II e III, 1.873 e 1.876, §§ 1º e 2º); no testamento militar, duas ou três serão as testemunhas (CC, arts. 1.893, 1.894 e 1.896), e nos testamentos marítimos, ou aeronáuticos, serão duas as testemunhas instrumentárias (CC, art. 1.888).

Todas as pessoas capazes podem testemunhar no ato testamentário, excluindo-se aquelas que a lei determinar de modo expresso. Assim, podem ser testemunhas em testamento todos aqueles que tiverem os requisitos legais para esse fim. Faltando qualquer desses requisitos exigidos legalmente, ter-se-á a incapacidade da testemunha, que pode ser absoluta ou relativa, acarretando, no primeiro caso, a nulidade de pleno direito do testamento, e, no segundo, a sua validade, tornando nula, porém, qualquer disposição em favor do incapaz.

Na apreciação da incapacidade das testemunhas instrumentárias do testamento, deve-se considerar o momento da facção testamentária; se a causa de sua incapacidade for superveniente ao ato testamentário, este não perderá sua validade e sua eficácia.

Não há nenhuma outra proibição legal no que concerne à capacidade ou à legitimação para ser testemunha testamentária, de modo que podem servir de testemunha: os funcionários do cartório em que se lavra a disposição de última vontade; o testamenteiro, apesar de gratificado com a vintena; os tutores; os estrangeiros; os amigos íntimos do testador; as pessoas obrigadas a guardar segredo profissional, como o médico; os representantes ou diretores das pessoas jurídicas eventualmente contempladas; o que escreveu o testamento cerrado, e as mulheres.

É preciso acrescentar, ainda, que se faltar a qualificação das testemunhas instrumentárias não haverá infração de formalidade essencial, pois a norma jurídica não prescreve pena de nulidade para a omissão de dados qualificativos (CC, art. 215, § 1º, III). Isto é assim porque tal qualificação é mera formalidade *ad probationem*, sua identidade pode ser, posteriormente, apurada por ser *quaestio facti*: cabe ao juiz apreciá-la. Juridicamente é suficiente que as testemunhas tenham capacidade para assegurar a veracidade do ato, bastando que preencham, por exemplo, certos requisitos legais arrolados nos arts. 228, I a V, 1.864, II, 1.865, 1.867, 1.868, IV, 1.876, §§ 1º e 2º, 1.878, 1.888, 1.889, 1.893, 1.894, parágrafo único do Código Civil. A falta dos requisitos do Código Civil, art. 215, constitui mera irregularidade, que não acarreta nulidade do testamento público por serem formalidades secundárias daquele ato de última vontade.

17. TESTAMENTEIRO

MILTON OLIVEIRA²⁴ - Geralmente o testador nomeia uma ou mais pessoas de sua confiança, que pode ser um herdeiro, o cônjuge meeiro, um legatário ou uma pessoa estranha, para que sejam ultimadas as suas disposições definidas no testamento. O próprio Código Civil prevê tal faculdade:

"Art. 1.976 - O testador pode nomear um ou mais testamenteiros, conjuntos ou separados, para lhe darem cumprimento às disposições de última vontade."

Portanto, o testamenteiro é a pessoa designada para fazer cumprir as disposições de última vontade do *de cuius*, exercendo todos os poderes que lhe forem conferidos e atendendo às obrigações ditadas pelo autor da herança. É, portanto, um executor do testamento.

Saliente-se que o estrangeiro pode ser nomeado testamenteiro, desde que domiciliado no país. Também o falido pode ser testamenteiro, porque a testamentária é um encargo privado e a incapacidade do falido diz respeito aos interesses da massa.

Normalmente, o próprio testador nomeia o testamenteiro, por meio de testamento ou codicilo. Sendo nomeado mais de um testador, deverá ser indicada a ordem em que devem servir, isto é, a ordem em que se operará a sucessividade, em caso de o primeiro nomeado não aceitar ou, por qualquer motivo, encontrar-se impossibilitado. Se a nomeação for in solidum, deverá vir expressa. Não havendo menção expressa do testador, a testamentária deverá ser exercida por todos os testamenteiros em comum.

Não sendo nomeado testamenteiro, a execução testamentária competirá ao cônjuge supérstite, desde que casado sob o regime de comunhão de bens. Na ausência deste, o juiz escolherá um dos herdeiros para exercer a função.

O cumprimento do testamento público segue o procedimento ditado nos arts. 1.125 a 1.129 do CPC. Sendo o testamento particular e não tendo sido o testamenteiro quem o apresentou para publicação, será ele intimado para a audiência de confirmação, ao talante do contido no art. 1.131, inciso 11, do Estatuto Processual Civil.

11.1 QUEM PODE SER NOMEADO TESTAMENTEIRO

Qualquer pessoa natural que tenha capacidade civil para contrair obrigações. Dissemos anteriormente que o testamenteiro é, em geral, escolhido pelo testador, recaindo a nomeação, normalmente, em um herdeiro, ou no cônjuge meeiro, ou no legatário, ou, até, numa pessoa estranha ao testamento. Pode, inclusive, a nomeação recair em mais de uma pessoa.

Será considerada a capacidade do testamenteiro ao tempo em que ele começou a exercer as funções do munus, conservando-se enquanto durar o encargo.

11.2 QUEM NÃO PODE SER NOMEADO TESTAMENTEIRO

Caso se verifique uma eventual incapacidade para o nomeado exercer o encargo de testamenteiro, tal fato deve ser apreciado no momento em que se for dar o exercício. Um exame perfunctório nos leva a concluir, com certa razão, que o testador não nomearia testamenteiro determinadas pessoas (um estelionatário, por exemplo), justamente para não dar oportunidade a um desejo viciado. Porém, se, por motivos outros, que aqui não devam ser questionados, procedeu diferentemente, oportuniza-se a incapacidade.

Portanto, não podem ser testamenteiro os menores de 18 (dezoito) anos, não emancipados, os interditos, os pródigos, os ausentes e, em certos casos, os silvícolas. Também não deve ser deferida a testamentária aos que devem ao testador, aos que estiverem litigando com os herdeiros ou que forem inimigos destes ou do disponente; à pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, seu cônjuge, ascendentes, descendentes e irmãos; à concubina do testador casado; às testemunhas testamentárias; ao oficial público; ao comandante e ao escrivão perante o qual se fez o testamento.

A testamentaria é encargo pessoal, deferido exclusivamente à pessoa física. Segundo OROZIMBO NONATO, é um munus privatum, que ninguém será obrigado a exercê-la senão por anuência livre. Portanto o testamenteiro terá de expressar se aceita ou não o encargo, para, daí, nascerem os direitos e obrigações que lhes são próprios. Na lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, a nomeação do testamenteiro não se constitui um requisito de validade do testamento, mas uma faculdade e, como tal, o testador a exercerá ou não, segundo os seus desejos.

O testamenteiro somente poderá ter a posse e a administração da herança, ou parte dela, na falta de cônjuge ou herdeiros necessários, consoante orientação do art. 1.977 do CC.

11.3 DIREITOS DO TESTAMENTEIRO

Assim como nos demais institutos jurídicos, o testamenteiro tem direitos e obrigações dos quais não se pode descurar. São direitos indelegáveis do testamenteiro: ter a posse e administração da herança, se não houver cônjuge nem herdeiro necessário; defender a posse dos bens da herança; requerer o inventário e cumprir o testamento, se tiver herança; requerer ao detentor do testamento que o leve a registro; receber a vintena; ser reembolsado das despesas feitas com a execução do testamento; ser citado para o inventário; e demitir-se do encargo.

11.4 OBRIGAÇÕES DO TESTAMENTEIRO

Prestar compromisso de bem servir, assinando o respectivo termo, em cartório, e administrar a herança; executar as disposições testamentárias dentro do prazo; apresentar, em juízo, o testamento para

ser aberto, e, se não o tiver em sua guarda, indicar ao juiz quem o detenha, requerendo sua intimação para que o apresente; fazer a publicação do testamento particular; atender às despesas funerárias; requerer o inventário dos bens da herança, no caso de ter a posse e a administração desses bens; defender o testamento; requerer a inscrição e a especialização da hipoteca legal dos incapazes; zelar pela conservação, administração e aproveitamento dos bens sob sua guarda, sujeitando-se a responder por todos os danos que causar no exercício de suas funções; prestar contas; responder pelos prejuízos que causar culposamente; e exercer as funções de inventariante, caso o testador tenha distribuído toda a herança em legados.

Por cuidar de interesses alheios, o testamenteiro está obrigado a prestar contas do munus, no prazo marcado pelo testador ou, se não houver estipulação, dentro de 180 (cento e oitenta) dias, contados da aceitação da testamentária. A prestação de contas deve ser autuada em apartado do inventário, com intervenção do órgão do Ministério Público. Se, porém, o testamenteiro se recusar a prestá-la, cabe, então, a qualquer interessado propor sua remoção, em ação própria, de procedimento especial.

Em caso de testamenteiros simultâneos, cada um prestará conta, apenas, do que tiver feito, salvo se houverem agido em conjunto, quando, então, todos serão obrigados a prestar contas.

11.5 VINTENA

É a remuneração paga ao testamenteiro, desde que não seja herdeiro ou legatário, pelos serviços prestados, cujo valor pode ser fixado pelo testador ou arbitrado pelo juiz. Necessário se faz a atualização dos valores dos bens, quando do pagamento da vintena, sob pena de o prêmio ou remuneração ser de pouca monta.

A remuneração normalmente é fixada pelo testador. Sendo ela excessiva, levando-se em conta as forças da herança, poderá ser reduzida ao limite legal, ou a ele elevada, se for irrisória.

A vintena deve ser paga em dinheiro, nela não havendo incidência do imposto causa mortis, entretanto o testamenteiro pagará imposto de renda pelo ganho auferido.

Ao talante do art. 1.139 do GPG, a vintena não será paga mediante adjudicação de bens do espólio, somente assim se procedendo em caso de o testamenteiro ser meeiro. Porém, sendo ele casado em comunhão de bens com herdeiro ou legatário do testador, não receberá a vintena, podendo, entretanto, preferir o prêmio à herança ou legado (art. 1.138, § 2Q, do GPG).

Somente após deduzidas as dívidas da herança e as despesas de enterro e funeral é que se pode calcular a vintena.

11.7 DESTITUIÇÃO DO TESTAMENTEIRO

Evidentemente, não atendendo ao zelo devido às suas obrigações ou facultando o surgimento de atos incompatíveis com a sua função, o testamenteiro pode ser removido. Assim, quando glosadas as despesas por ilegais ou em discordância com o testamento; se não for cumprido o testamento; ao não serem feitas a inscrição e a especialização de hipoteca legal; ao agasalhar interesses contrários ao espólio; e se for interditado judicialmente. Nestes casos, o testamenteiro será destituído.

A remoção do testamenteiro pode ser de ofício, ou por iniciativa do representante do Ministério Público, ou de qualquer interessado, processando-se em apartado, no juízo do inventário.

18. INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DO TESTAMENTO / DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS

ROBERTO SENISE LISBOA²⁵ - Regime jurídico do testamento é o conjunto de normas jurídicas aplicáveis à última manifestação de vontade do *de cuius* para fins de sucessão a título singular.

O testamento é *unus actus*, ou seja, na sua elaboração não pode haver interregno de tempo e espaço. O primeiro traslado tem a mesma força probante do livro original do tabelião no qual foi lavrado.

As principais regras de interpretação do testamento são as seguintes:

a) nenhum elemento externo pode ser levado em consideração para a obtenção da real intenção da vontade do testador;

Os herdeiros testamentários poderão suceder, sempre respeitando-se a legítima, ou seja, caberá a eles até o percentual máximo de 50% (cinquenta por cento) dos bens deixados pelo *de cuius*, por ocasião da abertura da sucessão, isto é, da sua morte.

Nada impede que o autor da herança contemple herdeiros testamentários em quinhões cuja totalização não atingirá a metade disponível, interpretando-se, pois, que o *de cuius* não teve o propósito de dispor até o limite máximo permitido pela lei civil.

b) a vontade do testador deve ser aquela expressa de modo inteligível no documento;

Assim, se o testador indicar o quinhão de alguns herdeiros, porém silenciar a respeito de outros sucessores por ele nomeados, primeiramente se calculará qual é o total dos bens a serem transmitidos aos sucessores testamentários por disposição expressa do percentual, considerando-se que os demais herdeiros contemplados receberão proporcionalmente os bens remanescentes até os limites impostos para a defesa da legítima. Exemplo: Paulo vem a falecer e deixa um filho, Alfredo. Ao elaborar testamento, contempla seu amigo Manuel com 20% de seu patrimônio, além de dispor que Maria e Álvaro também herdarão pela via testamentária. Concluindo: Alfredo, como sucessor legítimo único, herdará metade do patrimônio deixado pelo *de cuius*. Manuel ficará com a quota expressamente declinada em seu favor, enquanto os outros dois herdeiros ficarão, cada qual, com 15%.

A vontade do testador é ambulante, podendo ser mudada até a hora da sua morte, evento esse que a torna irreversível.

c) havendo cláusula duvidosa, o intérprete deverá aplicá-la da maneira que melhor se harmonize com a vontade manifestada pelo testador;

A teoria interpretativa de um negócio jurídico no sistema clássico sempre foi a subjetiva, buscando-se o elemento psíquico que levou o testador a contemplar determinadas pessoas como herdeiras a título universal ou singular. Assim, se o testamento beneficiar dois ou mais herdeiros sem estabelecer qual será o quinhão deles, a herança testamentária será partilhada de forma igual para todos.

Tratando-se de parte disponível a ser destinada a sucessores individualizados e a grupos designados pelo testador, a partilha se dará conforme o número de pessoas individualmente declinadas pelo testador e de grupos de pessoas por ele enunciados. Exemplo: a cláusula "contemplo Paulo, Osvaldo e a família de meu bom amigo José" importa na divisão da herança em três quinhões iguais.

d) é válida a disposição expressa em termos ásperos ou de censura, considerando-se possível a cláusula testamentária de conteúdo não patrimonial;

e) é possível disposição copulativa ("nomeio A ou B"), porém deixando-se claro qual herdeiro terá a preferência à sucessão testamentária;

Nada impede que o testador possa contemplar pessoa incerta a ser indicada por terceiro, dentre aquelas que fazem parte de uma relação enunciada pelo testador ou, ainda, de uma família, de um corpo coletivo (uma comunidade religiosa ou política, por exemplo) ou de um estabelecimento declinado pelo autor da herança.

f) pode-se instituir herdeiro ou legatário, ou ambos, respeitadas as regras de disponibilidade;

O herdeiro necessário é protegido pela legislação como pessoa que pode ser contemplada tanto na sucessão legítima como na testamentária. Com isso, o sucessor legítimo pode também herdar via testamento, sem prejuízo do quinhão hereditário ao qual tem direito por força de lei.

Já o colateral poderá ser excluído da sucessão através de simples disposição testamentária sem contemplação em seu benefício, pois não possui o direito necessário à legítima, já que se trata de herdeiro facultativo.

g) pode ser instituído como herdeiro alguém para determinado fim (construção de um mausoléu, por exemplo);

A nomeação de herdeiro a título universal ou de legatário é ordinariamente realizada de forma simples, permitindo a legislação, ainda, a contemplação sob condição e a que enseja o cumprimento de encargo por parte do adquirente. Na herança sob condição, haverá a contemplação se ocorrer um evento futuro e incerto (condição suspensiva da transmissão da herança ao beneficiário). Já na contemplação com encargo, estabelece-se o cumprimento de determinada tarefa, patrimonial ou não, a ser feita pelo herdeiro ou legatário.

Somente se permite a indicação da condição, jamais a designação do tempo em que se iniciará ou cessará o direito do sucessor testamentário.

h) na interpretação do testamento, deve-se buscar a real intenção. A atividade interpretativa possui limites estabelecidos na real intenção do testador em elaborar a cláusula. Leva-se em conta, nesse caso, todos os métodos de interpretação do negócio jurídico (o gramatical, o histórico, o lógico, o lógico-sistemático), devendo-se sempre buscar a interpretação teleológica, apreendendo-se a real finalidade ou o objetivo para o qual a cláusula foi elaborada.

ZENO VELOSO entende, porém, que o intérprete não deve se valer, senão justificadamente, de elementos extratestamentários, porque a sua atividade se inicia e finda no testamento. Não se pode construir uma manifestação de vontade ou uma intenção a partir de elementos inexistentes no negócio jurídico em questão.

i) na dúvida, interpreta-se o dispositivo de forma mais harmônica com o contexto, uma pela outra, com a cláusula antecedente explicando a conseqüente;

j) "prole" designa apenas os filhos de sangue;

l) "filhos" pode incluir os netos, relativamente ao filho pré-morto, pouco importando a sua origem, ante o princípio da não discriminação estatuído no art. 227 da CF;

m) "clausulamento" designa a distinção de bens da herança;

n) "universalidade de bens" inclui os bens não conhecidos pelo próprio *de cujus*;

o) "aos pobres e entidades de caridade" - considera-se como tais aqueles que são da localidade na qual se realizou o testamento;

OLIVEIRA LEITE observa que, embora a disposição contemple pessoas indeterminadas, considera-se ela válida porque a indeterminação é, nesse caso, relativa, já que a norma jurídica estabelece que os pobres serão aqueles da localidade que corresponde ao domicílio do testador à época da sua morte.

p) é vedada a disposição captatória, isto é, o epíteto para distinguir a cláusula testamentária provocada por artifício ou ardil de algum herdeiro ou legatário;

Por meio da cláusula captatória, o testador destina uma parte ou a totalidade da herança a uma pessoa, sob a condição de ela vir a beneficiário em seu testamento. Trata-se, como se pode notar, de pacto sucessório, o que, como ressaltado no estudo inicial, é inválido porque vicia o testamento e prejudica a liberdade de testar.

PONTES DE MIRANDA afirma que não se pode proibir a reciprocidade sucessória pela via testamentária pelo simples fato de ela existir, mas porque o testador se conduziu com *animus captandi*, ou seja, com o propósito de proceder à captação da vontade testamentária do outro, levando-o a beneficiá-lo.

Assim, se a cláusula testamentária estabelecer uma simples condição não captatória, ela poderá ser reputada válida. Se a condição estipular que se dará a contemplação no testamento de "A" se o eventual beneficiário "B" vier a inserir "A" como sucessor testamentário do seu respectivo testamento, afigura-se evidente a captação e plenamente justificável a nulidade da cláusula do primeiro testamento (ou seja, da cláusula captante).

A disposição captada, isto é, do segundo testamento, deverá ser analisada criteriosamente pelo intérprete. Se houve a reciprocidade proposital, a cláusula captada será igualmente nula. Todavia, entende PONTES DE MIRANDA que o caso seria de validade se a disposição se deu por simples gratidão ou afeição.

q) a cláusula testamentária por meio da qual se concede um legado aos pobres, que não contenha a sua identidade ou a do estabelecimento de caridade, deve ser interpretada como beneficiando aquele que se encontra no último domicílio do *de cujus*;

r) a cláusula que exclui da sucessão testamentária determinado bem acaba por submetê-lo automaticamente, mediante reversão, à sucessão legítima;

Se o testador afirma que determinado herdeiro não poderá vir a obter um bem individualizado na cláusula testamentária, esse será revertido em benefício dos demais, procedendo-se à devida

compensação dos valores da herança.

s) é válida a cláusula que destina parte da herança ou um bem individualizado (legado) em prol daquele que prestou serviços para o *de cuius* por ocasião da moléstia que acarretou a sua morte;

t) a distribuição de quinhões testamentários aos herdeiros, contemplando com patrimônio total inferior à metade daquele deixado pelo testador, acarreta a conclusão de que todo o patrimônio remanescente, ainda que em percentual superior à metade disponível, é revertido em prol dos herdeiros legítimos;

u) o herdeiro testamentário não contemplado com quinhão explicitado pelo testador se beneficiará com o percentual remanescente entre a parte disponível e o total das contemplações efetuadas pelo testador.

GISELDA HIRONAKA²⁶ - Disposição de última vontade é a derradeira manifestação volitiva do testador, titular do patrimônio atribuível depois de sua morte a outrem, "de caráter patrimonial ou pessoal, traduzindo-se não só na instituição de herdeiro ou legatário, mas também no título ou fundamento, pelo qual são estes chamados a recolher, total ou parcialmente, a massa hereditária".

O assunto em pauta 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.

NEY DE MELLO ALMADA bem esclarece, quando detalha: "É o testamento, primordialmente, ato mediante o qual se materializa uma *atribuição de bens*, tanto pela instituição de herdeiro como através de legado, ou, exclusivamente, por uma ou por outra. Em sua estrutura, por conseguinte, predomina o aspecto *dispositivo*, aliás tônica do enunciado legal que o define [definia] (CC/16, art. 1.626). Assim, na concessão de natureza patrimonial está concentrado o conteúdo normal da cédula testamentária".

