

ENSAIO SOBRE ARBITRAGEM TESTAMENTÁRIA NO BRASIL COM PARADIGMA NO DIREITO ESPANHOL

*por Francisco José Cahali*¹

Artigo Publicado na *Revista de Mediação e Arbitragem* n. 17, Ano 5, abril-junho de 2008,
Coord. Prof. Arnaldo Wald, Ed. Revista dos
Tribunais, p. 54.

Na literatura nacional, desconhecemos estudo aprofundado quanto à possibilidade de se estabelecer, por testamento, convenção arbitral para solucionar conflitos entre sucessores, quer com relação à partilha – divisão do patrimônio propriamente dita, quer relativamente à administração da herança ou dos bens herdados.

Até mesmo se inexistentes herdeiros necessários, onde sabidamente há expressiva liberdade em testar, nada foi destrinchado a respeito da arbitragem testamentária nas obras clássicas sobre a matéria, embora longe de ser exaustiva a pesquisa por nós realizada.

Porém, por algumas vezes, em debates entre mestrandos e doutorandos, na PUC-SP e na FADISP, bem como em diálogos com estudiosos participantes de congressos e eventos, principalmente promovidos pelo IBDFAM, tivemos a oportunidade de lançar ao debate esta questão: *possibilidade de se estabelecer convenção arbitral em cláusula testamentária*.

E tudo mais ficou palpitante, ao tomarmos conhecimento mais atento, aos termos do testamento deixado por Alberto Santos Dummont, no qual consta intrigante (no plano jurídico), disposição; vejamos:

¹ Advogado e Consultor Jurídico em São Paulo, Mestre e Doutor pela PUC/SP, onde leciona em graduação e no programa de pós-graduação as disciplinas de Direito de Família, Sucessões e Arbitragem; Coordenador do Conselho Consultivo do IBDFAM., membro do Conselho do CONIMA e do CAESP.

... d) tendo sido doada ao testador pela Nação a propriedade onde elle nasceu, situada em João Ayres (Cabangú) Estado de Minas é de seu desejo que tal propriedade seja restituída à mesma doadora: A Nação Brasileira. e) quantos aos bens taes como moveis, objectos de uso, de arte e homenagens do testador, ficará a cargo do inventariante e testamenteiro do espólio dispor delles da melhor forma que entender e a quem deixa instrucções verbaes. f) é desejo do testador que seja acceito rigorosamente por todos os contemplados, as disposições contidas neste testamento e que sobre ellas não se levantem quaesquer duvidas, sob a pena constante da clausula seguinte. G) Nomeia seu inventariante e testamenteiro a seu sobrinho Arnaldo Dummont Villares que em vida foi seu procurador em substituição a seu fallecido par Guilherme e a que delega por este testamento poderes completos para executar e fazer cumprir este testamento, resolvendo como entender as duvidas que delle surgirem (surgirem) e com o encargo e poderes expressos para excluir irrevogavelmente do benefício deste testamento qualquer aquinhado que pretenda questional-o.

Arnaldo Dummont Villares seria um árbitro para partilhar alguns dos bens deixados, tendo para tanto recebido instrucções verbais ? seria um árbitro para decidir sobre as dúvidas eventualmente surgidas na interpretação do testamento ? teria poderes para, como árbitro, julgar o comportamento dos herdeiros instituídos que questionarem o testamento ? ² Fato é que Santos Dummont instituiu terceiro com poderes para decidir questões relativas à sua herança.

E assim, nossa reflexão sobre o tema – *Arbitragem Testamentária* passou a ser constante.

² Não se olvide dos demais questionamentos jurídicas possíveis a propósito dos termos os do testamento, como, p.ex., a indicação de terceiro para dispor de bens do falecido, aparentemente outorgando-lhe poderes inclusive para instituir herdeiro (cláusula vedada pelo art. 1900, II e IV do Código Civil, salvo se verificada a situação prevista no art. 1901 do mesmo Código), ou a indicação de terceiro com poderes para excluir aquinhado; etc..

Agora em Salamanca ³, qual não foi nossa surpresa em verificar que a Lei Espanhola de Arbitragem, uma das mais modernas sobre o Instituto, (Ley 60/2003), tem regra expressa a respeito:

“Artículo 10. Arbitraje testamentario.

También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia.”

Neste ambiente, ainda em nossa instância de investigação, foi inevitável traçar algumas linhas sobre a questão, longe de se pretender criar doutrina ou paradigmas, mas apenas buscando, com este nosso primeiro e despretensioso escrito, instigar novos estudiosos para desenvolver o tema, ou, quem sabe, provocar modificações legislativas proveitosas ao rendimento da maior arbitragem no Brasil em questões desta natureza.

. A arbitragem testamentária na Espanha

Na Espanha o tema não é novo. Ausente previsão no Código Civil e na Legislação processual, já no início do Século XX (1.918) encontravam-se precedentes no *Tribunal Supremo* e Resoluções da *Dirección General de Los Registros y del Notariado*, debatendo a respeito da arbitragem testamentária, na busca de sua identificação e regime jurídico.

Assim é que a *Ley de Arbitraje de Derecho Privado* de 22 de dezembro de 1953, em seu artigo 5º fez previsão expressa da arbitragem estabelecida por disposição testamentária.

Seguiu-se, então, outra Lei de Arbitragem (Ley 36/1988), de 5 de dezembro de 1988, estabelecendo em seu artigo 7 a possibilidade de se determinar a arbitragem em disposições de última vontade.

³ Este artigo foi escrito quando de nossa estada em Salamanca, por 3 semanas em fevereiro de 2008, como Professor Convidado para um período de investigação em Arbitragem, pelo que, inclusive, pede-se vênua para deixar de citar-se consagrados autores brasileiros que escrevem sobre o direito sucessório e o direito arbitral, por indisponibilidade das fontes, mas como já referido, não se pretendeu escrever um trabalho acadêmico, mas apenas registrar uma reflexão sobre o tema.