As disposições testamentárias, no entanto, não têm exclusivamente esse viés patrimonial, já que podem versar a respeito de enunciados não patrimoniais, puramente pessoais. É possível afirmar, pois, que as disposições testamentárias podem ser de natureza patrimonial ou de natureza pessoal. Elencam-se, entre as do primeiro tipo, disposições como a instituição de herdeiro ou legatário, o pagamento de obrigações civis ou naturais, as substituições de herdeiros, o gravame imposto a bens legados e à legítima, a deserção, o perdão à indignidade e outras. Elencam-se, por sua vez, entre as do segundo tipo disposições como as relativas à nomeação de tutor, ao reconhecimento de filho, à educação ou à profissionalização de filho ou de legatário, e, ainda, recomendações sobre os funerais e destino do corpo ou de parte dele, entre outras.

Essas disposições testamentárias todas, pelo fato de realizarem o contingente intrínseco do testamento, devem obrigatoriamente estar contidas nele, quer dizer, não serão admitidas quaisquer disposições outras que se encontrem materialmente fora do corpo testamental, ainda que em documento autêntico e ainda que mencionado expressamente. Disposições desse tipo são tidas como não escritas e não integram ou complementam aquelas outras, perfeitamente contidas no testamento.

Mas isso não impede que cláusulas tratadas em testamento revogado possam subsistir, integrando o testamento por último realizado, mormente aquelas de conteúdo não patrimonial. Assim, o "testamento final" de uma pessoa pode ser uma combinação de várias cédulas testamentárias ou, ainda, de um testamento e um codicilo, sem que isso contrarie o que se expôs acima: a proibição é, tão-somente, de que vontades do testador, que deveriam estar expressas em qualquer dos documentos com as características aqui estudadas (justamente porque o testador quis que sua vontade só produzisse efeitos - ainda que *ex tunc* - posteriormente a sua morte), possam revestir forma outra, ainda que prevista pelo legislador (mas para outros fins), como é o caso da escritura pública, por exemplo.

Não produzem efeitos, também, quaisquer cláusulas testamentárias que sejam de caráter ilícito ou de teor contrário à moral. Bem assim as chamadas "cláusulas derogativas ou derogatórias", como ensina CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, "pelas quais o declarante, por qualquer forma, direta ou indiretamente, contraria o princípio da revogabilidade do testamento ou dispensa as suas solenidades", são nulas de pleno direito, posto que o caráter absolutamente revogável do testamento e a atenção obrigatória de suas formas solenes derivam de preceito de ordem pública.

O Código Civil prevê, ainda, a possibilidade de se requerer a anulação das disposições testamentárias que tenham sido apostas à cédula testamentária sob a égide do erro, do dolo ou da coação, impondo, para tal, um prazo de quatro anos começados a contar da data em que o interessado tomou conhecimento do vício (CC, art. 1.909).

Por fim, quanto a esta questão da existência, validade ou eficácia das disposições

testamentárias, cabe consignar que, quando uma ou mais cláusulas tiverem dependência lógica uma da outra, sendo esta expurgada, por qualquer motivo, do bojo do testamento, serão aquelas outras, não obstante perfeitas do ponto de vista formal e mesmo material, tidas por não escritas, dada a propalada dependência que as unia. Vale dizer, as cláusulas acessórias seguem o destino da principal.

A maior função das disposições de caráter patrimonial revela-se na instituição de herdeiro, por meio da qual o testador afasta a solução legal de distribuição de bens hereditários para decidir, pessoalmente, como deseja se proceda a essa divisão, respeitados os limites minimamente impostos pela lei.

Os autores são unânimes em demonstrar que a instituição de herdeiro constitui, por essa razão, um *habitat* - por excelência superior - de eficácia da vontade humana, pois que, por seu intermédio, se torna possível afastar, neutralizar ou minimizar a sucessão legítima, formatando outro destino aos bens que comporão, no futuro e com sua morte, o seu acervo hereditário.

GISELDA HIRONAKA²⁷ -

19. SUBSTITUIÇÃO VULGAR E RECÍPROCA

Admite-se a substituição testamentária por determinação do testador, mediante a alteração dos beneficiários da parte disponível da herança.

Substituição vulgar é a retirada de um herdeiro ou legatário que não deseja receber ou não pode obter a herança, por outra pessoa estranha à sucessão.

A substituição vulgar pode ser:

- simples, com o ingresso de apenas uma pessoa; ou
- coletiva, com o ingresso de várias pessoas, que dividirão a herança ou o legado em partes iguais.

Substituição recíproca ou mútua é a retirada de um herdeiro testamentário ou legatário que não deseja receber ou não pode obter a herança por outro herdeiro testamentário ou legatário.

A substituição recíproca pode ser geral e particular.

Dá-se a substituição recíproca geral quando todos os demais herdeiros testamentários substituem o que não aceitou a herança pela sucessão testamentária.

Substituição recíproca particular é aquela que sucede quando determinados herdeiros substituem outros igualmente determinados.

Nada impede que o testador disponha um substituto ao herdeiro renunciante da sucessão, beneficiando-se ele com a herança ou o legado. O substituto sujeita-se às condições e encargos porventura incidentes originalmente, a menos que testador estabeleça outra regra ou, ainda, se a condição ou encargo não puder mais se realizar, em face de do testador sua natureza jurídica. Exemplo: o encargo intuitu personae não tem como ser cumprido, em face da substituição. Assim, se o encargo consistia na elaboração de uma obra intelectual (obra sob encomenda), não cabe a manutenção da validade da cláusula testamentária neste ponto.

Havendo a substituição recíproca de co-herdeiros testamentários ou legatários de partes desiguais, a proporção dos quinhões será observada para os substitutos.

Havendo quinhões vagos em virtude da inclusão de mais uma pessoa na substituição, a lei estabelece a presunção de partilha igual dessa quota-parte entre os substitutos (art. 1.950, parte final, do CC).

No entanto, veda-se o direito de representação na sucessão testamentária.

20. SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA

Se o testador instituir herdeiros ou legatários, estipulando que os bens se transmitam ao fiduciário por ocasião da sua morte, este terá o direito de transmiti-los a um fideicomissário.

Na substituição fideicomissária, adquire-se o domínio de um bem com a obrigação de conservação até a morte do beneficiário, momento em que a coisa se transmitirá a outra pessoa física ou jurídica previamente indicada pelo testador.

Há uma dupla disposição testamentária: primeiramente, indica-se quem será o fiduciário e, em

seguida, o fideicomissário.

Durante o período de vigência da cláusula testamentária, o fiduciário é o proprietário resolúvel da coisa. Findo o período apontado pelo dispositivo mencionado na cédula testamentária, o bem é transferido para o domínio do fideicomissário.

Caracteriza-se a substituição fideicomissária pela sucessão nos bens transmitidos por herança.

O fiduciário fica obrigado a transferir, por ocasião da sua morte, ou por termo ou condição, os bens a outra pessoa, o fideicomissário.

O fideicomissário, portanto, não recolhe os bens no momento da abertura da sucessão. Todavia, durante o período em que o fiduciário permanecer na propriedade resolúvel dos bens, ele ficará obrigado a efetuar o inventário dos bens gravados, e a prestar caução de restituição como forma de garantia dos direitos do fideicomissário.

A substituição fideicomissária pode se dar não apenas com a morte do fiduciário, como também nos casos em que a cláusula testamentária dispuser sobre alguma condição ou termo.

A renúncia do fiduciário à herança ou ao legado viabiliza a transmissão direta da propriedade em favor do fideicomissário.

Se o fiduciário renunciar antes da concepção do fideicomissário, tal fato não acarretará a impossibilidade de o direito eventual vir a se verificar, bastando que a concepção ocorra após a morte do testador. Nesse caso, haverá a necessidade de se proceder à reserva dos bens dispostos na cláusula testamentária.

Tratando-se o fideicomissário, à época da morte do testador, de nascituro, a renúncia do fiduciário não implica em perda da expectativa de direito patrimonial, que se consolidará com o nascimento com vida.

Por outro lado, a renúncia do fideicomissário à herança ou ao legado gera a caducidade do fideicomisso, consolidando-se a propriedade em prol do fiduciário, salvo se outra determinação tiver sido dada pelo testador.

Não são válidos os fideicomissos de segundo grau. Não pode, assim, o fideicomissário ser obrigado, por força de cláusula testamentária, a entregar o bem fideicometido a terceiro. Ocorrendo a substituição ilegal, a sua nulidade declarada judicialmente não prejudicará o fideicomissário, subsistindo a cláusula mediante a redução de sua disposição.

Além de todo o exposto, cabe observar que há a possibilidade de instituição de herdeiros ou legatários através da estipulação de que os bens serão transmitidos ao fideicomissário por ocasião do advento da sua maioridade.

21. REDUÇÃO DAS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS

Redução das disposições testamentárias é exceção ao princípio da intangibilidade do testamento, segundo a qual possibilita-se a alteração das cláusulas que consubstanciaram um excesso daquilo que o testador poderia livremente dispor.

O testamento é negócio jurídico unilateral intangível e imutável, caso o testador não tenha procedido às alterações que entendeu necessárias, até o momento da sua morte.

São exceções ao princípio da intangibilidade testamentária a deserdação e a redução das disposições testamentárias.

O instituto da redução das disposições do testamento objetiva não permitir que se ultrapasse o limite legal do direito de testar.

A promoção da redução sobre a quota dos herdeiros ou sobre o legado deve ser elaborada à época da partilha.

As principais regras sobre a redução das disposições testamentárias são (art. 1.966 a 1.968 do CC):

a) se o testador exceder a parte disponível, a cláusula por ele elaborada deverá ser reduzida proporcionalmente, para preservação dos direitos dos sucessores legítimos;

b) caso o próprio testador venha a prever a eventual disposição de última vontade em excesso, torna-se possível que ele mesmo venha a impor redução desproporcional entre os herdeiros testamentários;

c) a redução das disposições testamentárias somente pode ser requerida após a abertura da sucessão, pelos herdeiros necessários, que se beneficiam da reserva legal equivalente, pelo menos, à metade do patrimônio deixado pelo *de cuius* à época da morte;

A prova do excesso e da conseqüente necessidade de redução é de quem alega e possui interesse jurídico para propor a ação, isto é, o herdeiro reservatário ou necessário.

d) a redução se dá, primeiramente, sobre a parte dos herdeiros testamentários, de forma proporcional ao quinhão destinado em favor de cada um deles. O legado somente será reduzido se não houver quinhões testamentários outros a serem reduzidos.

O legado poderá, no entanto, ser reduzido se consistir em prédio divisível, e de forma proporcional à redução dos demais sucessores testamentários. No entanto, tornando-se impossível a divisão do prédio e o excesso do legado ultrapassar 25% do bem em questão, o imóvel legado ficará por inteiro na herança, restando ao legatário requerer de cada co-herdeiro a parte que lhe seria disponível, observando-se a quota-parte atribuída a cada um deles.

O legatário herdeiro necessário poderá inteirar a sua legítima no mesmo imóvel, possuindo direito de preferência ou preempção em relação aos demais sucessores sobre esse bem.

Por fim, se o montante testado for inferior ao limite máximo da parte disponível, a diferença será atribuída em favor dos sucessores legítimos.

SÍLVIO VENOSA²⁸ - como visto havendo herdeiros necessários (descendentes ou ascendentes, bem como o cônjuge em determinadas situações), o testador não pode atribuir no testamento senão a metade de seu patrimônio. A outra metade constitui a legítima dos herdeiros necessários.

Pode ocorrer, contudo, que, por inadvertência, desconhecimento, diminuição ou desvalorização de seu patrimônio, fatores alheios a sua própria vontade, ou malícia, o testador venha a ultrapassar a metade disponível. O mesmo pode acontecer nas doações. Em qualquer situação, há que se ajustar a legítima. Aqui se trata de redução nas deixas testamentárias.

Nas doações, o fenômeno ocorre pelas mesmas razões e estão entrelaçadas (arts. 549, 2.008; 1.789, 1.846, 1.847; antigo arts. 1.176, 1.790, parágrafo único, 1.576, 1.721 e 1.722). Também ocorrendo a situação na partilha emvida, permitida pelo art. 2.018 (antigo, art. 1.776), poderá haver redução, já que o sentido é o mesmo (aqui se trata de ação de anulação de partilha por ato inter vivos, referida pelo art. 1.029 do CPC, como veremos). O testamento não se invalida. Contudo, não se reduz as disposições do testamento, para assegurar a garantia da legítima, definindo-se regras para esse fim. Esse é, pois, o sentido do tema, qualificado no art. 1.967 (antigo, art. 1.727): "as disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes".

Se não houver herdeiros necessários, não há que se falar em redução, de vez que o testador podia dispor de todo seu patrimônio. E se, ao contrário, as disposições testamentárias não atingirem os limites do disponível, todo remanescente, não incluído no testamento, caberá aos herdeiros legítimos. O art. 1.966; antigo, art. 1.726). Atendidas as disposições testamentárias, nada se tocando na legítima, o remanescente será atribuído aos herdeiros necessários ou legítimos. A redução determinada na lei é uma forma de garantir a intangibilidade da legítima.

16.1 PROCEDIMENTO PARA A REDUÇÃO

Já estudamos que no Direito Romano, desde a época de Justiniano, existia uma porção reservada da herança a determinados herdeiros. A eles, se prejudicados, se concedia ação para as situações em que o testador, sem razão justa, os excluía da sucessão, em favor de terceiros.

É questão moderna, e de ordem prática, saber qual o procedimento a ser adotado para a redução. Se tiver condições, de plano, o juiz pode determinar a redução nos próprios autos de inventário, se acomodados os interesses das partes. Nessa situação, não há questões de alta indagação.

Não satisfeito qualquer interessado, ou não sendo possível a redução no curso do inventário, há que se recorrer à ação própria da redução (denominada tradicionalmente de *actio in rem scripta*). Enquanto não aberta a sucessão, não é possível se intentar a ação, porque ainda não há herança.³

Interessado na propositura da ação de redução será não só o herdeiro (podendo vir só ou acompanhado dos demais, como litisconsortes ou assistentes litisconsorciais), como também o cessionário de direitos hereditários, os sub-rogados no seu direito por igual direito sucessório (pois a ação é transmissível), bem como os credores do herdeiro lesado (que vêem sua garantia quirografária diminuída) (PEREIRA, 1984, v. 6:250).

O herdeiro que não se interessar pela redução e não mover ou participar da ação não será

atingido pela coisa julgada. A redução vai beneficiar tão-só os herdeiros que não se mantiveram inertes. Não há coisa julgada material dentro do inventário. O herdeiro que não concordar com a partilha, homologada contra sua vontade, continua com a possibilidade de mover ação autônoma. O direito a essa ação, por conseguinte, não é personalíssimo, sendo passível de cessão (NONATO, 1957, v. 3:373). O cônjuge supérstite meeiro também tem legitimidade para essa ação, se invadida sua meação, uma vez que o testador não podia dispor do que não tinha. O mesmo se diga quanto ao convivente que também tenha direito à meação.

Quando há herdeiros incapazes, caberá a iniciativa a seus representantes. Em seu silêncio, ocorrendo conflito entre a vontade do incapaz e do representante, deve o Ministério Público zelar para que a ação seja proposta por curador especialmente nomeado para tal. Os incapazes não podem transigir ou renunciar a direitos sem autorização judicial. Os credores do espólio não têm legitimação para essa ação, já que todo o acervo hereditário lhes garante o crédito.

Enquanto não terminado o inventário e antes da partilha, as parcelas litigiosas não devem ser objeto de homologação. Após a homologação da partilha, o pedido de redução, julgado procedente, anulará a partilha, ainda que parcialmente. Não se invalida a disposição testamentária excedente, nem o testamento. O procedimento ou processo de redução tem por finalidade reduzir o objeto material do testamento. A parte inoficiosa do testamento é tornada ineficaz.

Se os herdeiros, maiores e capazes, houverem por bem cumprir o testamento com parte inoficiosa, o interesse é privado. Nada obsta que deixem de exercer o direito e a ele renunciem. Se, por um lado, a ação por inoficiosidade decorrente de testamento só possa ser proposta após a morte do autor da herança, quando o excesso decorrer de doação ou partilha em vida, com base nesses atos pode ser proposta a ação, embora se defenda também o contrário. CARLOS MAXIMILIANO (1952, v. 3:39), acompanhado de boa parte da doutrina, acredita que em vida não há como se saber da inoficiosidade, nem quem serão os herdeiros. Não deixa de ter razão, mas sendo ato entre vivos, já existe ação nascida para anulação a partir daí, ou como diz OROSIMBO NONATO (1957, v. 3:376), nossa lei, nesse passo, adotou o critério da atualidade. Esta é a opinião mais moderna e a dominante em nossa doutrina. Não se nega, porém, que também aqui as ações possam ser propostas após a morte. Ao que propõe a ação cabe provar o excesso. A prova incumbe a quem alega. Nem sempre será fácil na prática, dependendo, geralmente, de uma avaliação indireta.

O Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62) referido criara na situação já vista do § 2º do art. 1.611 uma herança concorrente para o viúvo ou viúva em usufruto, da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houvesse filhos deste ou do casal, e da metade se concorresse com ascendentes do falecido. Essa forma de herança, quase imperceptivelmente, colocou o cônjuge supérstite como herdeiro necessário em usufruto. Na convivência com disposições testamentárias, esse direito ao usufruto, no sistema anterior, seria sobrepujado pela vontade do testador, de modo que na partilha havia que se separar os bens que serão usufruídos, ainda que incidam sobre bens dispostos no testamento. O herdeiro testamentário ou legatário, nessa hipótese, pode receber o bem gravado com usufruto. O juiz, na acomodação da partilha, é que deve buscar a solução mais justa e menos gravosa para os herdeiros, observando, no que couber, as regras de redução e a vontade do testador.

DEVERIA ESSE USUFRUTO INCIDIR SOBRE A LEGÍTIMA OU SOBRE A PARTE DISPONÍVEL?

Como não havia disposição legal, cremos que a melhor solução se coloca no sentido de que a quota dos herdeiros testamentários é que devia ser gravada com o usufruto, até onde bastasse, atingindo-se os legados, se fosse necessário. Esse usufruto tratava-se, também, de herança que não podia ser afastada pela vontade do testador, e o sentido da lei fora procurar deixar livre de ônus a quota dos herdeiros necessários. Como se nota, a lei inserira o cônjuge sobrevivente como herdeiro de usufruto nessa modalidade de herança. No entanto, caberá ao intérprete examinar a questão se o cônjuge falecido, por exemplo, também aquinhoou o sobrevivente no testamento, atribuindo-lhe parte da herança em propriedade.

O objetivo da ação de redução é reconhecer a inoficiosidade e obter a reintegração do bem à legítima. É ação de natureza tipicamente sucessória, porque os bens voltam a reintegrar-se no monte, para sua distribuição aos herdeiros necessários. Se o bem não mais existir, ou tiver sido alienado de boa-fé, deve o acionado devolver em valor atualizado. Enquanto de boa-fé, não deve o beneficiado responder pelos frutos, devendo ser indenizado pelas benfeitorias da coisa.

Em síntese, a ação de redução resolve, em regra geral, o domínio transmitido pelo de eu jus, no todo ou em parte, na medida necessária para respeitar a integridade da legítima. A substituição pelo preço do excedente só ocorre quando não mais possível a restituição em espécie. Se se tratar de redução parcial, porém, de pequeno valor, não se pode negar a reposição em dinheiro, que atenderá melhor ao

interesse das partes e à vontade do testador.

Não há distinção também com relação à natureza dos bens. A ação atinge tanto os bens móveis quanto os imóveis.

16.2 DOAÇÕES E PARTE INOFICIOSA

Embora tratemos do exame da porção legítima e da porção disponível, por força das disposições testamentárias e assim o fazem os arts. 1.967 e 1.968 (antigo, arts. 1.727 e 1.728), já mencionamos que as doações, embora negócios jurídicos inter vivos, também estão sujeitas à redução da parte não autorizada. A matéria deve ser melhor esmiuçada quando do estudo das colações, assim como no estudo específico do contrato de doação. É importante, porém, fixar que, sem esse princípio presente no ato de liberalidade em vida, facilmente se burlaria a garantia da legítima. Por isso, a lei estipula que a doação dos pais aos filhos importa adiantamento de legítima. Bastaria que o titular já doasse todos os seus bens, reservando, talvez, alguns para subsistência, ou o usufruto de todos. Para o exame do excesso são utilizadas as mesmas regras já apontadas para o testamento. Só consideramos inoficiosa a doação no que exceder a legítima, no momento da doação (art. 549; antigo, art. 1.176), porque é essa a época do exame da inoficiosidade estampada pelo legislador. A lei deveria fixar o critério do momento da morte, pela dificuldade trazida pela desvalorização da moeda.

Se o testador dispensou da colação a doação, é como se tivesse atribuído para após a morte sua parte disponível. A situação vai materializar-se com a obrigação de colacionar os bens doados (art. 2.003 ss; antigo, art. 1.785 ss). As doações são, portanto, imputadas na metade disponível quando não foram feitas a descendentes (terceiros, estranhos ou não à herança) ou quando o disponente doou aos descendentes com dispensa de colação. O excesso, sendo inoficioso, deverá ser restituído proporcionalmente pelos donatários (ITABAIANA, 1987:324). Doutra lado, as doações se incluem na porção legítima, como adiantamento desta, se feitas aos descendentes sem dispensa de colação. Aí entendemos que o doador se antecipou em outorgar a legítima. "Nessa hipótese, só se considera inoficiosa a parte da doação que exceder a legítima do donatário e mais a metade disponível do doador" (ITABAIANA, 1987:324). O doador somente poderia aquinhoar, pelo testamento, o descendente com sua metade disponível.

O dever de colacionar os bens não se confunde com a redução das disposições. A colação é feita apenas ad valorem, para a apuração do patrimônio disponível. Só haverá redução, propiciando-se ação para tal, se for apurada, nas operações contábil e avaliatória, a inoficiosidade. Tanto que, se o bem já houver sido alienado pelo donatário, o que importa é a colação de seu valor.

16.3 REGRAS PARA A REDUÇÃO

O testador pode ter previsto em sua última vontade uma ou mais formas de redução. Sempre que possível, se atenderá à sua vontade. Daí por que estampa o § 2º do art. 1.967 que o testador pode determinar que a redução prefira os quinhões de certos herdeiros, ou certos legados.

No § 1º do mesmo artigo se dá a orientação legal:

Em se verificando excederem as disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor.

A opção de reduzir primeiramente a herança disponível é meramente legislativa. O Código argentino, por exemplo, determina justamente o contrário, onerando primeiramente os legados. Como os legados se assemelham a uma doação e geralmente é encargo do herdeiro entregar o legado, talvez esteja aí o sentido prático da preferência.

Nossa lei não estabelece uma ordem de redução dos legados. Nem mesmo os legados de alimentos estão livres da redução. Sempre que for de conveniência, deve o juiz autorizar as reposições em dinheiro por parte dos legatários, já que assim se estará buscando o sentido da vontade do testador. A redução que sofre o herdeiro instituído poderá ir até o ponto de nulificar a deixa, se não completada a legítima. Se forem vários os herdeiros, a diminuição será rateada entre todos. Se houver necessidade de se atingir um legado que consista em prédio divisível, o art. 1.968 (antigo, art. 1.728) determina que a divisão se faça proporcionalmente.

A seguir, como se vê, o Código passa a tratar do prédio indivisível. Dispõe o § 2º do art. 1.968 C C antigo, art. 1.728, § 2º):

Se não for possível a divisão, e o excesso do legado montar a mais de um quarto do valor do prédio, o legatário deixará inteiro na herança o imóvel legado, ficando com direito de pedir aos herdeiros o valor que couber na metade disponível. Se o excesso não for mais de um quarto, aos herdeiros fará tornar em dinheiro o legatário, que ficará com o prédio.

A avaliação do imóvel no bojo da herança mais uma vez avulta de importância. Essas regras evidentemente são supletivas da vontade do testador e da vontade dos interessados, que melhor farão se se compuserem.

Haverá situações de difícil deslinde na prática, a começar pela viabilidade de divisão de um imóvel que poderá perder muito de seu valor. Nem sempre será aconselhável a divisão de um imóvel rural, pois pode apresentar-se economicamente desvantajosa. Com propriedade afirma SÍLVIO RODRIGUES (1978, v. 7:215) a respeito:

é verdade que a rigidez da disposição legal não deve escravizar o juiz, quando levar a soluções manifestamente inconvenientes. Isso ocorrerá quando a redução for excessivamente pequena, ou quando trouxer imenso prejuízo ao legatário, hipóteses em que deve exigir ou permitir a redução em dinheiro.

Quando, porém, tratar-se de prédio indivisível, o § 2º não permite outra solução, na falta de acordo, que não essa da lei. Obedecem-se às proporções de valor e evita-se o condomínio. O § 2º do artigo permite que, se o legatário também for herdeiro, inteire sua legítima no mesmo imóvel, de preferência aos outros herdeiros, sempre que o valor de sua quota e a parte do legado forem suficientes. Evita-se mais uma vez o condomínio. Esse é o sentido dos parágrafos examinados.

Se, mesmo a redução das quotas dos herdeiros e dos legados não bastar para inteirar a legítima, cumpre aos herdeiros prejudicados recorrerem à anulação das doações inoficiosas, nos termos do art. 549, se presentes os respectivos pressupostos. Reduzir-se-ão primeiramente as doações mais modernas (MONTEIRO, 1977, v. 6:222). É a solução mais lógica, embora não decorra da lei, a qual, porém, não determina que a redução das doações também se faça pro rata. Todavia, se as doações forem simultâneas ou contemporâneas, razão não existe e será mais justo que se opere o rateio entre os vários donatários, segundo nos parece.

O terceiro que adquire bem proveniente de doação inoficiosa não tem praticamente condições materiais de suspeitar do problema. Se não há ação alguma em curso, e o bem se apresenta livre de suspeitas, nem que fosse diligentíssimo poderia suspeitar de uma futura e eventual ação por inoficiosidade. Daí por que não partilhamos da opinião de que há presunção de fraude (MAXIMILIANO, 1952,3. v. 55; NONATO, 1957,2. v. 390). Essa posição insere um elemento de extrema insegurança nos negócios jurídicos. Muito difícil será para o adquirente investigar se o bem que adquire se inseriu anteriormente em doação inoficiosa. Não se trata de situação perceptível por circunstâncias externas, como a fraude contra credores, por exemplo. A fraude deve ser provada no caso concreto. Nunca esqueça que o intérprete não pode raciocinar, a cada questão, sobre fraudes, pois a má-fé não se presume. Se o terceiro estiver de boa-fé, o donatário responde pela reposição do valor. Se o terceiro, de qualquer forma, foi cientificado da existência do fato, cessará aí sua boa-fé, podendo ser atingido pelos efeitos da ação.

Outra questão é a insolvência do donatário de liberalidade inoficiosa. Discute a doutrina se a ação de redução pode ir buscar as doações anteriores. A insolvência é, contudo, um risco que o herdeiro deve suportar, tratando-se de prejuízo equivalente a créditos não recebidos pelo *de cuius* (WALD, 1988:157). Lembre-se, no entanto, do que dissemos a respeito de doações simultâneas ou contemporâneas.

Se a coisa doada se perde por culpa do donatário, deve indenizar o prejuízo até o montante da inoficiosidade. Se por caso fortuito ou força maior, não há dever de indenizar. Considera-se inexistente a doação.

22. CLÁUSULAS RESTRITIVAS

Cláusulas restritivas são os dispositivos que limitam o direito de disposição da coisa.

Consideram-se cláusulas restritivas:

a) a cláusula de inalienabilidade, que veda ao sucessor a livre disposição do bem que herdou;

A cláusula de inalienabilidade sobre o bem transmitido por sucessão hereditária acarreta a sua impenhorabilidade e a sua incomunicabilidade.

A inalienabilidade pode ser temporária ou vitalícia, conforme dispuser o testador.

A cláusula de inalienabilidade não subsiste diante da desapropriação determinada pelo poder público, hipótese na qual caberá a sub-rogação objetiva do dinheiro correspondente ao pagamento da indenização decorrente da perda da propriedade.

b) a cláusula de incomunicabilidade, que impede que o bem herdado venha a ser integrado como bem conjugal da família do sucessor que contraiu ou ainda irá celebrar o casamento civil;

c) a cláusula de irretratabilidade, que proíbe ao sucessor o exercício do direito de arrendimento; e

d) a cláusula de irrenunciabilidade, que impede a disponibilidade posterior do direito sobre a herança.

As principais regras sobre as cláusulas restritivas são as seguintes:

a) as cláusulas restritivas podem ser temporárias ou vitalícias;

b) as cláusulas restritivas são passíveis de aplicação pelo testador apenas sobre o bem deixado em legado;

c) o alcance da cláusula restritiva pode ser: absoluto (impossibilita a comunicação do bem e o coloca como bem fora do comércio jurídico - *res extra commercio*); ou - relativo (abre-se exceção);

d) a renúncia do bem clausulado é possível;

e) não impede o clausulamento do bem a ação de credores contra o espólio e sobre esse mesmo bem;

f) as cláusulas restritivas não geram efeitos:

- na desapropriação;

- na execução por impostos;

- na sub-rogação de vínculo, isto é, a substituição do bem imóvel ou títulos da dívida pública autorizada judicialmente;

- na remição da execução;

- na venda para extinção de condomínio;

g) é possível que o testador estabeleça cláusula de não sub-rogação;

h) os bens clausulados são impenhoráveis;

i) os bens vinculados não integram a massa falida.

O Código Civil aparenta ter excluído a possibilidade de livremente se dispor uma cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade ou incomunicabilidade à sucessão legítima, salvo se houver justa causa disposta no testamento. Preceituou, no entanto, exceção a essa regra. Tal exigência existia antes do Código de 1916 e retoma com o texto vigente, restringindo, portanto, a utilização de tais cláusulas.

Assim, o testador encontra-se proibido de estabelecer qualquer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade ou incomunicabilidade sobre os bens da legítima, mas não sobre os que integram a chamada parte disponível por meio do negócio jurídico unilateral denominado testamento.

Admite-se excepcionalmente o clausulamento sobre os bens da legítima, mediante a existência de justa causa, a ser apreciada pelo magistrado segundo o caso concreto que lhe vier a ser apresentado, após a abertura da sucessão.

Na prática, o juiz é quem procederá ao controle da legalidade da cláusula testamentária que estabelece a inalienabilidade, a impenhorabilidade ou a incomunicabilidade dos bens da legítima, já que a lei não determina o que se entende por justa causa a permitir o clausulamento mencionado. Reconhecida judicialmente a justa causa, somente se permitirá a alienação dos bens gravados por meio de alvará judicial, convertendo-se o produto da arrecadação da venda em outros bens, que ficarão subrogados nos ônus decorrentes do clausulamento.

OLIVEIRA LEITE corretamente observa que a idéia de uma cláusula proibitiva fundamenta a família patriarcal que não se coaduna com os nossos dias, o que confirma a opinião daqueles que entendem que o novo Código Civil é uma obra antiga e defasada com roupagem nova.

23. CONSIDERAÇÕES SOBRE CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE, INCOMUNICABILIDADE E IMPENHORABILIDADE

CARLOS ALBERTO DABUS MALUF - Com o advento do Código Civil de 2002, o § 1º do art. 1.848 passou a não permitir a aludida conversão, prescrevendo: "Não é permitido ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa."

Nesse passo, ensina com a habitual proficiência **ZENO VELOSO**: "Não se permite, ainda, que o testador estabeleça a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa, como, por exemplo, que a legítima de um filho deva ser integrada apenas por imóveis, ou somente por bens móveis, ou por quotas de empresas, ou por ações de sociedades anônimas, ou por dinheiro, ou por títulos de crédito".

Sobre a impossibilidade da conversão, de importe é a lição de **EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE**: "No § 1º o legislador se posiciona, com firmeza, sobre a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa. A restrição "altamente inconveniente (e) um gravame sumamente canhestro dentro do Código Civil" desaparece definitivamente da ordem civil nacional. E com ela 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. Desaparecem as vacilações doutrinárias a respeito do momento oportuno em que devia ser feita a conversão; se depois da partilha ("A conversão dos bens da legítima em outras espécies deve ser realizada depois da partilha, e respeitada a igualdade..."), ou antes da partilha ("A conversão em outras espécies somente pode ser efetuada antes da partilha, porque, pelo julgamento desta decorrem os seguintes efeitos...") imprimindo-se maior garantia à legítima, com já era prerrogativa antiga da doutrina nacional."

Contudo, vale lembrar, era em virtude da existência de inúmeros processos em andamento, que o regime do Código Civil de 1916 permitia a conversão.

Não obstante o direito reconhecido dos herdeiros legítimos, autorizava a lei civil de 1916 a conversão dos bens da legítima em outras espécies. É o que estabelecia seu art. 1.723. Com essa permissão, abandonou-se o princípio tradicional de que a legítima é uma quota legalmente reservada sobre os mesmos bens do espólio. Diz-se, contudo, que não está sacrificada, porque se tem de considerar não a natureza dos bens, mas o seu valor.

O Prof. **ORLANDO GOMES** ensinava: "Admite-se, em consequência, que, ao testar, determine o ascendente sejam convertidos em imóveis, os bens móveis, ou vice versa, uns ou outros em títulos de crédito, e assim por diante. É pacífico que a conversão se consente em bens de diferentes ou diversas espécies".

Também é de grande valia a lição de **CLÓVIS BEVILÁQUA**: "A conversão dos bens da legítima em outras espécies deve ser realizada depois da partilha, e respeitada a igualdade, que é o cânon fundamental, a que ela obedece. Assim, o testador não pode, sob color de converter em outras espécies os bens da legítima, escolher, no acervo hereditário, os melhores bens para aquinhoar certos herdeiros. Sem dúvida, ao pai faculta a lei que partilhe, entre os filhos, o seu patrimônio (art. 1.676 do Código Civil de 1916), mas respeitando a legítima dos herdeiros necessários, e o respeito da legítima exclui a liberdade da escolha dos bens para favorecer algum em detrimento dos outros. A conversão é feita no interesse do herdeiro, segundo o critério do testador, mas sem prejuízo da igualdade dos direitos dos outros herdeiros".

Como se vê, o Código Civil de 2002 também proíbe que a legítima seja clausulada, sendo, contudo, mais brando do que o Anteprojeto **ORLANDO GOMES**, pois ressalva a hipótese de justa causa devidamente expressa no testamento.

Apesar dessa proibição, dirigida ao testador, ela não é absoluta, pois as cláusulas de inalienabilidade, de **impenhorabilidade** e de **incomunicabilidade** continuam permitidas, mesmo quando gravam os bens que constituem a legítima, devendo, contudo, justificá-las o testador, no ato de última vontade.

Quanto a esse aspecto, lembramos as palavras de **VILLAÇA AZEVEDO**: "De reprovar-se, aí, a generalidade da expressão "salvo se houver justa causa", pois haverá, assim e sempre, um risco futuro do juiz denegar a cláusula, inaceitando a justificativa do testador. Essa insegurança, criada pelo texto, é, a nosso ver, inadmissível". É procedente tal crítica, uma vez que o testador, ao elaborar seu ato de última vontade, não pode prever o que irá acontecer no futuro, pois, muitas vezes, tem filhos solteiros ou menores, e, nesses casos, não teria aquele motivo justo para impor o gravame. Se prevalecer tal exigência da justa causa, o testador verá frustrada sua intenção de preservar o patrimônio familiar, pois, como é sabido, filhos do mesmo pai e da mesma mãe pensam diferentemente; uns são responsáveis demais e cômicos de suas obrigações, outros, ao contrário, passam pela vida despreocupados e, muitas vezes, sem capacidade para gerir os próprios bens recebidos por herança, cometendo desatinos e atos ruinosos, que fatalmente os levarão ao desastre financeiro e à miséria.

Portanto, na regra dos arts. 1.676 e 1.723 do Código Civil de 1916, imposto sobre a legítima, não necessitava o *de eu jus* explicar a causa do vínculo; entendia-se que era em benefício dos herdeiros, conforme jurisprudência pacífica de nossos Tribunais.

Não é outro o entendimento de **ZENO VELOSO** que, ao comentar o art. 1.848 no *Novo Código Civil comentado*, assevera: "Por que impor ao testador o constrangimento de afirmar, justamente no ato de disposição de sua última vontade, que estabelece a inalienabilidade porque seu filho é um gastador, um perdulário e que, provavelmente, vai arruinar ou dilapidar o patrimônio que receberá, ficando na miséria? Ou que ordena a impenhorabilidade porque o herdeiro é viciado no jogo, em bebidas ou em tóxicos, e vai assumir dívidas comprando metendo os bens de sua legítima? Ou que determina a incomunicabilidade porque seu filho casou com um aventureira, que só do marido apaixonado e lerdo consegue esconder o objetivo de enriquecer, dando o "golpe do baú"? Mas não só isso! O Código exige que a causa seja *justa*, e a questão vai ser posta quando o estipulante já morreu, abrindo-se um discussão interminável, exigindo um prova diabólica, dado o subjetivismo do problema".)

ANA CRISTINA DE BARROS MONTEIRO FRANÇA PINTO, ao atualizar o *Curso de direito civil* de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, diz: "Aludidas cláusulas restritivas sofreram profunda modificação no Código de 2002. Realmente, de acordo com o disposto no art. 1.848, os bens que integram a legítima do herdeiro necessário não podem mais estar sujeitos a essas limitações, salvo se houver justa causa, declarada no testamento que as instituir. Se o testador deixar de justificar as razões que o motivam, tais cláusulas serão despidas de qualquer eficácia, recebendo o herdeiro os bens inteiramente livres e desembaraçados de qualquer "ônus".

Sobre a matéria, assim se manifesta **SILVIO RODRIGUES**: "Não basta que o testador aponte a causa. Ela precisa ser justa, podendo se imaginar a pleora de questões que essa exigência vai gerar, tumultuando os processos de inventário, dado o subjetivismo da questão. Se o testador explicou que impõe a incomunicabilidade sobre a legítima do filho porque a mulher dele não é confiável, agindo como caçadora de dotes; ou se declarou que grava a legítima da filha de inalienabilidade porque esta descendente é uma gastadora compulsiva, viciada no jogo, e, provavelmente, vai dissipar os bens, será constrangedor e, não raro, impossível concluir ser a causa apontada é justa ou injusta".

Vale ser lembrada a lição de **MARIA HELENA DINIZ**, que, quanto a justa causa, diz: "Há exigência de declaração obrigatória da justa causa no testamento para o exercido do direito do testador de estabelecer cláusula restritiva sobre a legítima. Logo, não mais prevalece a nua vontade do testador, mas o justo motivo para validar a disposição de última vontade restritiva da legítima, pois o testador é obrigado a indicar a razão pela qual limita a legítima, podendo o órgão julgante averiguar se a causa apontada é justa ou não. Deveras, a justa causa alegada poderá ser discutida, posteriormente, em juízo, em ação proposta pelo herdeiro necessário que se sentir prejudicado. Isto é assim porque os motivos alegados podem ser do foro íntimo e impregnados de subjetivismo, gerando dúvidas, trazendo à tona problemas de ordem familiar, dando azo à anulação da cláusula testamentária, sob alegação de injustiça da razão alegada, trazendo dificuldades ao juiz, pela ausência de critérios normativos ou equitativos que tornem possível a averiguação do acerto, ou não, da medida restritiva, uma vez que o autor da herança não poderá justificar a decisão tomada".

Finalmente, nos ensina **SILVIO DE SALVO VENOSA**: "Quando o testador descrever a justa causa de que fala a lei, incumbe-lhe que seja suficientemente claro. Fatos genéricos ou superficiais não terão o condão de sustentar a cláusula no futuro. Assim, por exemplo, não bastará dizer que o herdeiro seja um perdulário ou estróina e poderá dissipar seus bens. Devem ser apontados fatos concretos que possam ser sustentados na futura ação. Cabe ao disponente, por exemplo, dizer que impõe a cláusula por que o herdeiro é casado com pessoa condenada por crime contra patrimônio, e isso poderá influenciar a alienação impensada dos bens. De qualquer forma, estará aberta a porta para uma discussão extravagante nessa ação, cujo bom critério, em última análise, será do juiz, ao analisar o caso concreto. A ação deve ser movida pelo herdeiro prejudicado com a cláusula. No pólo passivo, devem ser colocados, em princípio, o espólio, e os demais herdeiros, dependendo da situação que se apresenta. Nessa ação devem participar, necessariamente, o testamenteiro, a quem incumbe defender as disposições testamentárias, e o Ministério Público".

É de toda pertinência a observação de **EDUARDO DE OLIVEIRA LIMA**: "Ainda a agravar a problemática socorre-se, agora, o novo dispositivo legal (art. 1.848 do CC de 2002) de um recurso eminentemente subjetivo (o que é uma justa causa?) que, certamente, será definido pelo Judiciário alargando-se, novamente, mais uma ponte de dissídio. embora (reconheça-se) limitando o excessivo arbítrio do testador.

Antes (sob a égide do Código Civil de 1916), o poder discricionário do testador era ilimitado, agora, encontra limites na indicação, ou determinação da justa causa". O art. 2.042 prevê: "Art. 2.042. Aplica-se o disposto no caput do artigo 1.848, quando aberta a sucessão no prazo de um ano após a entrada em vigor deste Código, ainda que o testamento tenha sido feito na vigência do anterior, Lei 3.071, de 1.0 de janeiro de 1916; se, no prazo, o testador não aditar o testamento para declarar a justa causa de cláusula aposta à legítima, não subsistirá a restrição".