E, atualmente, vigora a Lei 60/2003, cujo artigo 10 acima citado, prevê a arbitragem testamentária.

Na doutrina pertinente ao tema, bastará a referência ao primoroso livro *“El Arbitraje Testamentario”* de CARMEM GARCÍA PÉREZ⁴, originado de sua Tese de Doutorado pela *Facultad de Derecho de Murcia*, que, ao longo de suas 460 páginas, com profundidade analisa a questão, para se notar a seriedade do debate jurídico entre Doutrinadores sobre a arbitragem testamentária.

E mesmo desenvolvida a obra sob a égide da legislação revogada (Lei 36/1988), mantida, no particular em estudo a essência do instituto, as referências aqui feitas a este livro e a outros trabalhos anteriores, são apenas naquilo em que não há diferença na nova lei.

Façamos um vôo panorâmico sobre a arbitragem testamentária na Espanha para, então, daí buscar extrair rendimentos ao instituto em nosso sistema jurídico.

Primeiramente, diz-se excepcional a arbitragem testamentária, e assim, aliás, a ela se referia a própria legislação revogada (de 1988). Esta qualidade lhe é atribuída pelo fato de que a modalidade de solução da eventual controvérsia é imposta por um terceiro – o *testador*, e não voluntariamente contratada pelos interessados, ou seja, o juízo arbitral aparece não pelo exercício da autonomia da vontade dos herdeiros – cânone da arbitragem, mas pela determinação do então titular do patrimônio.

Daí porque ter escrito LORCA NAVARRETE: “El carácter ‘excepcional’ no ha sido atribuido a la circunstancia de que se regule un tipo de arbitraje como el testamentario cuya ‘singularidad’ se justificaría en el objeto sobre el que recae. La ‘excepcionalidad’ de este tipo de arbitraje proviene de que no se instituye mediante convenio arbitral suscrito por las partes (ambas partes), que exprese la voluntad inequívoca de ambas partes de someterse al arbitraje. En el arbitraje testamentario – y he aquí su excepcionalidad – no requiere la previa formalización de un convenio arbitral, de amplia base negocial de carácter bilateral. La ‘excepcionalidad’ proviene de que se aparta del régimen general y común de la LA, que requiere la existencia de un

⁴ Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1.999.

convenio arbitral para que el arbitraje pueda formalizarse” ... “El arbitraje testamentario se sustenta en la voluntad unilateral del testador.”⁵

Aliás, por conta desta exceção, CORDÓN MORENO chega a classificar a arbitragem também quanto à origem: “Por su origen cabe distinguir un arbitraje contractual, que será a normal, y un arbitraje testamentario, instituido por el causante. ... La particularidad del arbitraje testamentario, tradicional en nuestro Derecho y que la Ley toma del artículo 7 de la precedente Ley de 1988, radica en que el origen del mismo no es un convenio, sino la voluntad exclusiva del testador, y su fundamento hay que buscarlo en la facultad que se le reconoce de excluir la vía judicial para la división de la herencia (cfr. Art. 782 LEC).”⁶

Realmente, esta é uma particularidade da arbitragem testamentária: diferentemente da convenção firmada pelas partes no exercício da autonomia da vontade privada, o juízo arbitral aqui é determinado por terceiro – o *testador*, que será estranho ao futuro conflito.

Esta situação excepcional terá relevância ao se analisar a viabilidade do instituto em nosso ordenamento jurídico, pela inexistência de sua previsão ao lado da expressa exigência de voluntária manifestação favorável à convenção arbitral. E assim, em momento oportuno será retomada a questão.

Como no Brasil, o testamento na Espanha é instrumento indispensável para se determinar as disposições de última vontade. E também há a categoria dos herdeiros necessários, com direito à legítima.

São herdeiros necessário, chamados de *forzosos*, os descendentes, os ascendentes e os viúvos, diferenciando-se, porém, a legítima de cada qual⁷. Assim, a parcela disponível é variável.

⁵ Antônio Maria Lorca Navarrete e Carlos Alberto Matheus López, “Tratado de Derecho de Arbitraje”, 6ª. Ed., Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVDP), San Sebastián, 2003, p. 677.

⁶ Faustino Cordón Moreno, “El Arbitraje de Derecho Privado (Estúdio breve de la Ley 60/2003 de diciembre, de Arbitraje)” Thomson Civitas, Navarra, 2005, p. 79-80.

⁷ “**Art. 807:** Son herederos forzosos: 1º. Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. 2º. A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. 3º. El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código.

Art. 808: Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre. Sin embargo, podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. La tercera parte restante será de libre disposición.

Permite a Lei a arbitragem testamentária para solucionar conflitos entre herdeiros facultativos e legatários; daí surge uma primeira questão: é a qualidade do sucessor ou o parcela da herança a ele destinada que deve ser verificada? Ou seja, sendo um herdeiro necessário, também aquinhoado com parte do disponível, sobre esta parcela pode ser estabelecida a arbitragem?

Muito se discutiu a questão: pela interpretação literal do dispositivo, haverá restrição à cláusula pela só qualidade do sucessor.

Porém, a doutrina majoritária acabou por admitir a arbitragem testamentária estabelecida a sucessores necessários, desde que restrita a previsão exclusivamente à parcela disponível do acervo hereditário.

Art. 809: Constituye la legítima de los padres o ascendientes la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes, salvo el caso en que concurrieren con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia.