Inteira razão assiste a ZENO VELOSO ao pontificar: "Com certeza, vão surgir discussões a respeito da constitucionalidade deste art. 2.042. Dir-se-á que o testamento feito na vigência do Código Civil de 1916, contendo cláusula restritiva à legítima dos herdeiros, sem declarar a justa causa, obedeceu à lei vigente no tempo em que foi realizada, tratando-se de ato jurídico perfeito, que lei posterior não prejudica. Mas surgirá o argumento de que o princípio de direito intertemporal, *tempus regit actum*, aplica-se, apenas, à forma do testamento, que deve obedecer aos requisitos previstos em lei na época em que foi outorgado o ato *mortis causa*, porém, a exigência de ser mencionada a justa causa da cláusula restritiva (art. 1.848, CC de 2002) não é uma questão de forma (o extrínscico do testamento), mas de fundo, de conteúdo jurídico da disposição testamentária (o intrínscico do testamento), regendo-se, assim, pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão".

Outro aspecto importante que deve ser ressaltado no Código Civil de 2002 é aquele de que a inalienabilidade envolve a incomunicabilidade e a impenhorabilidade (art. 1.911). Nesse particular, bem andou o Código Civil de 2002. Esse artigo irá colocar um ponto final nas discussões que envolviam a doutrina e a jurisprudência, quando interpretavam os arts. 1.676 e 1.723 do Código Civil de 1916.

Finalmente, prescreve o parágrafo único do art. 1.911 do Código Civil de 2002: "No caso de desapropriação de bens clausulados, ou de sua alienação, por conveniência econômica do donatário ou do herdeiro, mediante autorização judicial, o produto da venda converter-se-á em outros bens, sobre os quais incidirão as restrições aos primeiros". Vê-se, claramente, que a redação desse parágrafo único é bastante superior àquela do art. 1.677 do Código Civil de 1916.

Afirma-se que as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, além de extremamente prejudiciais indivíduos e à sociedade, não foram recepcionadas pelo sistema constitucional vigente, por ofensa ao direito de propriedade e ação social desta, além da ampla garantia do direito de herança 5.º, XXII, XXIII e XXX, CF).

Portanto, pode-se afirmar que:

1. A cláusula de inalienabilidade implica, pelo prefixo negativo do termo, a proibição genérica de alienar; inalienável seria todo bem juridicamente intransferível.
2. A cláusula de inalienabilidade somente deve ter o caráter temporário ou vitalício, aliás, como está prescrito no direito vigente; portanto os pactos perpétuos devem ser repudiados e considerados não escritos, porque tiram um bem de circulação por várias gerações, entervando indefinidamente a propriedade móvel ou imóvel.
3. Se houver justa causa (art. 1.848 do Código Civil de 2002), o clausulamento da legítima é uma peculiaridade do direito brasileiro e ele é feito para proteger os interesses dos herdeiros ou legatários.
4. A inalienabilidade pode ser absoluta ou relativa, temporária ou vitalícia.
5. Várias são as significações da palavra incomunicabilidade. Segundo os léxicos, designa a qualidade do que não pode comunicarse, ou a condição do que é, ou está incomunicável. No campo jurídico, possui a expressão diversas acepções e, no direito civil, é empregada no conceito restrito de condição ou qualidade do que é excluído da comunhão entre os cônjuges. Nesse sentido figura no Código Civil de 2002 em dispositivos numerosos, como nos arts. 1.661, 1.668, I, 1.669 e 1.848. Em outros dispositivos, o Código Civil de 2002, ao invés de afirmar "são incomunicáveis" apresenta a expressão pelo seu conceito, declarando "são excluídos da comunhão" (art. 1.668) ou "excluem-se da comunhão" (art. 1.659).
6. A inalienabilidade abrange a incomunicabilidade (art. 1.911 do Código Civil de 2002).
7. A inalienabilidade importa também na impenhorabilidade (art. 1.911 do Código Civil de 2002); e, como na hipótese anterior, a cláusula maior

absorve a menor.

8. A impenhorabilidade estende seus efeitos além da morte do herdeiro ou legatário, de maneira que não podem os credores daqueles penhorar os bens gravados ou vinculados.
9. A penhora de frutos e rendimentos será sempre possível, apesar da disposição expressa contrária do doador ou testador, salvo as exceções previstas pela segunda parte do art. 650 do Código de Processo Civil. E isto porque o princípio é de ordem pública, contra o qual não pode prevalecer a vontade do doador ou testador.
10. A sub-rogação é juridicamente possível, quando necessária. Em geral, a transferência do ônus só deve ser concedida desde que se prove, em juízo, a urgente necessidade do interessado e, ainda, em casos especiais, quando se manifeste a utilidade notória da operação.
11. É permitida a sub-rogação de vínculos que gravem bens de um dos cônjuges, para outros pertencentes em comum ao casal.
12. Será sempre deferido o pedido de sub-rogação, mesmo que o testador a tenha proibido expressamente no ato de última vontade, pois o Código Civil de 2002, depois de proibir a dispensa da cláusula no *caput* do art. 1.911, permite a sub-rogação, de modo expresso, no parágrafo único do mesmo artigo. É, pois, inconcebível que o testador possa criar mais cláusulas do que as estabelecidas pela lei civil. Assim, não pode ele impor a cláusula de insub-rogabilidade. Se o fizer, seu ato será fulminado de nulidade.
13. A revogação de cláusulas nas doações é sempre possível, desde que haja expressa anuência de doador e donatário. Não depende de qualquer ato judicial, mesmo porque a doação é um contrato e, como tal, pode ser estipulada livremente entre as partes, que podem assim determinar aquilo que melhor lhes aprouver.
14. A cláusula de inalienabilidade não se confunde com o fideicomisso.
15. A incomunicabilidade pode ser prescrita isoladamente; o que é incomunicável, é tão-somente incomunicável.
16. O mesmo ocorre com a impenhorabilidade.
17. As cláusulas restritivas são úteis à preservação do patrimônio familiar e o legislador, ao instituí-las, o fez com a finalidade de resguardar os interesses dos herdeiros, legatários ou donatários contra as incertezas do futuro.

CARLOS KENNEDY DA COSTA LEITE - O Direito das Sucessões sofreu profundas modificações com o advento do Novo Código Civil. Dentre essas modificações merece enfoque algumas alterações introduzidas no âmbito da sucessão testamentária, cuja matéria guarda íntima relação com o cotidiano das lides notariais.

Os gravames de bens da legítima dos herdeiros com as **cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade** (art. 1.723 do Código Civil revogado), até então em franco uso, sofreram restrições pelo art. 1.848 do Código Civil novo, que permite ao testador estabelecê-las somente quando houver justa causa declarada no testamento. Nesse sentido, o novo Código, em disposição transitória (art. 2.042) assinala ao testador o prazo de um ano, para que adite o testamento feito na vigência da lei velha, de forma a declarar justa causa de cláusula aposta à legítima. É importante salientar que a justificativa refere-se tão somente às imposições clausulares incidentes sobre bens que componham a legítima dos herdeiros necessários, havendo, portanto, plena liberdade de impor os gravames, sem qualquer justificativa aos bens que o testador determinar que saiam de sua metade disponível (arts. 1.846, 1.857, § 1º e 1.966 do novo Código Civil).

Além disso, a nova lei, em seu art. 1.848, § 1º, veda ao testador determinar a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa. Essa disposição era tolerada pelo art. 1.723 da legislação substantiva civil extinta.

O art. 1.857, § 2º da nova lei preenche, de maneira precisa, uma lacuna deixada pelo Código em vigor, quando assevera que "são válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado". Tal dispositivo convalida os testamentos que

versem exclusivamente sobre atos de cunho extrapatrimonial, tais como o reconhecimento de filho, nomeação de tutor, deserdações, etc. Essa providência visa proteger disposições desta natureza do rótulo conceitual de que o testamento se presta unicamente a preceitos de ordem patrimonial, oriunda da "definição" que foi dada ao instituto pelo art. 1.626 do antigo código.

ALEXANDRE LAIZO CLÁPIS(COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL) - O novo Código Civil trouxe muitas alterações para o Direito das Sucessões. Uma, em especial, refere-se à necessidade de ser declarada a justa causa para imposição das cláusulas restritivas de inalienabilidade, incomunicabilidade e de impenhorabilidade sobre os bens que compõem a legítima dos herdeiros necessários ou legitimários ou reservatários, nos termos do que estabelece o art. 1.848.

Não se trata de disposição novidadeira em nossa legislação pátria. A necessidade de se estabelecer a motivação para imposição das cláusulas restritivas sobre a legítima surgiu com o Decreto nº 1.839, de 31/12/1907, disposição legal também conhecida como Lei Feliciano Pena.

Do termo "**condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia**" contida no art. 3º (Decreto nº 1.839, de 31/12/1907), disposição legal também conhecida como Lei Feliciano Pena, é que a doutrina brasileira, em especial o professor **JOSÉ ULPIANO PINTO DE SOUZA**, extraiu o entendimento da necessidade do testador declarar expressamente a motivação para a imposição de cláusula restritiva de inalienabilidade sobre os bens que integrassem a legítima.

Aliás, é bom que se registre que dentre outras alterações esta lei elevou a cota disponível do testador para a metade e garantiu aos herdeiros necessários, por consequência, a metade da herança do testador.

O testador usa do **recurso da inalienabilidade** por conhecer - e ninguém melhor do que ele - em detalhes as características de cada um dos legitimários e as circunstâncias que cercam cada um deles. E se já se sabe que algum dos reservatários é reconhecidamente inábil na administração das reservas financeiras ou que celebrou casamento com consorte dado à extravagâncias desmedidas ou com certa probabilidade de fracasso - e basta a dúvida para justificar tal remédio -, razoável que o testador proteja não só o patrimônio a ser transmitido (*saisine*), mas principalmente o herdeiro necessário para que este possa se valer do patrimônio herdado como fonte de recursos para sua própria manutenção e sustento. Sem deslembrar as situações em que os reservatários são menores e geralmente dependentes do *de cuius*.

Mas, bem ou mal, mal ou bem, o legislador do novo Código Civil entendeu **oportuno acabar com a divergência existente quanto à interpretação e alcance da expressão condição e determinar a necessidade do testador declinar expressamente a justa causa para clausulação da legítima**. O referido art. 1.848 do novo Código Civil determina que: "*Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima.*"

A nova redação, como dito, acabou com a divergência anterior ao eliminar do texto a expressão condições de inalienabilidade e substituir por justa causa. Agora há que haver declaração expressa do testador de qual a causa para imposição das cláusulas restritivas de inalienabilidade, impenhorabilidade e de incomunicabilidade. Todos os comentários doutrinários apresentados acima feitos à expressão condições valem para explicar a justa causa, apesar desta expressão ser mais adequada que a anterior.

Muitos entendem descabida a possibilidade de se clausular a legítima especialmente pelo fato desta pertencer de pleno direito aos herdeiros necessários. Argumentam, ainda, no sentido de que tais bens devem ser transferidos aos sucessores legitimários nas mesmas condições e características detidas pelo autor da herança, sem que haja limitações no exercício do direito de propriedade dos bens sobre os quais havia expectativa legal e que com a morte são adquiridos.

Defendem, também, os discordantes, que a clausulação da legítima decorre do sentimento extremamente patriarcal e individualista imposto ao ordenamento civil pelo legislador de 1916, que expressa excessivo arbítrio do testador e impede ação dos sucessores e de terceiros, além de perpetuar instituto inadequado à circulação de riquezas na sociedade atual.

É preciso lembrar que, apesar de garantido o direito dos herdeiros necessários sobre a legítima, os bens só integrarão a esfera patrimonial dos sucessores, por óbvio, se existente tal parcela e somente após a abertura da sucessão, como já mencionado. Enquanto não se verificar esta situação (abertura da sucessão) há mera expectativa de direito dos reservatários, ou, como considerou **JOSÉ ULPIANO** ao se referir à legítima, um "direito de expectativa de carácter real". O autor da herança, como titular de domínio de seu patrimônio, pode administrá-lo da maneira que lhe convier.

JURISPRUDÊNCIA DO TJMG SOBRE REQUISITOS, EXIGÊNCIAS, VALIDADE, VÍCIOS, DEFEITOS E OUTROS EM TORNO DOS TESTAMENTOS

Número do processo:	1.0432.02.002004-1/001(1)
Relator:	MOREIRA DINIZ
Data do acordão:	30/09/2004
Data da publicação:	30/11/2004
Ementa:	Ação Declaratória De Nulidade De Ato Jurídico - Testamento - Lavratura Do Ato Fora Da Circunscrição Para A Qual O Tabelião Recebeu A Delegação - Preenchimento Dos Requisitos Essenciais Do Artigo 1.632 Do Código Civil - Vontade Do Testador. A violação ao disposto no artigo 9º da Lei 8.935/94, pelo tabelião, não tem o condão de macular a vontade externada, de forma livre e consciente, pelo testador, mormente porque satisfeitos os requisitos essenciais de validade da disposição testamentária.
Súmula:	NEGARAM PROVIMENTO, FAZENDO UMA RECOMENDAÇÃO.
Acórdão:	Inteiro Teor

Número do processo:	1.0000.00.343557-5/000(1)
Relator:	LAMBERTO SANT'ANNA
Data do acordão:	05/02/2004
Data da publicação:	20/02/2004
Ementa:	Direito Das Sucessões - Aplicabilidade Da Lei Vigente Ao Tempo Da Abertura Da Sucessão - Reconhecimento De Testamento Sem As Formalidades Essenciais - Impossibilidade - Cerceamento De Defesa - Falta De Oitiva Das Testemunhas Testamentárias - Alegação Incabível - A lei aplicável à confecção e abertura de testamento é a do tempo da abertura da sucessão. Inteligência do art. 1.787 do novo Código Civil. Não se tem por cerceamento de defesa a não oitiva de testemunhas de testamento cerrado, posto inscientes de seu conteúdo. É nulo testamento que não observa as solenidades exigidas em lei para sua confecção e apresentação em juízo. Sendo nulo o testamento, não tem força para revogar o anteriormente elaborado, que permanece juridicamente existente e válido. Rejeitadas as preliminares e negado provimento ao apelo.
Súmula:	rejeitaram preliminares e negaram provimento.
Acórdão:	Inteiro Teor

Número do processo:	1.0000.00.319239-0/000(1)
Relator:	ALUÍZIO QUINTÃO
Data do acordão:	12/06/2003
Data da publicação:	14/08/2003
Ementa:	Direito civil - testamento cerrado - alegação de fraude - perícia judicial - não comprovação - pretensão anulatória improcedente - recurso não provido.
Súmula:	rejeitaram preliminar e negaram provimento.
Acórdão:	Inteiro Teor

Número do processo:	1.0000.00.235117-9/000(1)
Relator:	JOSÉ FRANCISCO BUENO
Data do acordão:	27/06/2002
Data da publicação:	09/08/2002
Ementa:	Testamento. Pretensão de anulação. Requisitos de forma e de fundo obedecidos. Incapacidade da testadora não demonstrada. Ofensa à legítima dos herdeiros necessários. Ausência de prova. Considerações subjetivas de subavaliação de alguns bens e supervalorização de outros. Deficiência probatória, dada a ausência de avaliação técnica e de conseqüente cálculo da parte disponível e das legítimas. Pleitos anulatório e de redução das disposições testamentárias indeferidos. Apelação improvida.
Súmula:	Negaram provimento.
Acórdão:	Inteiro Teor

Número do processo: 1.0000.00.183398-7/000(1)

Relator: PINHEIRO LAGO

Data do acordão: 06/11/2001

Data da publicação: 28/12/2001

Ementa:

Sucessão. Testamento Cerrado. Preenchendo o testamento cerrado deixado pelo de ""cujus"", os requisitos legais previstos no artigo 1.638 e incisos do Código Civil, não há que se falar em nulidade do referido instrumento, mormente quando não haja dúvida quanto à autenticidade do documento e última vontade conhecida. Ademais, as testemunhas ouvidas nos autos foram uníssonas em asseverar que o testador sabia ler e escrever. Lado outro, a mitigação do rigor formal em prol da finalidade é caráter que se impõe na interpretação dos textos legais referentes às formas testamentárias. Recurso Improvido.

Súmula: rejeitaram as preliminares e negaram provimento.

Acórdão: [Inteiro Teor](#)

Número do processo: 1.0000.00.177674-9/000(1)

Relator: HYPARCO IMMESI

Data do acordão: 07/12/2000

Data da publicação: 20/02/2001

Ementa:

Testamento cerrado - pressupostos legais incompletos - conseqüente impossibilidade de seu cumprimento. Não tem como ser objeto de cumprimento o testamento cerrado a que faltem as obrigatórias assinaturas das cinco testemunhas instrumentárias a que se refere o art. 1645 do ""Civile Codex"".

Súmula: negaram provimento

Acórdão: [Inteiro Teor](#)

Número do processo: 1.0000.00.171420-3/000(1)

Relator: JOSÉ FRANCISCO BUENO

Data do acordão: 30/03/2000

Data da publicação: 11/04/2000

Ementa:

Testamento cerrado. Nulidade. Solenidade de aprovação por tabelião. Número mínimo de testemunhas presenciais ao ato desatendido. Requisito essencial que não macula a força probante da vontade do testador, mas desqualifica o ato de aprovação, conduzindo à nulidade.

Súmula: rejeitaram preliminar e negaram provimento.

Acórdão: [Inteiro Teor](#)

Número do processo: 1.0024.04.383540-4/001(1)

Relator: JARBAS LADEIRA

Data do acordão: 21/06/2005

Data da publicação: 12/08/2005

Ementa:

Apelação. Testamento Particular. Descabimento do formalismo excessivo. 1. Demonstrada a vontade do testador, apesar de não cumpridas com rigor as formalidades legais, não se deve preocupar excessivamente com o formalismo vazio, em detrimento de se cumprir a vontade do testador. 2. ""Não se deve alimentar a superstição do formalismo obsoleto, que prejudica mais do que ajuda. Embora as formas testamentárias operem como jus cogens, entretanto, a lei da forma está sujeita a interpretação e construção apropriadas as circunstâncias."" (Recurso Especial 1989/0011888-9/ RS, DJ 04.03.1991 - Rel. Min. Gueiros Leite)"".

Súmula: negaram provimento.

Acórdão: [Inteiro Teor](#)

Número do processo:	1.0027.97.000621-2/001(1)
Relator:	CÉLIO CÉSAR PADUANI
Data do acordão:	09/06/2005
Data da publicação:	04/08/2005
Ementa:	Apelação cível. Testamento particular . Preliminar. Agravo retido nos autos . Rejeição.prova. Documentos em língua estrangeira . Tradução para o vernáculo . Imprescindibilidade . Xerox conferido em cartório . Número de testemunhas instrumentárias . Interpretação mais flexível e tendência do hodierno direito de abrandamento da exigência de cinco testemunhas . Reflexo direto no código civil. Prêmio . Testamenteiro . Recursos a que se negam provimento. 1. As reproduções dos documentos públicos, desde que autenticadas por oficial público ou conferidas em cartório, com os respectivos originais, fazem a mesma prova que aqueles. 2. O documento redigido em língua estrangeira deve ser vertido para o vernáculo, por tradutor juramentado, para o efeito de prova. 3. Embora o Código Civil de 1916, em seu art. 1.645, exigisse no testamento particular, a presença de cinco testemunhas instrumentárias, o Código de Processo Civil em seu art. 1.133, viabiliza interpretação mais flexível, no que concerne ao número dessas testemunhas, permitindo confirmação do testamento, se pelo menos três delas o reconhecerem como autêntico. 4. Em preliminar, negar provimento ao agravo retido e, no mérito, negar provimento aos apelos.
Súmula:	NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E AOS RECURSOS.
Acórdão:	<u>Inteiro Teor</u>

Número do processo:	1.0024.02.853814-8/001(1)
Relator:	LAMBERTO SANT'ANNA
Data do acordão:	31/03/2005
Data da publicação:	15/04/2005
Ementa:	TESTAMENTO PARTICULAR - CÓPIA CÉDULA AUTENTICADA - AUSÊNCIA DE REQUISITO ESSENCIAL - O pedido de abertura, registro e cumprimento de testamento particular deve ser instruído com a cédula do testamento original, não sendo possível a substituição de referido documento por cópia, ainda que autenticada; pelo que deve ser reformada a sentença que julgou procedente o pedido formalizado sem observância deste requisito essencial. Recurso provido.
Súmula:	DERAM PROVIMENTO.
Acórdão:	<u>Inteiro Teor</u>

Número do processo:	1.0702.00.023503-7/001(1)
Relator:	NILSON REIS
Data do acordão:	23/11/2004
Data da publicação:	03/12/2004
Ementa:	ABERTURA DE TESTAMENTO PARTICULAR - CÓDIGO CIVIL DE 1916 - LEGISLAÇÃO APLICÁVEL - VALIDADE DO ATO JURÍDICO - PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO. O testamento particular, não eivado de qualquer nulidade, há de ser declarado eficaz, pelo princípio da conservação. APELO IMPROVIDO.
Súmula:	NEGARAM PROVIMENTO.
Acórdão:	<u>Inteiro Teor</u>

Número do processo:	1.0024.03.109855-1/001(1)
Relator:	NEPOMUCENO SILVA
Data do acordão:	30/09/2004
Data da publicação:	22/10/2004
Ementa:	TESTAMENTO PARTICULAR - RECONHECIMENTO, VALIDAÇÃO E REGISTRO - PROCESSUAL CIVIL - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - NEGÓCIO JURÍDICO - REGÊNCIA TEMPORAL - INOBSERVÂNCIA DE REQUISITOS ESSENCIAIS - DESVALIA. 1. A produção de provas em direito é uma garantia do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, cabendo ao Judiciário, porém, evitar que, sob tal pretexto, o processo se transforme em infundáveis diligências inúteis, máxime quando nele já se encontram todos os elementos necessários ao seguro entendimento da controvérsia. 2. Os negócios jurídicos regem-se pelas disposições legais vigentes à época de sua celebração, razão por que não se atribui validade ao suposto testamento, face à preterição de requisitos essenciais exigidos pelo vetusto e revogado Código Civil. Ad argumentandum, a espécie não se sustentaria, ainda que analisada sob a égide do novel Codex (art. 1.879), porquanto não se vislumbram elementos e circunstâncias que justifiquem a confirmação do testamento particular, a critério do juiz, pena de transmutar em regra a excepcionalidade.