Art. 810: La legítima reservada a los padres se dividirá entre los dos por partes iguales; si uno de ellos hubiere muerto, recaerá toda en el sobreviviente. Cuando el testador no deje padre ni madre, pero sí ascendientes, en igual grado, de las líneas paterna y materna, se dividirá la herencia por mitad entre ambas líneas. Si los ascendientes fueren de grado diferente, corresponderá por entero a los más próximos de una u otra línea.

Art. 811: El ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden.

Art. 812: Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió.

Art. 813: El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley. Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo.

Art. 834: El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.

Art. 835: Cuando estuvieren los cónyuges separados en virtud de demanda, se esperará al resultado del pleito. Si entre los cónyuges separados hubiere mediado perdón o reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos.

Art. 837: No existiendo descendientes, pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia. Igual extensión tendrá el usufructo cuando los únicos herederos forzosos que concurren con el viudo o viuda sean hijos sólo de su consorte concebidos constante el matrimonio de ambos. La cuota usufructuaria recaerá en este caso sobre el tercio de mejora, gravando el resto el tercio de libre disposición.

Art. 838: No existiendo descendientes ni ascendientes el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de los dos tercios de la herencia.

Art. 839: Los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial. Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge.

Art. 840: Cuando se esté en el caso previsto por el párrafo segundo del artículo 837, el cónyuge podrá exigir que el usufructo que grave la parte que reciban los hijos le sea satisfecho, a elección de éstos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios.

Assim, se um filho também é legatário, e respeitada a sua legítima, incide o legado na parcela disponível, embora integre o descendente a categoria de herdeiro necessário, sobre a deixa a ele instituída poderá haver arbitragem testamentária; neste sentido, escreve VIRGILI SORRIBES: "hasta cubierta la cuota legitimaria tendrá los derechos y obligaciones del legitimario, y dejada a salvo la porción que la Ley reserva, tenderá los derechos y obligaciones del heredero voluntario".⁸

Porém, quando o sucessor legítimo é instituído herdeiro do disponível, não legatário, ter-se-á delicado problema prático, consistente em se identificar na herança qual parcela pode ter eventual conflito submetido à arbitragem; a respeito, muito bem esclarece CARMEM GARCÍA PEREZ: "Aunque en la práctica será difícil determinar en qué parte de los biens del causante tiene un sujeto la condición de legitimario o, sencillamente, se trata de un bien que le ha sido asignado por el tercio de libre disposición⁹ (debido a que cuando se lleva a cabo la división y adjudicación de patrimonio del causante no se suelen hacer este tipo de distinciones¹⁰), no obstante, nada impide que se el testador incluye el arbitraje como medio de resolver los litigios en esta parte de su herencia y sobre la cual tiene libre disponibilidad, aún los legitimarios, que en esta parte no lo son, quedarían sometidos al mismo, obligando a que el cuaderno particional especifique lo que corresponde a cada uno por legítima, por mejora en el caso de así haberlo dispuesto el causante y por el tercio libro."

11

A arbitragem testamentária é uma cláusula em que o testador impõe a seus sucessores facultativos a obrigação de que suas controvérsias sejam postas a conhecimento de um árbitro por ele designado ou a ser definido

⁸ "Herederos forzosos y heredero voluntario, su condición jurídica", in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 1945, p. 490, citado por CARMEN GARCÍA PÉREZ, ob. cit., p. 374; que acrescenta: "... acaso em la parte que al testador se le otorga la posibilidad de disponer libremente, si se suscitase alguna contienda, también ellos podrían encontrarse sujetos a la disposición arbitral".

⁹ O terço de livre disposição, para nós, é a quota disponível, pois na Espanha, a parcela legítima é variável, conforme noticiado na nota 6 acima.

¹⁰ Nota da Autora: "Cabría preguntarse si sería aplicable a este caso el supuesto del artículo 2 b) LA. esto es, si se trata en este supuesto de una materia inseparablemente unida a otra sobre la que el testador no puede disponer. Se podría diferenciar lo que corresponde a cada uno por cada uno de los tercios; aunque, en la práctica cuando se impugna, por ejemplo, la partición por un legitimario al afectar a la totalidad de la misma, resultará complicado separar unas cuestiones de otras, por lo que posiblemente cabría aplicar el art. 2 b) de la Ley de Arbitraje."

¹¹ Ob. Cit. P. 374-375, trazendo, porém a Autora posição divergente à sua, com base na interpretação literal do dispositivo (p.366)

segundo a Lei de Arbitragem, tudo no pressuposto de aparecerem litígios, caso contrário, não se instaura o procedimento arbitral.

A cláusula tem efeito vinculante aos herdeiros instituídos que não poderão submeter seus conflitos ao judiciários, assim, não está ao arbítrio dos sucessores aceitar ou recusar a arbitragem; recolhendo a herança a eles destinada, submete-se à condição imposta no testamento

Quanto ao objeto da arbitragem, a Lei faz a delimitação: "diferencias" "por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia".

Ao termo *diferencias* se empresta maior amplitude que controvérsias ou conflitos, abrangendo, também, a questões relativas à interpretação das disposições.

Neste sentido, CORDÓN MORENO: "Resalta en este arbitraje la ampliación del objeto, ya que el precepto habla de 'diferencias' y no de 'controversias', como el art. 2.1. Considero que aquél es un término más amplio, por lo que debe entenderse que ha sido voluntad del legislador extender el arbitraje testamentario no sólo a los conflictos en sentido estricto, sino también a interpretación de las disposiciones testamentarias, otorgando a la resolución sobre esa materia la eficacia propia del laudo."¹²

Assim, conflitos quanto à partilha, quanto à liquidação da herança, as impugnações e até alegações de invalidade da divisão entre os herdeiros instituídos deverão ser solucionados pelo juízo arbitral.