Súmula: REJEITARAM PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO.
Acórdão: Inteiro Teor

DAS RAZÕES PARA AS CLÁUSULAS RESTRITIVAS DE PROPRIEDADE SÓ PODEREM SER IMPOSTAS SOBRE A LEGÍTIMA QUANDO PRESENTE “JUSTA CAUSA” EM SUA INSTITUIÇÃO

- a legítima é calculada na forma do art. 1.847: legítima = valor dos bens na data da abertura da sucessão - (menos) dívidas e despesas do funeral + (mais) valor dos bens sujeitos à colação.

LEGÍTIMA	=	valor dos bens na data da abertura da sucessão	-	dívidas e despesas do funeral	+	valor dos bens sujeitos à colação
----------	---	--	---	-------------------------------	---	-----------------------------------

EUCLIDES DE OLIVEIRA E SEBASTIÃO AMORIM²⁹ - “Salvo se houver justa causa no testamento, não pode o testador determinar aqueles gravames sobre os bens da legítima. E também não he é permitido estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa (art. 1.848, caput e § 1º do CC). E o § 2º dispõe que, mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros. Sobre a aplicação de cláusulas sem a meação de justa causa, prevê o NCC, art. 2.042, prazo de um ano após sua vigência para que o testamento seja aditado para declarar a justa causa de cláusula imposta pela legítima, sob pena de não subsistir a restrição.”

REGINA GHIARONI³⁰ - “O artigo 1.848 traz a regra da intangibilidade qualitativa da legítima, ainda que de forma relativa. Ou seja, mais uma vez, de acordo com a linha seguida pelo legislador civil no campo sucessório, preteriu-se a vontade individualista do testador em prol da garantia plena dos direitos hereditários dos herdeiros necessários, com ressalva de justa motivação para clausular os bens reservatórios.”

GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA³¹ - “A rejeição doutrinária que se estabelecia e estabelece à volta do assunto diz respeito, mais profundamente, à imposição de cláusula de inalienabilidade a bens que integrem a legítima dos herdeiros necessários. Parece incongruente e discrepante a conjugação da idéia de inalterabilidade da quota legalmente reservada aos herdeiros necessários, denominada legítima, com a idéia de imposição de restrições ao direito transferido em razão da morte. Quanto à legítima - dizem os defensores da corrente que sempre defendeu a abolição dessa prerrogativa conferida pela lei anterior ao autor da herança -, ‘pertence ela de pleno direito aos herdeiros necessários, a eles devendo passar nas condições em que se encontram no poder do autor da herança. Da circunstância de que constituem reserva inalterável, os bens da legítima devem transmitir-se tal como se achavam no patrimônio do defunto’”.

EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE³² - “A proposta de Orlando Gomes, no sentido de que “necessário se torna abolir a prerrogativa de clausular os bens com a inalienabilidade, ao menos os da legítima (já que) constitui uma aberração jurídica” concretizou-se na redação do artigo 1.848 do novo Código Civil. Com efeito, como reconhece o próprio Orlando Gomes, se a legítima pertence “de pleno direito aos herdeiros necessários, a eles devendo passar nas condições em que se encontram no poder do autor da herança; da circunstância de que constituem reserva inalterável, os bens da legítima devem transmitir-se tal como se achavam no patrimônio do defunto”. Logo, não há que se admitir a ocorrência de cláusulas restritivas sobre direito, vocacionadamente absoluto. Ou é absoluto e não admite restrições, ou é relativo e aceita a incidência da inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade. Por óbvio é direito

absoluto que gera perplexidade pelo reconhecimento legal das restrições (em boa técnica jurídica, inadmissíveis) arroladas na lei. Em outras palavras, a clausulação da legítima foi abolida atingindo-se uma antiga prerrogativa da (unânime) doutrina nacional? Ou o artigo 1.848 apenas abrandou os efeitos da clausulação sem extirpar definitivamente aquela possibilidade tão geradora de crítica no ambiente civil? Tudo indica que a segunda hipótese ocorreu, mantendo-se a hipótese de clausulação, embora dependente, agora, da existência de uma ‘justa causa’”.

DO QUE TEM SIDO DEFINIDO COMO “JUSTA CAUSA” PARA ADMITIR AS CLÁUSULAS RESTRITIVAS SOBRE A LEGÍTIMA, SEGUNDO A DOUTRINA

“Faço especial referência ao artigo 1.848 do novo Código Civil, que só autoriza gravar legítimas com cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e de incomunicabilidade se houver expressa justa causa, declarada no testamento. E não adianta gravar com só uma cláusula, porque esta única puxa, obrigatoriamente, os demais gravames. Isto por sinal e como novidade recolhida da doutrina nacional, agora vem textualmente escrito no artigo 1.191 do novo Código Civil. E por justa causa se terá prioritariamente, aquelas situações onde o herdeiro necessário é dado à prodigalidade ou, guarda recordes de péssima administração patrimonial. Fora natureza dessa envergadura, o simples gravame da legítima passa a importar num arbitrário ato de sucessão e numa inaceitável fórmula de impedir a livre e almejada circulação dos bens.”

SILVIO RODRIGUES, apesar de criticar a posição legislativa adotada, exemplifica algumas hipóteses de justa causa. Diz o mestre: Não basta que o testador aponte a causa. Ela precisa ser justa, podendo-se imaginar a pleora de questões que essa exigência vai gerar, tumultuando os processos de inventário, dado o subjetivismo da questão. Se o testador explicou que impõe a incomunicabilidade sob a legítima do filho porque a mulher dele não é confiável, agindo como caçadora de dotes; ou se declarou que grava a legítima da filha de inalienabilidade porque esta descendente é uma gastadora compulsiva, viciada no jogo, e, provavelmente, vai dissipar os bens, será constrangedor e, não raro, impossível concluir se a causa apontada é justa ou injusta.” REGINA GHIARONI³³:

“Se a causa não restar comprovada ou se o juiz, diante de cada caso concreto, não a entender justa, o ônus deverá ser afastado, por não estar presente o requisito que permite a oneração (justa causa), seguindo-se a regra geral, qual seja, legítima livre de qualquer ônus. Cumpre ponderar que a prova do justo motivo deverá ser feita em ação própria, por se tratar de questão de alta indagação, cuja dilação probatória deverá ser irrestrita. A prova só não será necessária se houver a concordância de todos os interessados e nenhum deles impugnar a disposição restritiva do ato de última vontade.” Regina Ghiaroni³⁴ - “Atualmente, e por força do caput do art. 1.848 do atual Código Civil, apenas se o testador indicar justa causa, a ser avaliada e conferida pelo juiz presidente do inventário, em processo autônomo, todavia, por ser questão de alta indagação, será possível a aposição de cláusulas de tão relevante alcance e graves conseqüências”.

GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA³⁵ - “A idéia da admissão da cláusula proibitiva pelo testador parece encontrar justificativa na excessiva “preponderância do círculo de família, ainda patriarcal”, de um pai e marido que tudo quer e tudo pode, de um sentimentalismo e “rotina sensível ao romanismo dos direitos do pai e a mentalidade reacionária que vê nos parentes os únicos revolvedores das promoções de interdições e aberturas de inventários”. Mas os tempos mudaram e as mentalidades evoluíram não sendo mais possível a manutenção de esquemas ancorados em passado carente de legitimidade e autoridade. E dentro daquele “romanismo paterno”, a que alude Pontes de Miranda, inabilidade se justificava na pressuposição de intenções; “boas” intenções do prestador que, receava a má administração do herdeiro ou o risco de dilapidação do acervo hereditário; que o herdeiro ficasse privado de moradia e sustento; que um mau casamento comprometesse a administração do patrimônio do casal, e assim por diante. A partir das suposições tudo justificava a atuação irrestrita do testador sobre o patrimônio dos sucessores. Esquecia-se, porém, de considerar os eventuais efeitos negativos desse poder irrestrito e que, também pode levar o testador aos mais absurdos excessos, desde a dificuldade da utilização da herança até o emprego da clausulação como meio de vingança contra os herdeiros necessários. Se a inalienabilidade, por si só, é geradora de toda sorte de críticas no mundo jurídico, imagine-se quando imposta à disponibilidade da legítima. Dependendo da amplitude que se dê à disposição, a legítima pode ficar esvaziada de seu total sentido, tornando-se inútil.”

DAS JUSTIFICATIVAS OU MOTIVAÇÕES PARA ADMISSÃO DA INVALIDAÇÃO DAS CLÁUSULAS RESTRITIVAS DE PROPRIEDADE PELOS TRIBUNAIS MINEIROS

Número do processo: 1.0024.03.075909-6/001(1)

Relator: NILSON REIS

Data do acórdão: 29/03/2005

Data da publicação: 29/04/2005

Ementa:

Doação. Cláusulas de Inalienabilidade e Impenhorabilidade. Morte dos doadores. Cancelamento. Impossibilidade. Inteligência do art. 1676 do Código Civil de 1916. As cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade, gravadas sobre imóvel adquirido por doação, são irretroatáveis, ex vi do art. 1676 do Código Civil de 1916, cujo teor foi mantido no Código Civil de 2002, em seu art. 1911. APELO PROVIDO.

Súmula: DERAM PROVIMENTO.

Acórdão: [Inteiro Teor](#)

Número do processo: 1.0024.03.995982-0/001(1)

Relator: MACIEL PEREIRA

Data do acórdão: 07/04/2005

Data da publicação: 27/04/2005

Ementa:

Cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade - Ausência de razões que permitam a aplicação das exceções previstas no art. 1677 - CC/16: Inteligência do art. 1676 - cc/16. Recurso Provido. V.V. Cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade - Pedido de cancelamento - Autorização concedida - Recurso do Ministério Público - Não provimento. Entre a aplicação rigorosa do texto legal (art. 1.676 CC) e a observância da finalidade social da mesma regra, há de se preferir este último critério, mesmo porque mais vale o sujeito (entidade familiar) do que o objeto (propriedade). Diante disso, autoriza-se o cancelamento dos gravames, para que se resguarde a regra de que é a propriedade que deve servir ao homem e não servir-se dele.

Súmula: DERAM PROVIMENTO, VENCIDO O RELATOR.

Acórdão: [Inteiro Teor](#)

Número do processo: 1.0473.03.001074-7/001(1)

Relator: NEPOMUCENO SILVA

Data do acórdão: 16/09/2004

Data da publicação: 01/10/2004

Ementa:

RETIFICAÇÃO DE PARTILHA - TESTAMENTO - CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE E IMPENHORABILIDADE - LEGÍTIMA - REQUISITOS DA TEMPORARIEDADE E VITALICIEDADE - SUCESSÃO - TRANSMISSÃO DO GRAVAME AOS BENS DO HERDEIRO, SUCESSOR DO BENEFICIÁRIO - INADMISSIBILIDADE.

O vetusto e revogado Código Civil (art. 1.723) permitia ao testador gravar os bens da legítima com cláusula de inalienabilidade, sem apresentação de justa causa - exigida pelo atual, art. 1.848, caput - respeitando-se, porém, os requisitos da temporariedade e vitaliciedade. Tal restrição não poderia obstar à livre disposição por testamento e à transmissão aos herdeiros legítimos, desembaraçados os bens de qualquer ônus. Desse modo, não se pode admitir que a limitação do direito de disposição, depois de operar efeitos por quase meio século, continue gerando-os, gravando o imóvel transmitido pelo herdeiro testamentário ao seu filho, por sucessão, pois este, neto do testador, nem mesmo era nascido à época da lavratura do testamento. Trata-se, pois, de norma impositiva, cogente e de ordem pública. Entendimento contrário afrontaria a logicidade, porquanto consolidaria homenagem à exceção (limitação ao poder de disposição) e detrimento da regra (circulação dos bens), sem justa causa econômico-jurídica.

Súmula: DERAM PROVIMENTO.

Acórdão: [Inteiro Teor](#)

Número do processo: 1.0024.01.554112-1/001(1)

Relator: AUDEBERT DELAGE

Data do acórdão: 18/03/2004

Data da publicação: 14/04/2004

Ementa:

CIVIL - ALVARÁ PARA ALIENAÇÃO DE BEM IMÓVEL GRAVADO COM AS CLÁUSULAS DE IMPENHORABILIDADE, INALIENABILIDADE E INCOMUNICABILIDADE -

Admite-se, após a Constituição Federal de 1988, a amenização de certas disposições até então inflexíveis, para atender aos princípios abrigados na mesma, atinentes à finalidade social da propriedade, considerados, ainda, o tempo decorrido do ato de liberalidade, a maturidade dos beneficiários, a condição de ruína da edificação e de insolvência dos mesmos para arcar com despesas de reforma e pagamento dos tributos relativos ao próprio imóvel.

Súmula: DERAM PROVIMENTO.

Acórdão: [Inteiro Teor](#)

Número do processo: 1.0024.03.925485-9/001(1)

Relator: HYPARCO IMMESI

Data do acórdão: 05/02/2004

Data da publicação: 02/03/2004

Ementa:

REGISTRO IMOBILIÁRIO - CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE - INCOMUNICABILIDADE E IMPENHORABILIDADE - DESAPARECIMENTO DE SUA RAZÃO DE SER - CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES NELA IMPOSTAS - CANCELAMENTO DO GRAVAME - VIABILIDADE -

Se as condições impostas ao imóvel pelas cláusulas gravosas destinavam-se a assegurar a manutenção e educação dos filhos da herdeira desse imóvel, enquanto necessário fosse, e se essas condições já se cumpriram, pois seus filhos (dela, herdeira) encaminharam-se na vida e são hoje completamente independentes, infere-se que desapareceu a razão de ser dessas cláusulas. Nada impede, pois, sejam canceladas do respectivo registro imobiliário.

Súmula: NEGARAM PROVIMENTO.

Acórdão: [Inteiro Teor](#)

Número do processo: 1.0000.00.328048-4/000(1)

Relator: CLÁUDIO COSTA

Data do acórdão: 21/08/2003

Data da publicação: 19/09/2003

Ementa:

Partilha amigável. Herdeiros maiores e capazes. Testamento público. Aprovação. Cláusula de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade. Dívidas e penhoras de herdeiro, posteriores à morte do testador. Indeferimento de homologação da partilha. Recurso.

É certo que pode haver penhora no rosto dos autos de inventário contra herdeiros, mas se o *"de cujus"* fez testamento público, gravando o quinhão do beneficiário com cláusulas de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade e o testador veio a falecer antes de saldar dívidas adquiridas e objeto de penhora do rosto dos autos de seu inventário contra filho, beneficiário de testamento, impossível determinação judicial de reserva de bens, no inventário, para atendimento de tais dívidas, não se justificando a penhora de direito e ação de herdeiro do inventário do testador. Recurso provido.

Súmula: DERAM PROVIMENTO.

Acórdão: [Inteiro Teor](#)

Número do processo: 1.0000.00.316511-5/000(1)

Relator: BRANDÃO TEIXEIRA

Data do acórdão: 09/09/2003

Data da publicação: 19/09/2003

Ementa:

Ação de cancelamento de cláusulas de impenhorabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade. Gravame sobre imóvel adquirido por sucessão *"causa mortis"* processo em que não se discute sucessão e registro público. Inaplicabilidade do art. 106, ii, *"c"* e *"d"*, da constituição mineira. Competência do tribunal de alçada de minas gerais para conhecer e julgar o recurso. Inteligência do art. 108, ii, da constituição estadual.

Súmula: DECLINARAM DA COMPETÊNCIA PARA O TRIBUNAL DE ALÇADA, VENCIDO O VOGAL.

Acórdão: [Inteiro Teor](#)

Número do processo: 1.0000.00.214085-3/000(1)

Relator: BADY CURI

Data do acórdão: 07/03/2002

Data da publicação: 04/04/2002

Ementa:

Testamento - Cláusula de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade - Invalidação - Possibilidade - Tendo decorrido mais de vinte e cinco anos da abertura do testamento, e cessados todos os motivos da instituição da cláusula, pode a restrição ser abrandada, não só pelo contexto factual em que se encontra inserida, mas também em virtude da aplicação dos vários princípios que o sistema normativo encerra, os quais se amoldam ao caso - Recurso provido - Decisão reformada.

Súmula: DERAM PROVIMENTO.

Acórdão: [Inteiro Teor](#)

4745757.doc

Recurso: Apelação (Cv)

Órg. Julgador: Décima Sexta Câmara Cível

Relator: Otávio de Abreu Portes

Resumo: Ação Pauliana - Cláusulas De Incomunicabilidade E Impenhorabilidade - Desinteresse Da Parte Na Anulação - Extinção Do Processo Sem Julgamento Do Mérito - Ausência De Alegação Pelo Réu Na Primeira Oportunidade - Condenação Nas Custas De Retardamento Não tendo a parte interesse em anular cláusulas de incomunicabilidade e impenhorabilidade que gravam a doação feita pelos genitores, deve o processo ser extinto sem julgamento do mérito (3º do art. 267 do CPC) por ausência de pressupostos de constit...

4453841.doc

Recurso: Apelação (Cv)

Órg. Julgador: Décima Quinta Câmara Cível

Relator: Guilherme Luciano Baeta Nunes

Resumo: Ementa: Civil - Imóvel Rural Recebido Por Testamento - Cláusulas De Inalienabilidade, Impenhorabilidade E Incomunicabilidade - Revogação - Ausência De Justa Causa.

Ausente a justa causa, não deve ser deferido o pedido de revogação das cláusulas restritivas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, gravadas sobre imóvel havido por herança, preservando-se a disposição de última vontade do testador, bem como a finalidade para a qual as referidas cláusulas foram criadas, qual seja...

4650171.doc

Recurso: Apelação (Cv)

Órg. Julgador: Décima Sexta Câmara Cível

Relator: Sebastião Pereira de Souza

Resumo: Autorização Judicial - Bem Imóvel - Exclusão Da Cláusula De Inalienabilidade - Transmissão Não Onerosa - Impossibilidade

O ordenamento jurídico não salvaguarda a pretensão do proprietário de exclusão da cláusula de inalienabilidade incidente sobre o imóvel que lhe fora transmitido de forma não onerosa, excetuando-se a situação de substituição do bem gravado.

3925013.doc

Recurso: Apelação (Cv)

Órg. Julgador: Décima Primeira Câmara Cível

Relator: Vieira de Brito

Resumo: Ementa: Alvará Judicial Para Cancelamento De Cláusula Testamentária - Apelação Cível - Competência Recursal - Causa Relativa Ao Direito Sucessório - Competência Do Tribunal De Justiça.

Segundo a Constituição do Estado de Minas Gerais o julgamento dos recursos nos feitos que envolvam matéria relativa ao direito sucessório é da competência do egrégio Tribunal de Justiça, conforme dispôs o artigo 106, II, "c" impondo-se, assim, a remessa dos autos àquela Corte de Justiça.

4330112.doc

Recurso: Apelação (Cv)

Órg. Julgador: Décima Câmara Cível

Relator: Evangelina Castilho Duarte

CODICILOS

1. CONCEITO

JOSÉ DA SILVA PACHECO³⁶ - É um ato simplificado de última vontade no qual se dispõe sobre assunto de pouca importância, despesas e presentes de pequeno valor (o próprio enterro, esmolas para determinadas pessoas ou para os pobres de certo lugar, legado de móveis, roupas ou jóias não muito valiosas, objetos de uso pessoal, etc.), ao estilo de que determina o art. 1.881 do CC. Por meio de codicilo não se pode instituir herdeiro nem reconhecer filhos ou fazer deserdações.

O codicilo tem forma própria, devendo ser escrito, datado e assinado pelo disponente, sob pena de nulidade. Não há necessidade de testemunha.

Toda pessoa que possa testar, também pode dispor por codicilo.