Da mesma forma, na amplitude reconhecida, mesmo as questões relacionadas às condições e termos estabelecidos no testamento, e as circunstâncias em que determinados herdeiros devam suceder (ex. em razão da verificação do implemento de uma condição essencial a adquirir o direito sucessório)¹³, estão submetidas à arbitragem, desde que relacionadas exclusivamente àqueles sucessores sobre os quais se impôs a arbitragem.

Quanto à administração da herança, atos de gestão, atos necessários à conservação, defesa, obtenção de frutos, até se levar a cabo a

¹² Ob. Cit., p. 80

¹³ Assim, admite-se o juízo arbitral para resolver diferenças entre os sucessores a respeito do direito de um deles suceder ou não, como escreve CARMEN GARCÍA PÉREZ: "El árbitro decidiría pues, si efectivamente se han dado las condiciones y circunstancias requeridas por el causante par que el sucesor tengan derecho a suceder", ob. cit., p. 338.

liquidação da herança instaurada controvérsia, serão avaliados pelo árbitro; por exemplo, a verificação se um ato ou gestão é danosa, traz prejuízo ao espólio ou herdeiros, se atende ao interesse da maioria dos sucessores, ou inclusive se a má-gestão pode vulnerar a vontade do testador, tudo se contém no objeto da arbitragem testamentária.

Realizada a administração por terceiros, o conflito com este não será obrigatoriamente arbitral, mas a escolha deste pelo herdeiro gravado, pode ser questionada e revista perante o juízo arbitral.

Cabe observar que tanto as questões atuais (no curso do inventário) como futuras, se contém no objeto da arbitragem. Desta forma, mesmo após efetivada a partilha, as controvérsias entre os sucessores, relativamente àquele patrimônio gravado, quanto à administração se em condomínio, e até mesmo para divisão, se permitida, serão submetidas à arbitragem.

Resta excluída, porém, a possibilidade de se inovar a vocação sucessória por este procedimento.

E assim, trazendo precedente, escreve CORDÓN MORENO: "En cualquier caso, me parece que le objeto de las diferencias está delimitado con claridad (las relativas a la 'distribución' o 'administración' de la herencia), por lo que no cabe extenderlas a las cuestiones relativas a la ordenación de la sucesión hereditaria (cfr. STS de 23 de octubre de 1992, RJ 8280)."¹⁴

Importante: pela natureza da arbitragem, a partilha (divisão da herança) não pode ser encomendada diretamente a um árbitro, posto que esta não é a sua função. O árbitro tem a atribuição de resolver conflitos, de solucionar controvérsias, como juiz de fato e de direito com competência para decidir litígios a ele submetidos. O juízo arbitral equivale a um procedimento contencioso de jurisdição, como um meio paralelo de jurisdição ordinária para solução de lides.

Inclusive, do ambiente arbitral são retiradas as providências relativas a jurisdição voluntária, como para efetivação de provimentos cautelares e executórios, pois estas atribuições são reservadas ao judiciário.¹⁵

¹⁴ Ob. cit., p. 80

¹⁵ Cf. CARMEN GARCÍA PÉREZ, ob. cit., p. 95.

Estabelecida a arbitragem testamentária, pode-se desde então promover-se a nomeação do árbitro ou deixar-se para sua indicação segundo o procedimento legal (com ou sem especificação de instituição arbitral). Porém, instauração do procedimento arbitral, com a aceitação do árbitro, não se deverá prestar antes do falecimento, nem mesmo quando da abertura da sucessão, mas apenas quando nascido o conflito, e levado ao conhecimento do árbitro a controvérsia.

O árbitro, pois, não se presta a atuar como terceiro nomeado a promover a partilha, mas sim como *pretor* diante dos conflitos entre sucessores instituídos nascidos das divergências quanto à divisão e administração da herança.

Chama-se a atenção a esta questão especialmente porque na Espanha há a interessantíssima figura jurídica do contador-partidor instituído sem paridade em nosso ordenamento ¹⁶.

Pois bem:

Por ato *inter vivos* ou de última vontade, pode-se nomear um terceiro com a finalidade exclusiva de promover a partilha dos bens após a morte do instituidor. Neste contador-partidor, que não pode ser um dos co-herdeiros, deposita-se a confiança para a seu critério, ou segundo instruções do instituidor, promover a divisão da herança, com a presunção de que agirá com acerto ¹⁷.

¹⁶ · **Art. 1.057** : El testador podrá encomendar por acto "inter vivos" o "mortis causa" para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos. No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Juez, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece para la designación de Peritos. La partición así realizada requerirá aprobación judicial, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios. Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sometido a patria potestad o tutela, o a curatela por prodigalidad o por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas; pero el contador partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas." Merece observar que até mesmo existindo menores, se devidamente representados, admite-se a partilha pelo terceiro nomeado, e assim também o **Art. 1.060**: "Cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial. El defensor judicial designado para representar a un menor o incapacitado en una partición, deberá obtener la aprobación del Juez, si éste no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento".

¹⁷ Ao partidor é facultado impor seu critério de divisão seguindo as diretrizes do testamento levando a cabo a divisão e distribuição sem necessidade de consentimento dos herdeiros, podendo ser impugnada se em desacordo com a lei ou testamento. E esta faculdade aplica-se a qualquer condição de herdeiros – inclusive legítimos, cf. CARMEN GARCÍA PÉREZ, ob. cit., p. 83.

Parte da doutrina e jurisprudência espanhola, considera este nomeado "como si de un mandatario del testador se tratase, de forma que lo actuado por éste equivale a la que pudiese haber realizado aquél"¹⁸

E na amplitude de suas atribuições, terá o encargo e missão de realizar todas as providências necessárias à liquidação e distribuição da herança, buscando sempre a maior equidade entre os sucessores, e as soluções que atendam aos interesses de todos, com o objetivo, inclusive, de prevenir litígios idealizando a paz familiar.

O testador, assim, se socorre deste terceiro para promover as diferentes operações direcionadas à efetivação da partilha da herança, afastando a jurisdição para tanto, na medida em que o resultado de seu ofício se impõe às partes.

Marcadas, então, as distinções entre o árbitro e o contador-partidor nomeado por testamento, e a atividade realizada é que nos permitirá falar com propriedade de arbitragem ou de mera integração de um negócio jurídico incompleto.¹⁹

Sem dúvida, ao lado da arbitragem testamentária, a previsão legal do contador-partidor nomeado é um ótimo exemplo a ser por nós seguido.

E concluindo esta rápida e superficial apresentação da arbitragem testamentária na Espanha, tema rico em debates, como já noticiado, lembramos que, evidentemente, além das causas que podem vulnerar a própria instituição da cláusula, igualmente os vícios do testamento que venham a lhe impor a nulidade, ou a ineficácia, revogação e caducidade das disposições de última vontade, em regra, comprometem a previsão do juízo arbitral.

. A arbitragem testamentária no Brasil – uma perspectiva

¹⁸ Cf. CARMEN GARCÍA PÉREZ, ob. cit., p. 79.

¹⁹ E assim, inclusive copiosa jurisprudência e a doutrina consideram distinto os procedimentos para a atuação do contador-partidor, e para a instauração da arbitragem; cf. CARMEN GARCÍA PÉREZ, ob. cit., p. 87.

O Código Civil e a Lei 9.307/96 nada falam a respeito da arbitragem testamentária. Assim, o primeiro desafio é sustentar a sua viabilidade diante do vazio normativo.

Estamos inclinados a admitir a arbitragem testamentária em nosso sistema normativo, com os contornos similares àqueles previstos na Espanha.

Inexistente previsão há de se verificar se existe restrição para a arbitragem assim determinada.

Pelo direito sucessório, respeitada a legítima, é facultado ao testador impor condições ou encargos a serem cumpridos pelos herdeiros instituídos e legatários (CC, arts. 1.897 e 1.938) ²⁰. Ao beneficiário, resta submeter-se à restrição ou renunciar à herança.

Extraí-se do regime jurídico da arbitragem espanhola, que a arbitragem testamentária representa um encargo ao sucessor. O gravado com ela, resta juridicamente obrigado a ter determinada conduta em caso de litígio, ou seja, a imposição obriga o cumprimento pelo beneficiário.²¹

Possível onerar-se bens da herança, necessário verificar eventual ilicitude da restrição. Daí, então, vamos à Lei 9.307/96 buscar algum impedimento à instituição da arbitragem por disposição de última vontade.

E então nos deparamos com a seguinte questão: a arbitragem tem seu pilar de sustentação na autonomia da vontade.

E assim também é no direito estrangeiro, pois é da essência do instituto ser voluntária a opção pela alternativa na solução do conflito²².

Na disposição testamentária, ao contrário do que se construí como base da arbitragem – acordo entre as partes, a sua instituição se propõe seja feita por imposição de terceiro – o testador.

²⁰ Assim: “Art. 1.897. A nomeação de herdeiro, ou legatário, pode fazer-se pura e simplesmente, sob condição, para certo fim ou modo, ou por certo motivo”; e “Art. 1.938. Nos legados com encargo, aplica-se ao legatário o disposto neste Código quanto às doações de igual natureza”.

²¹ Além do acima indicado, cf. também VICENTE TORRALBA SORIANO ORENCIO, em trabalho específico sobre “El Modo en el Derecho Civil”, Cajá de Ahorros de Sureste de Espana, Alicante, 1966, assim: “Cuando se dice que la característica fundamental del modo consiste en ser un vínculo jurídico, lo que se quiere poner de manifiesto es que el gravado com él queda jurídicamente obligado a guardar una determinada conducta”, p. 84; cf. também CARMEN GARCÍA PÉREZ, ob. cit., p. 152.

²² Diz-se no Direito Estrangeiro em sua expressiva maioria, pois ainda se conhece, em alguns países, a arbitragem obrigatória, como ocorre em Portugal e Costa Rica, conforme nos dá notícia CARLOS ALBERTO CARMONA, “Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei 9.307/96”, 2ª Ed. Atlas, 2004, p. 54.

Havendo exceção na Lei, como na Espanha (e também na Alemanha²³), esta questão fica superada, e até, como feito por CORDÓN MORENO, classifica-se a arbitragem quanto à origem: *contratual* e *testamentária*.

Mas mesmo ausente a previsão em nosso sistema, ter a instituição origem em ato unilateral, pelas peculiaridades, não nos parece violação à Lei de Arbitragem; vejamos como superar este aparente óbice.

Instituída a arbitragem por testamento, considerada como encargo ao herdeiro ou legatário, este ao aceitar a herança, também aceita os ônus que a acompanham, e assume assim pela vontade expressada pelo recolhimento da herança, a obrigação legal de submeter eventual litígio com os co-herdeiros, relativamente a esta quota hereditária.

Aberta a sucessão, com o falecimento, opera-se de imediato a transmissão, e já se defere aos sucessores o acervo (tanto que até podem ceder os direitos hereditários), assim, a herança pertence aos sucessores, porém no caso gravada com a convenção. E a partir de então a arbitragem vincula os herdeiros aos quais ela foi prevista.

O momento em que o beneficiário aceita a herança é o exato instante em que o convênio arbitral adquire força obrigatória ²⁴.

Aceito o quinhão ou legado gravado, fica então o sucessor juridicamente obrigado a ter determinada conduta; no caso, submeter-se ao Juízo arbitral.

Assim, a manifestação de vontade pela solução arbitral é indireta. Ao se aceitar a relação jurídica oferecida, no caso titularidade a herança, estar-se-á aceitando também a previsão de arbitragem que nela se contém.