Lembra o mestre SÍLVIO DE SALVO VENOSA que o codicilo "pode servir também para disposições não patrimoniais que podem constar dos testamentos e cita a nomeação de testamentários, tutores, curadores, reconhecimento de paternidade, perdão de indigno, etc. E prossegue: "O codicilo pode ser feito sob a forma de carta enviada para a guarda de terceiro. Embora não se exijam palavras sacramentais, deve o disponente demonstrar que se trata de disposição codicilar. Conveniente que faça alusão aos dispositivos legais.

MARIA HELENA DINIZ³⁷ - O critério para apuração do valor é relativo, devendo-se considerar o estado social e econômico do codicilante; para tanto, o juiz examinará, prudentemente cada caso concreto, considerando o valor da deixa relativamente ao montante dos bens do espólio. Observa WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO que há uma tendência de se fixar determinada porcentagem, havendo-se como de pequeno valor a liberalidade que não ultrapassar 10% do valor do monte, podendo, por isso, ser objeto de codicilo: sufrágios por intenção da alma do codicilante; nomeação e substituição de testamentário, perdão de indigno (CC, art. 1.818). O codicilo é meio idôneo para instituir herdeiro, reconhecer filhos ou efetuar deserdações, e não comporta legados de valor ponderável.

2. FORMA DE UM CODICILO

MARIA HELENA DINIZ³⁸ - Toda pessoa capaz de testar pode ser sujeito de codicilo. Para tanto, deverá fazer disposições especiais sobre assuntos de menor importância, como despesas e donativos de reduzido valor, mediante instrumento particular ou documento escrito de próprio punho, datado e assinado pelo autor da herança. A jurisprudência, entretanto, tem admitido codicilo datilografado ou digitado, desde que datado e assinado pelo disponente.

O codicilo pode ser parte integrante ou complementar do testamento anterior, ou existir por si, autônoma ou isoladamente, ante o disposto no Código Civil, art. 1.882: "Os atos a que se refere o artigo antecedente, salvo direito de terceiro, valerão como codicilos, deixe ou não testamento o autor". Daí serem autônomos; logo, não há exigência legal para que alguém só possa fazer codicilo se precedentemente fez algum testamento.

Devido à sua pouca projeção, não se subordina aos requisitos testamentários formais. Apesar de não estar sujeito a requisito de forma, o codicilo deverá, se estiver fechado, ser aberto do mesmo modo que o testamento cerrado (CC, art. 1.885), exigindo-se necessariamente a intervenção de juiz competente, ou seja, o juiz da provedoria, com a observância do Código de Processo Civil, art. 1.125.

3. REVOGAÇÃO DO CODICILO

Revoga-se o codicilo por meio de outro codicilo ou por testamento posterior, que não o confirme ou que o modifique. Reza o art. 1.884 do CC: "Os atos previstos nos artigos antecedentes revogam-se por atos iguais, e consideram-se revogados, se, havendo testamento posterior, de qualquer natureza, este os não confirmar ou modificar."

O codicilo não pode valer como testamento.

MARIA HELENA DINIZ³⁹ - Prescreve o art. 1.884 do Código Civil que os codicilos revogam-se por atos iguais, ou seja, por outro codicilo. Consideram-se igualmente revogados, se houver testamento posterior de qualquer natureza, que não os confirme ou que os modifique. Todavia, jamais poderão revogar um testamento, embora possam ser revogados por este, desde que lhe seja subsequente, bastando, para tanto, que o testador não faça nenhuma referência a eles ou os modifique no ato de última

vontade, posteriormente lavrado.

LEGADOS

4. INTRODUÇÃO

MARIA HELENA DINIZ⁴⁰- Não há que se confundir herança com legado. A herança compreende a sucessão legal ou testamentária, incidindo na totalidade dos bens do *de cuius* ou numa quota-parte ideal deles, embora, com a partilha, o direito do herdeiro sucederá ao *auctor successionis* em seus direitos, obrigações e até mesmo em seus débitos, desde que não sejam superiores às forças da herança. Já o legado é típico da sucessão testamentária, recaindo, necessariamente, sobre uma coisa certa e determinada ou uma cifra em dinheiro, sendo, por isso, uma sucessão causa mortis a título singular, assemelhando-se a uma doação, dela diferindo pelo fato de ser ato unilateral e produzir efeitos apenas com o falecimento do *de cuius*. Como bem pondera CARLOS MAXIMILIANO, o legado envolve um conceito negativo a respeito do herdeiro, pois é manifestação de última vontade que não envolve instituição de herdeiro e constitui liberalidade que diminui o quinhão daquele; além do mais, o herdeiro representa o defunto, para efeitos patrimoniais; o legatário não, tanto que só responde pelas dívidas quando a herança for insolúvel ou distribuída, por inteiro, em legados válidos, ou quando a obrigação de atender ao passivo lhe é imposta pelo testador, explicitamente. Deveras, em regra, consiste numa liberalidade; contudo, não se deve considerar como de sua essência, observa ORLANDO GOMES, o *animus* de outorgar um benefício, uma vez que o legado não se desfigura, se for totalmente absorvido pelos encargos, ainda que venha a se converter em ônus para o legatário.

O legado é, portanto, a disposição testamentária a título singular, pela qual o testador deixa a pessoa estranha ou não à sucessão legítima um ou mais objetos individualizados ou certa quantia em dinheiro. Por exemplo: o prédio da Rua Senador Feijó, n.130, tal automóvel, tal jóia, a quantia de 200 mil reais, enfim, qualquer coisa precisa, certa e determinada, seja ela um imóvel, móvel ou semovente, um crédito, uma ação, uma prestação de fazer ou de não fazer etc., desde que não envolva negócio, venda ou cessão.

O legado requer a presença de 3 pessoas:

a) o testador (legante), que é o que outorga o legado;

b) o legatário, que adquire o direito ao legado. Qualquer pessoa, parente ou estranha, natural ou jurídica, civil ou comercial, pode ser contemplada com o legado. Como o beneficiário não precisa ser necessariamente pessoa diversa do herdeiro, se o legado for distribuído ao herdeiro legítimo denominar-se-á legado precípua ou prelegado, reunindo-se numa só pessoa as qualidades de legatário e herdeiro, de modo que o prelegatário recebe o prelegado além dos bens que constituem sua herança, podendo até recebê-lo antes da partilha, se o disponente assim o determinar;

c) o onerado, sobre quem recai o ônus do legado ou a quem compete prestar o legado. A prestação do legado ou a sua execução pode ser atribuída a todos os co-herdeiros conjuntamente, devendo cada qual satisfazer o legado na proporção da quota que lhe couber, ou a qualquer deles, expressamente designado na verba testamentária. Todavia, pode ocorrer que o disponente tenha legado coisa pertencente a um dos co-herdeiros, que compensarão o valor da coisa com dinheiro, proporcionalmente à quota de cada um. No legado, pode figurar como onerada qualquer pessoa que suceda a título universal ao autor da herança; na instituição de herdeiro não há onerado, porque o herdeiro, sucedendo no *universum jus defuncti*, toma conta do patrimônio hereditário pela sua própria qualidade; em virtude desta, passa a ter direito à posse que adquiriu da coisa hereditária. O mesmo não ocorre com o legatário, que deve receber o objeto legado do herdeiro, como no caso de doação entre vivos, em que o donatário receberá o bem doado do doador.

JOSÉ DA SILVA PACHECO⁴¹ - Na Roma clássica, admitiam -se o legado, o fideicomisso, as manumissões testamentárias, pelas quais se libertavam escravos e a doação por causa morte. O legado é resultado de manifestação de vontade do testador, de que não resulta instituição de herdeiro e que constitui benefício que desgasta o quinhão do herdeiro.

Apontam-se como caracteres do legado:

a) a inserção na sucessão a título singular;

b) a exclusão da sucessão a título universal;

c) a constituição de bens individuados, destacados ou destacáveis da herança, que pertence aos herdeiros;

d) a liberalidade, não sujeita à ordem legal da sucessão.

5. OBJETO DO LEGADO

MARIA HELENA DINIZ⁴²- RUBENS LIMONGI FRANÇA observa, com acerto, que a ampla liberdade de testar, que atende ao princípio da autonomia da vontade, subordinado ao da supremacia da ordem pública, também se aplica ao legado. Assim sendo, a liberdade de legar nada mais é senão a liberdade de fazer testamento aplicada à hipótese de um objeto singular, que deve ser lícito, possível, economicamente apreciável e suscetível de alienação, podendo ser presente ou futuro, corpóreo (imóveis, móveis, semoventes), incorpóreo (títulos particulares e apólices da dívida pública, ações, direitos de crédito, a alimenos, ao usufruto, patentes de invenção, marcas de fábrica, títulos de estabelecimento etc), abranger ou não acessórios, pertencente ou não ao testador ou a herdeiro, podendo, ainda, incidir em prestações de fazer ou de não fazer algo. Além disso, o objeto do legado pode ser determinado ou determinável. A coisa legada pode ser determinada em sua própria individualidade ou somente quanto ao seu gênero.

6. ESPÉCIES DE LEGADO

Tendo em vista o seu objeto, pode ser:

- a) de coisas;
- b) de direitos reais;
- c) de crédito;
- d) de dívida.

O legado de coisas pode compreender: I) o de coisa de terceiro; II) o de coisa genérica; III) o de coisa em lugar indeterminado; IV) o de coisa do legatário.

O legado de direitos reais sobreleva o de usufruto, uma vez que não podem ser objeto dele o uso e a habitação.

O legado de crédito pode abranger todos os do testador ou apenas um ou alguns mencionados.

O legado de coisa alheia é nulo em nosso direito.

No legado de coisa do herdeiro ou legatário, prevalece o seguinte: a) é nulo se já pertencia ao legatário, por ocasião do testamento, como no momento da morte; b) é válido se constituir encargo imposto pelo testador, se à data da morte do testador já pertencia a este, embora não pertencesse por ocasião da feitura do testamento, e se o legatário a adquiriu a título oneroso do testador.

EUCLIDES DE OLIVEIRA E SEBASTIÃO AMORIM⁴³- Várias as espécies de legados, previstas no ordenamento civil:

- legado de coisa comum, que valerá somente na parte que pertencer a testador (CC, art. 1.914),
- legado de coisa fungível, que valerá ainda que a coisa não exista entre os bens deixados pelo testador (CC, art. 1.915),
- legado de coisa singularizada, que só valerá se existir entre os bens do testador (CC, art. 1.916),
- legado de crédito ou quitação de dívida (CC, art. 1.918),
- legado de alimentos, destinado ao sustento, cura, vesuário e casa do legatário, enquanto viver, além da educação, se for menor (CC, art.1.920),
- legado de usufruto, que pode ser temporário ou vitalício (assim se entendendo se não houver fixação de tempo- CC, art.1.921),
- legado em dinheiro (CC, art. 1.925),
- legado de renda vitalícia ou pensão periódica (CC, art. 1.926),
- legado alternativo, com opção deixada ao legatário (CC, art. 1.931), ou com presunção de opção pelo herdeiro (CC, art. 1.932)

3.1 QUANTO À SUA MODALIDADE

MARIA HELENA DINIZ ⁴⁴- Quanto às modalidades sob que se apresenta a instituição, o legado pode ser, como o testamento:

- 1) **PURO E SIMPLES**, produzindo seus efeitos independentemente de qualquer fato, apesar de o legatário não entrar na posse da coisa legada (CC, art. 1.923, § 1º) por autoridade própria, devendo pedi-la ao herdeiro, exceto se o testador, expressa ou tacitamente, lhe facultar.
- 2) **CONDICIONAL**, se seu efeito estiver subordinado a evento futuro e incerto, desde que não seja captatório, caso em que será nulo o legado (CC, art. 1.900, I).
- 3) **A TERMO**, se sua eficácia estiver limitada no tempo, ou seja, a um evento futuro e certo, aperfeiçoando-se ou extinguindo-se com o advento do prazo fixado pelo testador (CC, art. 1.921).
- 4) **MODAL**, se o testador gravar o legado com encargo ou obrigação do legatário (CC, art. 1.938), caso em que a aceitação indica anuência ao ônus que acompanha a liberalidade, hipótese em que o legatário será obrigado a prestar caução muciana, se assim o exigirem os interessados no adimplemento do modo. Ao legatário, nos legados com encargo, aplica-se o disposto no art. 553 do Código Civil; assim, ele será obrigado a cumprir o encargo como na doação, se for a benefício do testador, de terceiro ou do interesse geral. Se o legatário não cumprir o encargo imposto à liberalidade, esta pode ser revogada como na doação (CC, art. 562). Tal revogação por inexecução do encargo poderá ser pleiteada, desde que se caracterize a mora.
- 5) **SUBCAUSA OU POR CERTA CAUSA**, se houver motivo concernente ao passado, que levou o testador a instituí-lo. É o legado em que o testador, no ato de última vontade, declara por que fez a liberalidade.

1.2 QUANTO AO SEU OBJETO

1.2.1 LEGADO DE COISA ALHEIA

Pelo Código CIVIL, art. 1.912, dever-se-á considerar ineficaz o legado de coisa alheia, salvo se:

- 1) A coisa legada, embora não fosse de propriedade do testador por ocasião da facção testamentária, for, posteriormente, adquirida por ele, por qualquer título, pois essa aquisição ulterior produz efeito retrooperante, convalidando o ato, tornando válida a liberalidade desde o instante da elaboração da cédula testamentária.
- 2) O disponente, espressamente, detrmnar que a coisa alheia seja adquirida pelo herdeiro para ser entregue a legatário, caso em que se tem uma disposição modal, que impõe ao herdeiro o ônus de adquirir o bem para entregá-lo ao legatário, sendo, portanto, válido, nessas condições, o legado de coisa alheia, ante sua licitude.
- 3) O testador ordenar que o herdeiro, ou legatário, caso em que se tem uma disposição modal, que impõe ao herdeiro o ônus de adquirir o bem para entregá-lo ao legatário, sendo, portanto, válido, nessas condições, o legado de coisa alheia, ante sua licitude.
- 4) O testador ordenar que o herdeiro, ou legatário, entregue coisa de sua propriedade a outrem; não o cumprindo ele, entender-se-á que renunciou a herança ou legado (CC, art. 1.913), impondo, como se vê, um encargo ao herdeiro ou legatário, que tem a opção de aceitar a herança ou o legado, entregando objeto que lhe pertence a terceiro, ou seja, ao sublegatário, conforme disposição testamentária, ou de conservar esse bem em seu patrimônio, renunciando, de modo implícito, a herança ou o legado.
- 5) O legado for de coisa móvel, que se determine pelo gênero, será cumprido, ainda que tal coisa não exista entre os bens deixados pelo testador (CC, art. 1.915). P. Ex.: se o testador dispuser que deixa a "A" um cavalo (determinação pelo gênero), ou seu cavalo Relâmpago. No primeiro caso, mesmo que não se ache entre os bens do finado tal animal, cumprir-se-á o legado, cabendo ao testamentário ou herdeiro comprá-lo com os recursos do espólio, pra executar a disposição de última vontade, atendo-se a regra do Código

Civil, arts. 244 e 1.931, pela qual, ante o princípio de direito obrigacional, cabe a escolha ao devedor, isto é, ao herdeiro, se o contrário não resultar do título, que não poderá dar coisa pior, nem será obrigado a prestar a melhor (CC, art. 1.929). Se tal escolha foi deixada ao arbítrio de terceiro, este deverá guardar o meio-termo entre as congêneres da melhor e pior qualidade. E se não quiser ou não puder fazer aquela opção, o juiz deverá fazê-la, entregando objeto de valor médio (CC, art.1930). Mas se a escolha foi deixada ao legatário, este poderá optar, do gênero determinado, pela melhor coisa que houver na herança (CC, art. 1.931). Com essa determinação do objeto legado dentre os que se incluem em certo gênero, considerar-se-á como coisa certa a partir do momento da especificação. No segundo caso, inexistindo o cavalo Relâmpago no momento da abertura da sucessão, ter-se-á caducidade do legado (CC, art. 1.939, III).

Se o testador deixar ao legatário coisa certa que na data do testamento já era do legatário, caduco será o legado porque o que já é dele não pode mais uma vez pertencer-lhe, tendo-se igualmente sua caducidade se o bem legado foi transferido a alguém, onerosa ou gratuitamente, pelo testador (CC, arts. 1.912 e 1.939, II).

1.2.2 LEGADO DE COISA COMUM

Se a coisa legada pertencer ao testador apenas em parte, ou ao herdeiro ou ao legatário, só quanto a essa parte valerá o legado (CC, art. 1.914), de maneira que, em relação à parte que não for do disponente, nulo será o legado, por versar sobre bem alheio, salvo se havia encargo alusivo à sua aquisição. O mesmo ocorrerá se o testador for condômino da coisa legada, restringindo-se a validade da deixa testamentária somente à parte que realmente pertença ao testador.

AGOSTINHO ALVIM, ante o interesse de se saber da validade de legado de coisa certa, feito pelo cônjuge consorciado pelo regime de comunhão universal de bens, concluiu que: a) se a coisa legada, na partilha, vier a ser atribuída ao consorte sobrevivente, a pedido dele, como é de seu direito, o legado terá versado sobre bem alheio, impondo-se-lhe, assim, a nulidade; b) se o cônjuge supérstite não reclamar que seja imputada na sua meação a coisa legada, válida será a disposição testamentária, devendo, então, ser cumprida.

1.2.3 LEGADO DE COISA SINGULARIZADA

“Se o testador legar coisa sua, singularizando-a, só terá eficácia o legado se, ao tempo do seu falecimento, ela se achava entre os bens da herança; se a coisa legada existir entre os bens do testador, mas em quantidade inferior ao do legado, este será eficaz apenas quanto à existente” (CC, art. 1.916).

O disponente determina não só o gênero e a espécie, mas também o próprio bem legado, singularizando-o, isto é, separando-o, individualizando-o de todos os outros, mesmo que existam muitos do mesmo gênero ou da mesma espécie, p. ex.: o quadro “X” de Picasso; tal cavalo manga-larga castanho; a casa da Avenida Brasil, n. 185; a jóia tal.

Só valerá o legado se a coisa singularizada for encontrada e pertencer ao autor da herança ao tempo da abertura da sucessão. Se ela não mais existir no patrimônio do testador, dado seu perecimento ou sua alienação, operar-se-á a ineficácia do legado, mas se a coisa legada existir entre os bens do disponente em quantidade inferior à constante do legado, este só valerá quanto à parte subsistente, recebendo o beneficiário a liberalidade diminuída, isto é, apenas o que existir ao abrir-se a sucessão. P.ex.: se o testador lega 3 cavalos, e só existir um deles, o legado restringir-se-á a este, não abrangendo os demais.

1.2.4 LEGADO DE UNIVERSALIDADE

Se o testador legar uma espécie inteira e não somente algumas unidades, o legado abrangerá todas as coisas do gênero existentes no espólio - p. ex.: se houver legado dos livros da biblioteca do *de cuius* ou dos seus livros - ressaltando-se aquelas coisas que sejam acessórias de outra ou a ela ligadas como parte integrante.

1.2.5 LEGADO DE COISA LOCALIZADA

O legado de coisa que deva tirar-se de certo lugar só terá eficácia se nele for achada, salvo se removida a título transitório (CC, art. 1.917). O legado só valerá se o bem legado for efetivamente encontrado; se nada se encontrar, ineficaz será a deixa, salvo se se provar que foram removidos a título

transitório por outrem, e não pelo auctor successionis.

SEGUNDO CLÓVIS, trata-se de legado de coisas que devam estar habitual e permanentemente no local indicado pelo testador, porque assim o exige a natureza delas ou o suso comum, ou o do testador em particular – p. ex.: o legado de 120 cavalos da Fazenda Sta. Maria -, e de coisas que temporariamente se encontrarem em lugar diverso, ao qual deverão retornar oportunamente, como na hipótese de o testador ter legado um quadro que se achava na sua casa de campo, e que no momento do óbito havia sido removido para substituição de moldura. Não se compreendem no legado objetos que foram encontrados no local designado pelo testador se foram ali acidentalmente colocados por ele.

1.2.6 LEGADO DE CRÉDITO

O legado de crédito é apenas o legado daquilo que se deve ao testador. O legado de crédito tem por objeto um título de crédito, do qual é devedor terceira pessoa, que é transferido pelo testador ao legatário, e que, entretanto, somente valerá até a concorrente quantia do crédito ao tempo da abertura da sucessão (CC, art. 1.918). O legatário só terá direito aos juros vencidos desde a morte do de cujus, exceto se no testamento houver declaração em contrário. Importa, portanto, numa cessão mortis causa ou transferência da dívida ativa do testador, por ato de última vontade, ao legatário, que passará a ser o novo credor, aplicando-se-lhe a mesma regra que rege a transferência da dívida ativa do testador, por ato de última vontade, ao legatário, que passará a ser o novo credor, aplicando-se-lhe a mesma regra que rege a transferência inter vivos, segundo a qual o cedente não se responsabiliza pela liquidez do crédito, não respondendo o espólio nem mesmo pela insolvência do devedor nem pela existência de crédito. Daí cumprir-se tal legado mediante a mera entrega dos títulos e dos documentos relativos à dívida ao legatário pelo herdeiro (CC, art. 1.918, § 1º); realizada essa entrega, o legatário habilitar-se-á a promover a respectiva cobrança, amigável ou judicial, após o vencimento. Esse tipo de legado só selimita às dívidas existentes na data do testamento, não compreendendo as posteriores (CC, art. 1.918, § 2º), exceto se houver disposição testamentária em contrário. Se a dívida se vencer e for paga em vida do disponente, o legado ficará sem objeto, salvo se o testador guardou em separado, para o legatário, a quantia recebida. Se porventura o disponente, após a facção testamentária, moveu ação contra o devedor para haver a dívida, falecendo antes do término do processo, entender-se-á que com essa atitude revogou o legado.