A situação é semelhante à sub-rogação ou cessão de contratos com cláusula de arbitragem. Nestes casos, o cessionário ou sub-rogado, ingressa na relação jurídica como se contratante originário fosse; e assim, em regra, submete-se automaticamente ao convenio arbitral, salvo disposição em contrário estabelecida pelas partes. A convenção sabe-se, é vinculante às partes contratantes e, em princípio, aos seus sucessores.

²³ Cf. Z.P.O, parágrafo 1.048, e legislação processual, parágrafos 1.025 a 1.048.

²⁴ Cf. CARMEN GARCÍA PÉREZ, ob. cit., p. 158.

Neste quadro, pode-se sustentar em nosso sistema jurídico a viabilidade de imposição do convênio arbitral por disposição de última vontade: *a arbitragem testamentária*.

Em síntese, ausente norma expressa a respeito, a convenção prevista no testamento deve ser considerada como um ônus (*lato sensu*)²⁵ imposto ao sucessor instituído (herdeiro ou legatário). Aceita a herança, o herdeiro ou legatário estará juridicamente obrigado a cumprir a determinação do testador: eventuais conflitos entre os co-herdeiros relativamente àquela parcela hereditária serão submetidos ao juízo arbitral.

Admitida a previsão, propõe-se, agora, em uma rápida reflexão, os primeiros passos a um regime jurídico para a arbitragem testamentária:

Pode-se dar rendimento em nosso sistema jurídico do quanto se desenvolveu no Direito Espanhol.

Pontua-se, com ênfase, a atribuição do árbitro para decidir conflitos, sendo-lhe excluída a atuação como mero partidor, embora, diante do conflito, a sentença, conforme o caso, pode vir a conter uma divisão dos bens.

Também é vedado, por certo, outorgar a terceiro poderes para instituir sucessores ou estabelecer legados: Das restrições à liberdade de testar, além da preservação da legítima, note-se a vedação à cláusula que "III - favoreça a pessoa incerta, cometendo a determinação de sua identidade a terceiro" ou "IV - que deixe a arbítrio do herdeiro, ou de outrem, fixar o valor do legado" (CC, art. 1.900), salvo as situações especiais e restritas do artigo 1.901 em que se permite ao terceiro escolher entre herdeiros indicados, ou estabelecer o valor do legado^{26 27}.

²⁵ Sem se pretender detalhar, pela superficialidade deste trabalho, a exata qualificação jurídica da disposição (condição ou encargo).

²⁶ Art. 1.901. Valerá a disposição: I - 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; II - em remuneração de serviços prestados ao testador, por ocasião da moléstia de que faleceu, ainda que fique ao arbítrio do herdeiro ou de outrem determinar o valor do legado.

²⁷ A ressalva da Lei diverge daquela prevista na legislação espanhola, em que se autoriza a distribuição de certos valores por terceiro a determinadas classes de herdeiros devidamente identificados.

Os conflitos, nascidos durante o inventário ou após a entrega dos quinhões, devem ser relacionados à distribuição e administração da herança²⁸.

O problema que se apresenta em nosso sistema jurídico consiste no fato de que, existindo testamento, há reserva da jurisdição estatal para processar o inventário. Até mesmo se os herdeiros instituídos forem maiores e capazes, necessária a intervenção judicial, inclusive com a participação do Ministério Público (CPC, art. 82, II).

Aliás, a recente Lei 11.441/07 reforça este monopólio do Judiciário, permitindo a partilha extrajudicial apenas se inexistente testamento ou interessado incapaz²⁹.

E assim, como colher-se frutos da arbitragem testamentária?

Em nosso sentir, a imposição ao inventário judicial quando existe testamento, não impede a previsão de arbitragem nas disposições de última vontade, nem tampouco a instauração do juízo arbitral nas situações próprias para este procedimento.

Juízo arbitral e judicial convivem nesta situação, de forma harmônica, cada qual com jurisdição própria a determinadas matérias, ou seja, a um juízo reservam-se certos conflitos, que ao outro estarão excluídos de sua competência.

Por primeiro, e mais fácil de se sustentar a independência entre os Juízos, indica-se a situação em que a ocorrência conflito entre os herdeiros se dá após a entrega dos quinhões. Ora, encerrado o inventário, cumprido o testamento, acaba e exaure-se a jurisdição estatal. A partir de então, as relações jurídicas dos sucessores é tratada pelo direito comum. E neste, adquirido o bem com a previsão de convênio arbitral, futuros conflitos entre os demais co-herdeiros, atualmente condôminos deverão ser resolvidos, exclusivamente, pela arbitragem.

²⁸ Sobre a interpretação das disposições testamentárias, adiante se falará, por ser mais complexa a questão.

²⁹ Assim estabelecida a nova redação ao artigo 982 do Código de Processo Civil: "Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário".

Figure-se a hipótese de, sempre no limite do disponível, o testador deixa por legado alguns imóveis a quatro legatários com arbitragem testamentária. Estes sucessores resolvem manter o condomínio sobre os bens. Entregue os quinhões, nasce conflito sobre a administração deste acervo, e pretensão de um deles inclusive à divisão. Para uma ou outra situação, agora entre condôminos, a solução é reservada ao juízo arbitral.

A arbitragem para questões futuras, nos limites referidos, será um ritual a ser cumprido pelos herdeiros agraciados, como determinado no testamento. E deverá constar expressamente na partilha o convênio arbitral e seus contornos em relação a bens e herdeiros, para assim integrar o formal e posteriores registros deste patrimônio.

A dificuldade para sustentar a convivência dos dois juízos, um excluindo o outro, está na ocorrência de conflitos durante o processo de inventário judicial, repita-se, indispensável diante da existência de testamento.

Mas mesmo nesta situação, sustentamos a viabilidade de coexistência das duas jurisdições.