1.2.7 LEGADO DE QUITAÇÃO DE DÍVIDA

O legado de quitação de dívida importa o perdão desta por parte do testador, que é o credor, ao legatário devedor, cumprindo-se pela entrega do título ou passando-se a quitação, abrangendo, salvo disposição em contrário, os juros. Se o legatário nada lhe dever, caduca o legado; se tiver pago uma parte do débito, reduzir-se-á ao saldo remanescente, sem direito a restituição.

Se for o testador quem deve ao legatário, o legado não compensará a dívida, a não ser que haja expressa declaração do testador; mas, se a dívida for posterior ao testamento, não há qualquer compensação com o legado (CC, art. 1.919).

Se o credor for terceiro, e não o disponente, este pode impor ao herdeiro ou ao legatário o encargo da remissão do débito da pessoa que deseja beneficiar, assim, o legado só permitirá exigir que o herdeiro ou o legatário obtenha a desoneração do legatário devedor.

Embora nosso Código Civil não o tenha previsto, o legado de dívida é o feito pelo testador devedor ao seu credor, de modo que, se o disponente pagá-la depois da facção testamentária, cessará o legado.

1.2.8 LEGADO DE ALIMENTOS

O legado de alimentos abrange o indispensável à vida: alimentação, vestuário, medicamentos, habitação, e, se o legatário for menor, educação (CC, art. 1.920), sendo arbitrado pelo juiz de conformidade com as forças da herança, as necessidades do alimentário, e as necessidades do alimentário, e a circunstância de, em vida, estar o alimentário na dependência do de cujus, exceto se o disponente legou uma quantia certa em prestações periódicas. Esses alimentos poderão ser legados in natura, determinando o autor da herança que se forneça ao legatário hospedagem, ou que lhe sejam entregues gêneros necessários à sua subsistência, ou em dinheiro, cuja prestação deverá ser realizada em determinados períodos, daí denominar-se legado de prestações periódicas. Ante a sua finalidade, o legado de alimentos é inalienável e impenhorável, extinguindo-se com o falecimento do legatário.

1.2.9 LEGADO DE USUFRUTO

O usufruto é o direito real conferido a alguém de retirar, temporariamente, de coisa alheia os frutos e utilidades que ela produz, sem alterar-lhe a substância. Dito se infere que o usufruto não é restrição ao direito de propriedade, mas à posse direta, que é deferida a outrem, que desfruta do bem alheio, retirando-lhe os frutos e utilidades por ele produzidos, perdendo o proprietário da coisa o jus utendi e o fruendi, que são poderes inerentes ao domínio. Não perde, porém, o proprietário a substância, o conteúdo de seu direito de propriedade, que lhe fica na nua propriedade.

Sendo a temporariedade um elemento característico seu, se o testador fizer legado de usufruto sem fixação de tempo, entender-se-á que o deixou ao legatário por toda a sua vida (CC, art.1.921). Somente quem tiver a propriedade plena pode fazê-lo; logo, o usufrutuário não poderá legar seu direito de usufruto, porque com a sua morte extingui-se o usufruto, estando ele a dispor de coisa alheia. O usufrutuário só pode ceder, por ato inter vivos, a título gratuito ou oneroso, o exercício do usufruto, por um certo prazo ou pelo tempo que tenha de durar.

Assim, o testador, proprietário do bem, poderá: legar o usufruto do objeto a alguém, deixando a nua propriedade ao herdeiro. Não poderá constituir usufruto sucessivo, instituindo dois usufrutuários, que gozarão do bem escalonadamente; p. ex.: deixar um prédio a “a”, que passará, com sua morte, a “B”. Entretanto, não se proíbe o legado de um usufruto simultâneo, em que institui ao mesmo tempo dois ou mais usufrutuários, ainda que seu exercício possa ser realizado progressivamente.

1.2.10 LEGADO DE IMÓVEL

Há também o legado de imóvel, previsto no Código Civil, art. 1.922, parágrafo único, que estatui: “Se aquele que legar um imóvel lhe ajuntar depois novas aquisições, estas, ainda que contíguas, não se compreendem no legado, salvo expressa declaração em contrário do testador. Parágrafo único. Não se aplica o disposto neste artigo às benfeitorias necessárias, úteis ou voluptuárias feitas no prédio legado”.

Assim, as aquisições posteriores, contíguas ou não ao prédio legado, não se compreendem nele, por serem ampliações ou acréscimos que não se incorporam ao imóvel legado, por não estarem em seu patrimônio por ocasião da facção testamentária; delas não poderia cogitar o testador ao legar, a não ser que tenha disposto no testamento, o contrário. As benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias, feitas no imóvel legado, pertencerão ao legatário, sem haver nenhuma obrigação de indenizá-las, desde que existentes no momento da abertura da sucessão; como são acessórios, presumem-se legadas juntamente com o principal. Entretanto, se posteriores à abertura da sucessão, assistirá aos herdeiros ou ao espólio o direito de reembolso das quantias despendidas, conforme o Código Civil, art. 1.255.

Se o testador legar a “A” um prédio no valor de 1 milhão de reais, esse legado deverá cumprir-se, ainda que no acervo hereditário do de cujus não haja prédio algum, pois o testamentário terá de adquirir o imóvel nas condições descritas pelo testador, para entregá-lo ao legatário.

7. EFEITOS DO LEGADO

MARIA HELENA DINIZ⁴⁵ - O legado produz efeitos quanto:

- 1) **À transmissão da propriedade e da posse**, pois, enquanto o herdeiro legítimo ou testamentário adquire o domínio e a posse da herança no momento do falecimento do de cujus, o legatário só receberá a propriedade do bem legado com a abertura da sucessão, desde que o legado seja puro e simples, e se se tratar de coisa infungível; sendo fungível, a aquisição operar-se-á apenas com a partilha. No que concerne à posse, nela se investirá o legatário somente com a partilha, salvo se obteve, anteriormente, a entrega da coisa legada. Em regra, enquanto não se julgar a partilha, o legatário não se investe na posse, porque só depois de verificadas as forças da herança, mediante inventário, é que se deve fazer a entrega da coisa legada, visto que somente após a dedução do passivo devido aos credores do de cujus é que há herança e, por conseguinte, só posteriormente à partilha é que os herdeiros e legatários poderão receber o que lhes é cabível.
- 2) **Ao direito de pedir o legado**, já que ao legatário é vedado entrar na posse da coisa legada por autoridade própria (CC, art. 1.923, § 1º; CP, art. 345), exceto se o testador, expressa ou tacitamente, lho permitir. Autoriza-lhe a lei que desde a morte do testador peça aos herdeiros instituídos o que lhe cabe porque o legado de coisa certa, existente no acervo, lhe pertence, exceto se o legado estiver sob condição suspensiva (CC, art. 1.923, caput).

Isto é assim porque compete ao herdeiro verificar se a herança é solvável ou não, pois, se o passivo absorver todo o acervo hereditário, o legatário poderá ser obrigado a concorrer, no todo ou em parte, para saldar as dívidas; daí a inconveniência de que o legatário possa entrar na posse por iniciativa própria. Tal direito de petição é transmissível aos sucessores do legatário, se este falecer após o disponente; se vier a finir um segundo antes do auctor successionis, nenhum direito transmitirá a seus sucessores. Assim sendo, como se vê, o domínio do bem pode se transmitir ao legatário ipso iure, desde que o legado seja puro e simples, e infungível a coisa legada, mas não a posse, na qual só será investido quando receber o bem legado. Tem, portanto, propriedade sem posse. Pelo Código Civil, art. 1.924, esse direito de petição não poderá ser exercido:

- a) Enquanto se litigue sobre a validade do testamento. Logo, havendo propositura de ação de anulação do testamento, não se entrega o legado, de modo que, enquanto não for aquela ação julgada por sentença transitada em julgado, não pode o legatário reclamar a entrega da coisa. Pendente a ação, o legatário, apesar de não receber o legado, pode requerer providências acautelatórias para resguardá-lo, como, p. ex., a venda para atender excepcional valorização.
- b) Na pendência de condição suspensiva, nos legados condicionais. Deveras, se o legado é condicional, a aquisição do bem só se dá com o implemento da condição imposta pelo disponente, de maneira que a capacidade para suceder é a do tempo da verificação da condição e não a do momento da abertura da sucessão. Enquanto não se realiza a condição, o legatário terá tão-somente uma expectativa de direito, não podendo exigir a entrega da coisa legada; se faleceu antes do implemento da condição, nenhum direito transmitirá a seus sucessores.
- c) Nos legados a prazo, enquanto o termo não se vencer. Se a termo o legado, o beneficiário receberá o legado desde logo, porém só terá o direito de pedi-lo por ocasião do vencimento. FERREIRA ALVES esclarece-nos que o Código se refere ao termo *ex die* e não ao *in diem*, pois o primeiro tem efeito de suspender a aquisição de coisa legada, que só poderá ser adquirida vencido o termo para legatário obtê-la. No legado *in diem*, pois o primeiro tem efeito de suspender a aquisição de coisa legada, que só poderá ser adquirida vencido o termo para o legatário obtê-la. No legado *in diem* dá-se o efeito resolutivo, que não obsta o legatário de pedir, desde a morte do testador, a coisa legada. Se o legatário vier a falecer depois do testador, porém antes do advento do termo, o domínio do legado transmitir-se-á aos seus sucessores, apesar da posse continuar sendo inexigível enquanto não advier o vencimento do prazo. O legatário deverá pedir o legado: a) ao testamenteiro, se ele estiver na posse e na administração dos bens da herança, porque, sendo também inventariante, incumbe-lhe o pagamento do legado (CPC, art. 1.137, I e IV) e os encargos da herança; b) a certos herdeiros ou legatários, a quem o disponente designou para executar os legados (CC, art. 1.994); c) ao herdeiro, ou legatário, a quem pertencer a coisa legada, que terá, obviamente, direito regressivo contra os co-herdeiros, pela quota hereditária de cada um, para se compensar em dinheiro ou em bens da herança pelo valor do legado, exceto se o testador dispôs ao contrário (CC, art. 1.935); d) a todos os herdeiros instituídos, se o testador não indicar os que deverão executar o legado, caso em todos os herdeiros instituídos serão responsáveis na proporção do que herdarem (CC, art. 1.994, parágrafo único). Para pedir o legado, o beneficiário deverá dirigir-se ao juiz do inventário, que, antes de decidir-se, ouvirá sobre o assunto o testamenteiro, os herdeiros e outros interessados, como a Fazenda. Com o deferimento do pedido lavra-se o termo de entrega ou pagamento, com a observância de todas as formalidades legais, depois de pagos os impostos de transmissão. Se não houver, ensina-nos Washington de Barros Monteiro, anuência dos interessados, o legatário será contemplado somente na partilha (CPC, art. 1.022). Se só vem receber o bem legado com a partilha, claro está que, antes da entrega da coisa, a defesa do bem por meio de interditos cabe ao herdeiro ou ao inventariante, não podendo o legatário

propor ação de despejo para pedir o prédio legado para uso próprio. Se porventura o bem legado estiver em mãos de terceiros, o legatário entrará com ação reivindicatória.

- 3) **Aos frutos e aos juros da coisa legada**, uma vez que no legado puro e simples ela pertence ao legatário desde o dia da morte do testador; logo, os frutos e rendimentos a ele caberão (CC, art. 1.923, § 2º), sem, contudo, ter direito aos frutos colhidos antes do óbito do de cujus. O herdeiro entregar-lhe-á o bem legado no estado em que estiver na data da abertura da sucessão com todos os seus acessórios, respondendo pelos prejuízos que, culposamente, causou, pois tem apenas a administração e guarda da coisa legada. O art. 1.923, do Código Civil não será aplicado se: a) o legado estiver sob condição suspensiva, dado que o beneficiário só receberá a coisa legada após o implemento da condição, ocasião em que os frutos passarão também a lhe pertencer; b) o legado for a termo, hipótese em que os frutos do bem legado pertencerão ao legatário no vencimento do prazo, ante o fato de que o termo impede o exercício do direito e, por consequência, a percepção dos frutos; c) o legado for em dinheiro, não abrangendo títulos de crédito, apólices, ações, letras de câmbio, notas promissórias, só vencerão os juros no dia em que se constituir em mora a pessoa obrigada a prestá-lo (CC, art. 1.925). Sendo o legatário mero credor, não tem propriedade sobre o legado, mas tão-somente o direito de reclamar judicialmente o seu pagamento se o herdeiro, ou o testamentário, recusar-se injustamente a entregar a coisa legada. Tais juros, de mora só correrão a partir da que se recusou a isso; logo, só serão devidos a partir da contestação da lide e não da abertura da sucessão; d) o legado for de coisa incerta ou de objeto não encontrado no acervo hereditário do de cujus, porque nesses casos difícil seria a aplicação do art. 1.923 do Código Civil, embora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tenha reconhecido o direito à renda do legado de coisa incerta desde a data da morte do disponente, computada tal renda quando o legado se tornar certo pela partilha.
- 4) **À renda ou às prestações periódicas, temporárias ou vitalícias**, que uma pessoa, isto é, o herdeiro, deverá pagar à outra, ou seja, ao legatário, após a morte do testador, em frutos ou em dinheiro. O testador tem liberdade de fixar a época em que se iniciará a renda, mas, se não a determinou, presume-se que começará a correr da data do óbito do disponente (CC, art. 1.926). Se o legatário, porventura, se atrasar em pedir a entrega do legado, terá direito a receber a pensão vencida desde a morte do testador, desde que não tenha havido prescrição da pretensão de pleitear esse seu direito (CC, art. 206, § 2º). Realmente, pode-se constituir renda mediante testamento, entregando-se certo capital, em dinheiro ou em imóveis, a determinada pessoa que se obrigue a satisfazê-la em prestações periódicas que, conforme foi estipulado pelo disponente, podem ser mensais, bimestrais, trimestrais, semestraisj ou anuais. Geralmente, o objeto do legado de renda ou de pensão periódica é assistencial, pretendendo dar ao legatário melhores condições de vida. O testador poderá impor a impenhorabilidade da renda, ao determinar sua isenção de todas as execuções pendentes e futuras, e, em favor dos montepios e pensões alimentícias (CC, art. 813 e parágrafo único; CPC, art. 649, I). Outrora, se a renda fosse constituída sobre imóvel, era um ônus real que gravava o prédio em todas as suas partes (CC de 1916, arts. 674, VI, 754 e 1.431), produzindo efeito desde o passamento do testador; porém, não valia contra terceiro adquirente do bem gravado, se não estivesse transcrita no registro imobiliário competente (CC de 1916, art. 753). Se houvesse o registro do ônus, o adquirente recebia o imóvel com a renda que o vinculava, devendo, então, pagar as rendas vencidas e por se vencerem (CC de 1916, arts. 677, 75, 753; Lei n. 6.015/73, art. 167, I, n.8). Pelo Novo Código Civil, a renda constituída sobre imóvel não mais pertence ao rol dos direitos reais. Se o legado for de quantidades certas, pagáveis em prestações periódicas, sem que o disponente tenha determinado desde quando se devam contar os períodos das prestações, o primeiro período datará da morte do testador, e o legatário terá direito a cada prestação, uma vez ancetado cada um dos períodos sucessivos, ainda que venha a falecer antes do termo (CC, art. 1.927). Entretanto, só se poderão exigir as prestações no termo de cada período, exceto se forem deixadas a título de alimentos, hipótese em que serão pagas no início de cada período, sempre que o contrário não disponha o testador (CC, art. 1.928 e parágrafo único).
- 5) **À escolha do legado**, visto que será nulo o legado de coisa indeterminada no gênero ou na espécie. Assim, o testador pode conferir ao herdeiro, ao próprio legatário ou a terceiro

a escolha do bem, quando, determinado pelo gênero ou pela espécie, existirem muitos no acervo hereditário, desde que se observem as seguintes regras: a) a escolha pertencerá ao herdeiro não só no silêncio do testamento, bem como em caso de legado alternativo, em que lhe compete optar entre duas coisas de espécies diferentes (CC, art. 1.932), salvo se outra coisa não dispuser o testador. O legado alternativo é aquele que tem por objeto um bem ou outro, entre os quais apenas um será entregue ao legatário. P.ex.: se o testador deixar a "A" o cavalo "X" ou a jóia "Y", o herdeiro escolherá uma dessas coisas; se somente uma delas existir ao tempo da abertura da sucessão, deverá ser entregue ao legatário a que subsistir (CC, art. 1.940); b) se a escolha competir ao herdeiro ou for deixada ao arbítrio de terceiro, este, ou aquele, deverá escolher o bem, determinado pelo gênero, guardando, porém, o meio-termo entre os congêneres da melhor e da pior qualidade (CC, arts. 1.929 e 1.930, 1^a parte), ou seja, dever-se-á entregar ao legatário coisa de valor médio, não estando obrigado a dar melhor nem podendo dar a pior. Se o terceiro não quiser ou não puder fazer a escolha, esta competirá ao juiz do inventário, que também guardará o meio-termo (CC, art. 1.930, 2^a); c) 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 espécie, o herdeiro dará ao legatário outra congênera, guardando o meio-termo entre as de melhor e pior qualidade (CC, arts. 1.931 e 1.915). Desse modo, se houver na herança uma só coisa da espécie legada, somente esta será dividida, sem que o herdeiro possa pretender dar outra, nem o legatário reclamá-la, exceto se o testador dispôs o contrário; d) se o herdeiro ou o legatário, a quem couber a opção, falecer antes de exercê-la, passará esse direito aos seus herdeiros (CC, art. 1.933).

- 6) **Aos riscos e às despesas com a entrega do legado**, que correrão por conta do legatário, se o disponente não estipulou expressamente o contrário, conforme o Código Civil, art. 1.936. Feita a entrega da coisa legada, o legatário assumirá todos os riscos oriundos de força maior ou caso fortuito; assim, se ela se deteriorar ou perecer, arcará com todas as conseqüências, salvo os casos de mora ou culpa da pessoa abrigada à entrega (CC, art. 399). O legatário deverá pagar o imposto de transmissão causa mortis, que não corre por conta da herança, salvo determinação diversa do testador, pois não seria justo que a herança fosse onerada, devendo sofrer incômodos aquele que teve vantagem com o ato testamentário. Se o testador deixar legado livre de imposto, transfere o encargo do legatário para os herdeiros, que receberão a herança com esse ônus. O legatário deverá suportar ainda gastos imprescindíveis, como guarda, depósito, transporte, sustento, selos etc., a não ser que o disponente tenha estabelecido o contrário. Quanto aos honorários advocatícios, não responderá por eles o legatário, pois são dívidas dos herdeiros (CPC, art. 25). Deveras, o legatário nada tem que ver com os honorários de advogado do espólio.
- 7) **À entrega da coisa legada**, já que pelo Código Civil, art. 1.937: "A coisa legada entregar-se-á, com seus acessórios, no lugar e estado em que se achava ao falecer o testador, passando ao legatário com todos os encargos que a onerarem". Dessa maneira, o legatário deverá receber o bem legado com todos os seus acessórios, isto é, com tudo o que deve segui-lo, como: os animais necessários à exploração de uma propriedade agrícola; os títulos e as chaves do prédio legado; o jardim de uma casa; os instrumentos de uma fábrica. O bem legado passa ao legatário com todos os encargos, ou seja, com os direitos reais (servidão, penhor, anticrese, hipoteca etc.) que o onerarem. Se o ônus deriva do auctor successionis, do herdeiro ou de outrem, o legatário receberá o bem legado gravado, mas sem a responsabilidade pessoal da dívida.
- 8) **À aceitação e à renúncia do legado**, pois é preciso lembrar que se adquire o legado sem aceitação; se o legatário finar depois do de cujus, mas antes de se pronunciar sobre a aceitação, o direito de aceitação ou não do legado transmite-se aos seus sucessores, uma vez que, apesar do direito ao legado nascer ipso iure (CC, art. 1.923, caput), o legatário não está obrigado a recebê-lo. O legatário pode renunciar à liberalidade por ser-lhe inconveniente sua aceitação, ante suas relações pessoais com o testador, os encargos, os impostos etc. Para tanto, basta que não o peça, e se for notificado, com o escoamento do prazo in albis haverá presunção de sua recusa. Uma vez feita a renúncia, esta será irrevogável, podendo ser retratada somente nas hipóteses de erro ou dolo. A renúncia do legatário terá de ser total, jamais poderá ser parcial; porém o herdeiro, a quem se deixaram legados, pode aceitá-los, renunciando à herança, ou aceitar a herança, repudiando os legados (CC, art. 1.808, § 1^o). Mas, se o legatário aceitar o legado e depois o

recusar, essa sua recusa importará em cessão, beneficiando aquele a quem o objeto vá enriquecer.

8. CADUCIDADE DOS LEGADOS

MARIA HELENA DINIZ⁴⁶- A caducidade do legado é a sua ineficácia em razão de causa superveniente à sua instituição. Havendo caducidade, o legado, embora feito validamente, perderá a razão de existir, por circunstância posterior à facção testamentária.

O Código Civil, art. 1.939, enumera os casos em que o legado caduca. São eles:

- 1) **MODIFICAÇÃO SUBSTANCIAL NO BEM LEGADO**, feita pelo próprio testador ou à sua ordem após o testamento, transformando-o em nova espécie, a ponto de já não ter a forma, nem lhe caber a denominação que tinha, visto que essa atitude revela seu intuito de cancelar a liberalidade anteriormente feita. Logo, não se invalidará o legado se a transformação for oriunda de caso fortuito ou força maior, ou de terceiro à revelia do testador, ou, ainda, se o testador lhe introduziu melhoramentos ou benfeitorias. P.ex.: se legou uma jarra de prata e depois a derreteu para fazer correntes e anéis, caduco estará o legado porque houve alteração substancial e não acidental, tirando do objeto sua forma anterior; mas se a jarra de prata se derreter em virtude de incêndio, prevalecerá a deixa.
- 2) **ALIENAÇÃO VOLUNTÁRIA DA COISA LEGADA**, por qualquer título (gratuito ou oneroso), no todo ou em parte, pelo testador, indicando a mudança de sua intenção a respeito do legado. Mesmo que a coisa legada volte ao patrimônio do disponente, em razão de nova aquisição, consumada estará a caducidade.

DIREITO DE ACRESCEER

WILSON DE OLIVEIRA⁴⁷ - Quando vários herdeiros, pela mesma disposição testamentária, forem conjuntamente chamados à herança em quinhões não determinados, e qualquer deles não puder ou não quiser aceitá-la, a sua parte acrescerá à dos co-herdeiros, salvo o direito substituto.

Tal direito competirá também aos co-legatários, quando nomeados conjuntamente a respeito de uma só coisa determinada e certa, ou quando o objeto do legado não puder ser dividido sem risco de desvalorização.

JOÃO TEODORO DA SILVA⁴⁸ - Cogita-se do direito de crescer entre co-herdeiros e co-legatários, quando eles, pela mesma disposição de um testamento, são conjuntamente chamados à sucessão em cotas-partes determinadas da herança ou em cotas-partes de uma só coisa determinada e certa (art. 1.710 CCiv).

O direito de crescer entre co-herdeiros e co-legatários está regulado nos arts. 1.710 a 1.716 do Código Civil, mas com tantas sutilezas e minúcias, especialmente nos arts. 1.712, 1.713, 1.715 e 1.716, que mais vale a pena o tabelião de notas, solicitado a redigir o testamento público, ou o advogado, encarregado de orientar a feitura de testamento cerrado ou particular, esforçar-se no objetivo de o documento conter estipulações expressas a respeito, após metucioso exame caso a caso, sempre que se tratar de disposições de última vontade em benefício de duas ou roais pessoas, a fim de se evitar, nas hipóteses de premorte, exclusão ou renúncia de beneficiário, divergência de interpretação entre direito de crescer, substituição testamentária e sucessão legítima de cota vaga, conflito que se verifica às vezes, por causa de omissão ou dubiedade nas disposições testamentárias.

MARIA HELENA DINIZ⁴⁹- Se o testador designar, no ato de última vontade, vários herdeiros ou legatários para receberem, coletivamente, a herança ou o legado, é mister interpretar sua vontade, verificando-se, na ausência de aceitação devida o falecimento antes da abertura da sucessão, renúncia da parte ideal ou exclusão da sucessão de um dos herdeiros ou legatários, a nomeação conjunta operará a transferência dos bens do de cujus para os sucessores de outra classe ou se o quinhão do faltoso beneficiará os demais co-herdeiros ou co-legatários; neste último caso, ter-se-á o direito de crescer. Se o disponente deixar todos os bens, ou parte deles, ou ainda uma determinada coisa a duas ou mais pessoas, caracterizando a parte de cada um dos herdeiros ou legatários, a morte, a renúncia ou a exclusão de um deles não irá beneficiar os demais co-herdeiros ou co-legatários; não haverá direito de crescer, de modo que a parte cabível ao finado, ao renunciante ou ao excluído será transmitida aos herdeiros legítimos do auctor successionis; todavia, se não houver determinação da porção de cada um dos co-herdeiros ou co-legatários, surgirá o direito de crescer. O direito de crescer consiste no direito do co-herdeiro ou co-legatário de receber o quinhão originário de outro co-herdeiro ou co-legatário, que não quis ou não pôde recebê-lo, desde que sejam, pela mesma disposição testamentária, conjuntamente chamados a receber a herança ou o legado em quotas não determinadas. Tem por fundamento a vontade presumida do testador, pois se este, na mesma disposição do testamento, nomear herdeiros para toda a herança, ou para uma quota -parte dela, leva a crer que pretendia instituir direito de crescer para os demais co-herdeiros ou co-legatários, se um deles viesse a faltar, apesar de não fazer menção, na cédula testamentária, a esse direito.

Permite-se que o beneficiário não exerça o direito de crescer, sem que haja necessidade de renunciar herança ou legado, se o acréscimo comportar encargos especiais impostos pelo testador; nesse caso, uma vez repudiado, reverte o acréscimo para a pessoa a favor de quem os encargos foram instituídos (CC, art. 1945).

9. VOCAÇÃO CONJUNTA DE HERDEIROS E LEGATÁRIOS

1.1 DIREITO DE ACRESCEER ENTRE CO-HERDEIROS

São estes os pressupostos, preconiza Orlando Gomes, do direito de crescer:

- a) Conjunção real ou mista;
- b) Falta de herdeiro ou legatário, instituído em disposição conjuntiva;
- c) Existência de co-herdeiros ou de co-legatários;
- d) Inexistência de substituto nomeado;

É o que se vê no art. 1.943 do Código Civil.

Observações:

Em nosso ordenamento jurídico surge tal direito:

- Quando morre um dos herdeiros instituídos antes do testador;
- Quando um dos herdeiros renuncia à herança;
- Quando qualquer um dos herdeiros é excluído por indignidade;
- Quando qualquer deles deixa de ser herdeiro, porque não se verificou a condição estabelecida;
- Quando não foi nomeado substituto do herdeiro.

Se não houver direito de acrescer, a parte com que foi aquinhoado o herdeiro transmite-se aos herdeiros legítimos desse.

Os co-herdeiros ou co-legatários, aos quais acresceu o quinhão daquele que não quis ou não pôde suceder, ficam sujeitos às obrigações ou encargos que o oneravam.

ntária para recolher o acervo hereditário ou porção dele.

MARIA HELENA DINIZ⁵⁰ Pode-se ter direito de acrescer:

1) Entre co-herdeiros (CC, art. 1.941), desde que se verifiquem os seguintes requisitos:

a) nomeação dos herdeiros na mesma cláusula testamentária para recolher o acervo hereditário ou porção dele.

Assim, havendo instituição distinta e não conjunta, não se terá o aumento das quotas dos co-herdeiros com a parte do herdeiro falecido ao mesmo tempo ou antes do testador, ou antes do implemento da condição suspensiva, do renunciante, do excluído da sucessão ou daquele que não cumprir a condição suspensiva que lhe foi imposta, salvo o direito do substituto à parte dos co-herdeiros conjuntos (CC, art. 1.943). Dessa forma, somente se não houver substituto designado pelo testador, o quinhão do herdeiro faltoso acrescer-se-á aos co-herdeiros conjuntos (CC, art. 1.941). Se não houver disposição conjunta, ou melhor, não se efetuar o direito de acrescer, a parte não recolhida pelo nomeado será transmitida ao herdeiro legítimo (CC, art. 1.944). É preciso lembrar que pelo Código Civil, art. 1.943, parágrafo único, os co-herdeiros que recebem a quota do que deixou de herdar, deverão sujeitar-se às obrigações e encargos que a oneravam, exceto se tiverem caráter personalíssimo. P. ex.: se o disponente deixar a "A" e a "B" a totalidade de sua fortuna com a condição de este, por ser um pintor famoso, fazer um retrato a óleo seu, e se "B" falecer antes do implemento da condição, "A" beneficiar-se-á com ao acréscimo da quota de "B", sem que esteja obrigado a cumprir o dever de "B", por ser estritamente pessoal; mas se o testador tivesse imposto a "B" o ônus de pagar o legado, com seu óbito e conseqüente exclusão da herança, "A" passaria a ter essa obrigação. Portanto, havendo acréscimo, aos beneficiários transmitem-se os ônus que acompanham as liberalidades, e não apenas as vantagens que deveriam caber ao herdeiro faltoso;

b) incidência na mesma herança, já que a deixa deve compreender os mesmos bens ou a mesma porção de bens;

c) ausência de determinação das quotas de cada um, pois, se houver quinhão hereditário determinado, não se terá direito de acrescer entre os co-herdeiros, transmitindo-se, então, aos herdeiros legítimos o quinhão vago do nomeado (CC, arts. 1.941 e 1.944).

1.2 DIREITO DE ACRESCEER ENTRE CO-LEGATÁRIOS

O direito de acrescer compete aos co-legatários, quando nomeados conjuntamente a respeito de uma só coisa, determinada e certa, ou quando o objeto do legado não puder ser dividido sem risco de desvalorização.

Quando os legatários, aos quais acresceu o quinhão daquele que não quis ou não pôde suceder, ficam sujeitos às obrigações e encargos que os oneravam.

Observações:

1^a - Os requisitos desse direito de acresce, enumera-os WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO:

- a) Que exista disposição testamentária conjunta em favor de dois ou mais legatários;
- b) Que a coisa legada seja uma só, detrmínada e certa, ou que não se possa dividir, sem risco de se deteriorar;

c) Que um dos co-legatários venha a faltar, em virtude de renúncia, exclusão, premoriência ou incapacidade;

2^a - Os encargos que forem pessoais não passam aos demais co-legatários que tiveram o direito de acrescer.

3^a - Não existindo o direito de acrescer entre os co-legatários, a quota do que faltar acresce ao herdeiro ou ao legatário incumbido de satisfazer esse legado, ou a todos os herdeiros, na proporção dos seus quinhões, se o legado se deduziu da herança.

MARIA HELENA DINIZ⁵¹ - Entre co-legatários:

a) se forem nomeados coconjuntamente;

b) o legado recair em uma só coisa determinada e certa ou quando esta for indivisível, isto é, quando não puder ser dividida sem o risco de se deteriorar ou desvalorizar (CC, art. 1.942). P. ex.: se o testador legar a "A", "B" e "C" a casa "X" sem designar a parte de cada um, sem especificar que quota é de cada um. Se "A" renunciar, falecer, for excluído da sucessão, ou se a condição sob a qual foi nomeado não se realizar, sua parte acrecerá, salvo direito do substituto, à quota dos co-legatários (CC, art. 1.943), que ficarão sujeitos às obrigações e encargos que a oneravam (CC, art. 1.943, parágrafo único);

c) um deles vier a faltar, em razão de premoriência, renúncia, exclusão; desde que o testador não lhe tenha dado substituto, sua quota será acrescida à dos remanescentes, sujeita, convém repetir, aos mesmos ônus que a gravavam. Não havendo direito de acrescer entre co-legatários, a parte do faltoso acresce à do herdeiro ou legatário designado para cumprir esse legado, ou a todos os herdeiros em proporção dos seus quinhões, se o legado se deduziu da herança (CC, art. 1.944, parágrafo único). Como em nosso direito está prevista a possibilidade de legado de usufruto (CC, art. 1.921) em que o beneficiário recebe o direito de usar e gozar do bem alheio, por certo tempo ou vitaliciamente, se for legado um só usufruto conjuntamente a duas ou mais pessoas, a parte da que faltar acresce aos co-legatários (CC, art. 1.946). Se, porém, não houve conjunção entre estes, ou se, apesar de conjuntos, só lhes foi legada certa parte do usufruto, as quotas dos que faltarem consolidar-se-ão na propriedade, à medida em que eles forem faltando (CC, art. 1.946, parágrafo único). Só haverá, portanto, direito de acrescer, em caso de premoriência, renúncia, exclusão de um dos co-legatários ou usufrutuários, se existir disposição conjunta de usufruto, sem distribuição de quinhões entre eles. Assim, se o testador não faz disposição conjunta, isto é, se o usufruto for legado em partes certas, apesar de conjuntos os co-legatários, se um deles vier a faltar, não se terá acréscimo, porém consolidação da propriedade, e assim sucessivamente, até que haja extinção desse direito real, de tal modo que o nu-proprietário irá, paulatinamente, recebendo o uso e o gozo do bem.

10. FUNDAMENTO DO DIREITO DE ACRESCEM

Para diversos autores o direito de acrescer tem por fundamento a vontade presumida do testador. Ao chamar conjuntamente dois ou mais indivíduos, preleciona Orlando Gomes, é de se supor que o testador quis o que a lei presume, pois do contrário teria designado substituto, cujo direito é, sem dúvida, a vontade do testador.

11. ESPÉCIES

São três as espécies de constituição conjunta: *re tantum* (conjunção real); *re et verbis* (conjunção mista); *verbis tantum* (conjunção verbal).

Na primeira espécie a mesma coisa era deixada, em mais de uma disposição testamentária, a mais de uma pessoa.

Na segunda espécie a mesma coisa era deixada, na mesma disposição testamentária, mais de uma pessoa. Na terceira espécie a mesma coisa era deixada, na mesma disposição testamentária, a mais de uma pessoa, com partes certas e definidas para cada uma.

Em nosso direito positivo, o direito de acrescer existe nas duas primeiras espécies.

12. DIREITO DE ACRESCEM NO LEGADO DE USUFRUTO

Legado um só usufruto conjuntamente a duas ou mais pessoas, a parte da que faltar acresce aos co-legatários.

Se não houver conjunção entre os co-legatários, ou se, apesar de conjuntos, só lhes foi legada uma parte do usufruto, consolidar-se-ão na propriedade as quotas dos que faltarem, à medida que eles forem faltando.

- Constituído o usufruto em favor de duas ou mais pessoas, extinguir-se-á a parte em relação a cada uma das que falecerem, salvo se, por estipulação expressa, o quinhão desses couber ao sobrevivente.
- Como o usufruto não se transmite por herança, quando falecem os usufrutuários, deve o nu-proprietário providenciar o cancelamento no registro de Imóveis, caso o usufruto tenha recaído sobre bens de raiz. Não há necessidade de inventário, desde que o usufrutuário não tenha deixado bens.
- Podem os pais, quando fizerem partilha em vida, com reserva de usufruto, estipular o direito de acrescer para o doador sobrevivente. Pensamos ser isso possível, pois, em verdade, os donatários aceitam as condições impostas.
- Falecido um dos nus-proprietários, transmite-se a nua-propriedade aos seus sucessores, em nada afetando o direito dos usufrutuários.

13. DESTINO DA QUOTA DO LEGATÁRIO QUE FALTAR QUANDO NÃO HÁ O DIREITO DE ACRESCEM ENTRE OS CO-LEGATÁRIOS

Em conformidade com o preceito legal, tal quota pode ter dois destinos:

- 1) Acrescerá ao herdeiro ou legatário incumbido de satisfazer esse legado.
- 2) Acrescerá a todos os herdeiros, na proporção dos seus quinhões, se o legado se deduziu da herança.

14. BENEFICIÁRIO DO ACRÉSCIMO: O QUE NÃO PODE FAZER

Não pode o beneficiário do acréscimo repudiá-lo separadamente da herança ou legado que lhe caiba, salvo se acréscimo comportar encargos especiais impostos pelo testador; nesse caso, uma vez repudiado, reverte o acréscimo para a pessoa a favor de quem os encargos foram instituídos.

- ¹ PACHECO, José da Silva. Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 281 e segs.
- ² FÁRIA, Mário Roberto Carvalho de. *Direito das Sucessões: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 157.
- ³ PACHECO, José da Silva. Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 281.
- ⁴ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil – Direito de Família e das Sucessões*. vol. 5, 4.ed.. São Paulo: RT, 2006, p. 513.
- ⁵ PACHECO, José da Silva. Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 281 e segs.
- ⁶ PACHECO, José da Silva. Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 281 e segs.
- ⁷ PACHECO, José da Silva. Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 281 e segs.
- ⁸ PACHECO, José da Silva. **in Informativo, ADV-COAD, Boletim Semanal 02/2004**. http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Jose_da_Silva_pacheco/Legitimidade_herdeiros.pdf, acesso em 7 nov. 2008.
- ⁹ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil – Direito de Família e das Sucessões*. vol. 5, 4.ed.. São Paulo: RT, 2006, p. 515.
- ¹⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro - Direito de Família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 138.
- ¹¹ SAFRAIDER, Aldo. *Inventário, partilhas e testamentos*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 142.
- ¹² LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil – Direito de Família e das Sucessões*. vol. 5, 4.ed.. São Paulo: RT, 2006, p. 531.
- ¹³ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro - Direito de Família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 154.
- ¹⁴ LEITE, Carlos Kennedy da Costa. Considerações sobre a sucessão testamentária no Novo Código Civil. (Disponível em : <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto/>). Acesso em : 06/10/2006.
- ¹⁵ VELOSO, Zeno. Testamentos, de acordo com a constituição de 1988. Belém: CJUP, 1993, p.209.
- ¹⁶ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil – Direito de Família e das Sucessões*. vol. 5, 4.ed.. São Paulo: RT, 2006, p. 531.
- ¹⁷ OLIVEIRA, Wilson de. *Sucessões: teoria, prática e jurisprudência*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 103.
- ¹⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro - Direito de Família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 162.
- ¹⁹ GRACIOTO, Daniela Dias. *O testamento particlar no Código Civil*. (disponível em : http://www.professorsimao.com.br/artigos_alunos, acesso em :06/10/2006).
- ²⁰ PACHECO, José da Silva. *Do testamento conjuntivo, simultâneo, recíproco ou co-repsectivo perante o Novo Código Civil*. COAD/ADV Informativo Semanal 51/2003, p. 778.
- ²¹ PACHECO, José da Silva. *Do testamento conjuntivo, simultâneo, recíproco ou co-repsectivo perante o Novo Código Civil*. COAD/ADV Informativo Semanal 51/2003, p. 776.
- ²² LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil – Direito de Família e das Sucessões*. vol. 5, 4.ed.. São Paulo: RT, 2006, p. 524.
- ²³ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro - Direito de Família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 171.
- ²⁴ OLIVEIRA, Milton. Testamento, inventário e partilha. São Paulo: LTR, 2005.2.ed., p.71.
- ²⁵ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil – Direito de Família e das Sucessões*. vol. 5, 4.ed.. São Paulo: RT, 2006, p. 545.
- ²⁶ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 271-283.
- ²⁷ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 271-283.
- ²⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 2 ed., vol. VII. São Paulo: Atlas, 2002, p. 315.
- ²⁹ OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventários e partilhas*. 16ª ed. São Paulo: 2003, p.262.
- ³⁰ GHIARONI, Regina. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: 2004, p. 129-134.
- ³¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil, vol. 20*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 258.
- ³² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil, vol. XXI*. Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 268.
- ³³ GHIARONI, Regina. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: 2004, p. 129-134.
- ³⁴ GHIARONI, Regina. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: 2004, p. 129-134.
- ³⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil, vol. 20*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 258.
- ³⁶ PACHECO, José da Silva. Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 281 e segs.
- ³⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro - Direito de Família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 232.
- ³⁸ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro - Direito de Família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 232.
- ³⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro - Direito de Família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 232.
- ⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro - Direito de Família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 235.
- ⁴¹ PACHECO, José da Silva. Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.388.
- ⁴² DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro - Direito de Família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 237.
- ⁴³ AMORIM, Sebastião. OLIVEIRA, Euclides de. *Inventários e Partilhas – Direito das sucessões – Teoria e Prática – Antes e depois do Novo Código Civil*. 16 ed., São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2003, p. 269.
- ⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro - Direito de Família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 238.

- ⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro - Direito de Família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 246.
- ⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro - Direito de Família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 253.
- ⁴⁷ OLIVEIRA, Wilson de. *Sucessões, teoria, prática e jurisprudência*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 149.
- ⁴⁸ SILVA, João Teodoro da. *Sucessão Testamentária e Registro Central de Testamentos*. Belo Horizonte: Oficina Mineira de Edições Limitada, 1999, p. 22
- ⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro - Direito de Família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 258.
- ⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro - Direito de Família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 260.
- ⁵¹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro - Direito de Família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 260.