E assim se diz porque a matéria a ser submetida a um ou outro juízo é necessariamente diversa.

A análise do objeto do litígio é, pois, o alicerce para se sustentar a harmonia na dualidade de juízos.

Ou seja, a exata identificação da matéria em conflito é que irá indicar se a um ou a outro meio de solução deverá ser encaminhada a controvérsia.

Para os litígios envolvendo a herança como um todo, inclusive a partilha com herdeiros legítimos, e demais conflitos envolvendo estes e os herdeiros instituídos, mesmo prevista a estes beneficiados a cláusula arbitral, o juiz do inventário (sempre no pressuposto de que o inventário com testamento é obrigatoriamente judicial) será o competente com exclusividade para decidir a matéria.

Em especial, chama-se a atenção à maneira de se solucionar divergências quanto à interpretação do testamento. Como visto acima, na amplitude da arbitragem testamentária estudada na Espanha, resolvem-se também pelo Juízo arbitral as questões de interpretação do testamento. Porém,

lá o direito sucessório tem particularidades que autorizam aquela conclusão, como a dispensa de intervenção do estado mesmo existente testamento. Aliás, como noticiado, até se existente herdeiros menores, devidamente representados, desnecessária a intervenção ou aprovação judicial ³⁰.

No Brasil, o controle das disposições testamentárias é feito exclusivamente pelo Poder Judiciário, inclusive com a participação do Ministério Público (CPC, art. 82, II). A justificativa é a preservação da vontade do testador. O que foi por ele previsto deve ser honrado, e a jurisdição estatal, é quem se ocupa, com exclusividade, em zelar pelo fiel cumprimento do testamento.

Desta forma, no momento parece-nos inviável sustentar-se a possibilidade de juízo arbitral para solucionar as questões envolvendo a interpretação do testamento.

Idêntica conclusão se chega quanto à verificação de termos, condições e encargos impostos pelo testador. Em homenagem a ele – testador, a intervenção judicial, nestes casos, é necessária.

A seu turno, se o conflito limita-se aos interesses exclusivos daqueles instituídos com a previsão do convênio arbitral, a solução do litígio caberá exclusivamente ao juízo arbitral.

Mas, neste caso, sendo o processo necessariamente judicial, bastará a solução arbitral? Depende. E aqui também o objeto do litígio é quem ditará o destino.

Sendo conflito sobre o qual é dispensável a intervenção do juízo estatal, a matéria será resolvida com exclusividade pelo árbitro. A seu turno se o litígio mesmo resolvido para as partes pelo Juízo arbitral, ainda envolver ou tiver repercussão além dos restritos limites da arbitragem, então aquela sentença é trazida ao inventário, valendo como definitiva entre as partes, para as demais providências pertinentes.

Quanto a **prestação de contas**: se em conflito exclusivamente os sucessores instituídos (ausente herdeiros necessários), sendo um deles

³⁰ Cf. nota 15 acima.

inventariante, em respeito à arbitragem testamentária, a análise e decisão sobre as contas, e demais atos de gestão, é exclusiva do juízo arbitral.

Porém, concorrendo na herança sucessores instituídos com herdeiros legítimos, a prestação de contas a todos interessa, direta ou indiretamente, e assim será necessariamente no processo de inventário. Aos herdeiros legítimos, não se impõe o juízo arbitral, salvo, evidentemente, se assim quiserem.

Quanto aos conflitos **pertinentes à divisão**: também, se exclusivamente envolvendo os sucessores instituídos, sem a participação de herdeiros legítimos, e entre eles instaurar-se controvérsia quanto a partilha (unicamente em relação à forma de divisão dos bens, não quanto à interpretação do testamento), por provocação de qualquer das partes, deverá ser instaurado o juízo arbitral. Neste ambiente, será decidida a controvérsia, determinando-se, por exemplo, o critério a ser adotado na divisão, a exata avaliação dos bens, etc..., e até mesmo, se for o caso, poderá ser definida a partilha.

Como antes referido, a aceitação da herança significa a aceitação por todos da convenção arbitral testamentária; assim, neste particular, a divergência entre eles quanto à divisão, a partir do momento que recolherem a herança, é apenas acessória em relação ao principal – exercício da titularidade do direito sucessório de comum acordo quanto ao afastamento da solução estatal em caso de diferenças na partilha.

Esta concordância entre todos, em submeter o conflito ao juízo arbitral (decorrente da aceitação da herança), é o que basta para permitir que não seja exclusiva a esfera judicial. Ou seja, todos concordam, não há divergência, como se contratantes fossem, em cuidar da diferenças quanto a partilha através do juízo arbitral.

E assim, supera-se o aparente óbice contido na literalidade do artigo art. 2.016 do Código Civil (assim: "será sempre judicial a partilha, se os herdeiros divergirem, assim como se algum deles for incapaz").

E diz-se aparente óbice pois há como sustentar-se, com bons argumentos que a sentença arbitral tem o mesmos atributos que a judicial

neste caso (divergência entre herdeiros maiores), por tratar-se de típico direito patrimonial disponível.

Ainda, não haverá divergência (no sentido do artigo 2.016) entre os herdeiros se estes, de comum acordo estabelecerem que os conflitos a respeito da partilha serão resolvidos fora da jurisdição estatal. Há, neste caso, convergência de opiniões, entendimento, composição quanto à forma de se resolver o conflito, e assim, facultativa a partilha judicial.

E retomando a arbitragem testamentária, como referido acima, a convergência entre os herdeiros quanto à maneira de se solucionar eventual litígio é inerente à aceitação da herança; assim, o artigo 2.016 citado em nada impede a instauração do juízo arbitral, pois neste ponto estão os interessados de pleno acordo.

Mas agora vem a pergunta: a sentença arbitral, proferida por provocação dos herdeiros instituídos (únicos no caso em exame) por si basta para o término do inventário, com a entrega dos quinhões aos sucessores?

Não. Temos resistência em afastar do controle judicial a verificação do exato cumprimento das disposições de última vontade, até porque como já referido, haverá, para tanto, também a intervenção do Ministério Público.

Em outras palavras, existindo testamento, o inventário é judicial por inteiro, do início (abertura) ao fim (entrega dos quinhões).

O juízo arbitral neste caso convive com o judicial, e sempre de acordo com a matéria para a qual cada um é competente; e instaurada a arbitragem, será considerado como em análise uma "questão prejudicial".

Assim, se a diferença ocorreu quanto à avaliação dos bens, o árbitro dará a solução, a ser observada, como definitiva, no inventário.

Se o conflito refere-se aos critérios da partilha, estes serão definitivamente resolvidos no juízo arbitral, vinculando a todos no inventário judicial.

E até mesmo se, nas circunstâncias possíveis, vier a ser decidida a partilha pelo árbitro, estas, entre as partes, faz coisa julgada, e não mais pode ser modificada.

Aliás, mesmo existindo testamento, a lei faculta aos herdeiros capazes promover a partilha amigável por escritura pública e até “escrito particular”, a ser homologado pelo juiz (CC, art. 2.015, e CPC, art. 1.031).

Em qualquer destes casos (partilha por sentença arbitral, escrito particular ou escritura pública), a divisão dos bens não poderá ser revista pelos herdeiros; é definitiva.

Porém, pela existência do testamento, submete-se a sentença (como também o acordo particular ou por escritura pública), para homologação judicial. E nesta etapa, a matéria submetida a exame ao judiciário é única e exclusivamente relacionada à análise do cumprimento das disposições testamentária.

Assim, não há sobreposição de jurisdição. Ao juízo arbitral atribui-se a função de decidir conflitos relativos à divisão dos bens, podendo até mesmo decidir a partilha exclusivamente em relação aos herdeiros; ao ambiente judicial, atribui-se, com exclusividade, avaliar o exato atendimento às disposições testamentárias.

Daí a convivência entre os dois juízos, arbitral e judicial, sem que um invada a esfera do outro. Os dois pronunciamentos jurisdicionais se completam harmoniosamente.

Para mais detalhar: ao judiciário caberá verificar se as condições estabelecidas pelo testador foram cumpridas, e se na partilha foram atendidas as restrições impostas no testamento, como encargos, cláusulas de incomunicabilidade, impenhorabilidade, inalienabilidade, porém, é defeso ao juiz avaliar ou questionar a partilha propriamente dita, como, por exemplo até mesmo eventuais diferenças no valor de quinhões, pois é matéria patrimonial disponível³¹, sobre a qual a atribuição para decidir é do árbitro.

Enfim, e concluindo, a existência de testamento, e, pois, a obrigatoriedade nestes casos de inventário judicial, não impede nem retira a eficácia e rendimento da arbitragem testamentária. A convenção arbitral terá proveito em questões pertinentes ao juízo arbitral; solucionados estes conflitos, segue-se no curso do processo para as demais questões e providências.

³¹ Salvo disposição expressa no testamento.

Até mesmo se decidida a partilha pelo árbitro, com a finalidade de solucionar conflito na divisão do patrimônio herdado entre os co-herdeiros, devolve-se a sentença arbitral para **homologação integrativa** do Judiciário.

E diz-se integrativa a homologação, pois inclui-se na etapa judicial a avaliação pelo Juiz do atendimento à vontade do testador – matéria de sua competência exclusiva, por representar direito indisponível.

Integrar, segundo o dicionário Houaiss, significa “incluir(-se) um elemento num conjunto, formando um todo coerente; incorporar(-se), integralizar(-se) <uma empresa que integra diferentes ramos de atividades> <a arquitetura integrava-se perfeitamente à paisagem>”.

As duas sentenças, então, se integram, uma com a outra, formando a composição de um todo.

E neste contexto, uma derradeira questão: convivendo os dois juízos, na prática como proceder.

Pois bem, precipitado o conflito cuja atribuição para julgamento é do Juízo arbitral, suspende-se, se necessário, o inventário e aguarda-se aquela decisão. A suspensão aqui encontra fundamento no inciso II do artigo 265 do Código de Processo Civil, por se verificar a prejudicialidade externa³², cujo princípio se vê contido no artigo 25 da Lei de Arbitragem³³ para situação inversa.

Proferida a sentença arbitral, vinculante à partes, junta-se aos autos para o seu prosseguimento com relação às questões de competência exclusivamente judicial, até o encerramento do inventário.

Mas lembre-se que nem sempre será necessária a suspensão do inventário. Figure-se a hipótese de ao juízo arbitrar ser encaminhado conflito

³² Art. 265. Suspende-se o processo: I - ... IV - quando a sentença de mérito: a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente; b) não puder ser proferida senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo; c) tiver por pressuposto o julgamento de questão de estado, requerido como declaração incidente; V - por motivo de força maior; VI ...”.

³³ Art. 25: Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo-se o procedimento arbitral. Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.

restrito à prestação de contas (nas circunstâncias acima referidas); neste caso, poderá o processo ter curso normal, até o seu final.

A realidade é muito mais criativa que a imaginação, pelo que ousamos apresentar esta primeira reflexão apenas vislumbrando a efetividade do juízo arbitral imposto por disposição de última vontade.

Quem sabe a falta de atenção de doutrinadores, aliada à ausência de um regime jurídico próprio tenham contido a ampla utilização da arbitragem testamentária.

Assim, motivados pela experiência do Direito Espanhol, com estas confessadamente rápidas e despretensiosas considerações, convidamos o leitor para maior reflexão sobre este tema.