

AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DOS TESTAMENTOS INVALIDADOS E INEFICAZES: ABORDANDO A NULIDADE, A ANULABILIDADE, A REVOGAÇÃO, O ROMPIMENTO E A CADUCIDADE

*Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas**

*César Leandro de Almeida Rabelo***

*Leonardo Macedo Poli****

SUMÁRIO: 1 A sucessão no direito brasileiro; 2 O testamento como negócio jurídico; 3 O plano da existência dos testamentos; 4 O plano da validade do negócio jurídico; 5 O plano da eficácia do negócio jurídico testamento; 5.1 Nomeação de herdeiro sob condição; 5.2 Nomeação para certo fim ou modo; 5.3 Nomeação por certo motivo; 5.4 Nomeação a termo; 6 Os pressupostos de validade dos negócios jurídicos; 6.1 Quanto aos sujeitos; 6.2 Quanto ao objeto; 6.3 Quanto à forma e solenidade; 7 A invalidade dos testamentos; 7.1 Nulidades e anulabilidades; 8 Da nulidade por incapacidade do testador; 9 Hipóteses não geradoras de incapacidade; 10 Da nulidade pela ilicitude do objeto, ou por sua indeterminação; 11 Da nulidade pela inobservância das formas dos testamentos; 12 – Da anulação dos testamentos; 13 Da impugnação da validade do testamento; 14 Do rompimento do testamento; 15 A revogação do testamento; 15.1 Das formas de revogação; 15.2

* Bacharel em Administração de Empresas e Direito pela Fundação Mineira de Educação e Cultura - FUMEC; Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho – UGF; Especialista em Educação a Distância pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG; Mestranda em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG; Tutora em EAD de Direito do Consumidor; Advogada. E-mail: claudiamaraviegas@yahoo.com.br

** Bacharel em Administração de Empresas e em Direito pela Fundação Mineira de Educação e Cultura - FUMEC; Especialista em Docência no Ensino Superior pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de Minas Gerais – PUCMG; Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Centro de Estudos da Área Jurídica Federal – CEAJUFE; Mestrando em Direito Público pela Fundação Mineira de Educação e Cultura - FUMEC; Advogado do Núcleo de Prática Jurídica da Fundação Mineira de Educação e Cultura – FUMEC. E-mail: cesarabelo@yahoo.com.br

*** Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG; Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG; Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG; Docente adjunto da Fundação Mineira de Educação e Cultura - FUMEC; Docente na Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG; Docente na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG; Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG; Advogado. E-mail: costaepoli@yahoo.com.br

A revogação da revogação - efeito repristinatório; 15.3 Da revogação presumida; 15.4 Da revogação das disposições não patrimoniais; 15.5 Da revogação por codicilo; 16 Da caducidade dos testamentos; 17 O princípio da conservação dos negócios jurídicos; 18 A conversão do negócio jurídico; 19 Considerações finais; Referências.

RESUMO: Este artigo tem o escopo de discutir os efeitos jurídicos dos testamentos inválidos e ineficazes, bem como sua implicação no direito sucessório brasileiro. A importância do tema é confirmada pelos inúmeros processos judiciais em andamento, questionando a validade do ato de última vontade. Como a eficácia do testamento é diferida para após a morte do testador e este não poderá realizar novamente o ato, entende-se que sua derradeira vontade deve ser preservada, sempre que possível.

PALAVRAS-CHAVE: Testamento; Invalidez; Ineficácia; Caducidade; Revogação.

JURIDICAL CONSEQUENCES OF INVALID AND VOID TESTAMENTS: NULLITY, VOIDABLENESS, REVOCATION, REPUDIATION AND FORFEITURE

ABSTRACT: The juridical effects of invalid and void testaments and their consequences in Brazilian succession law are discussed. The theme is important owing to the great number of juridical processes extant which problematize the validity of the last will. Since the testament's efficaciousness is differed to a period after the testator's death and the latter cannot revise the document, it is assumed that the last will should be respected in all possible circumstances.

KEYWORDS: Testament; Nullity; Inefficiency; Forfeiture; Revocation.

LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LOS TESTAMENTOS INVALIDADOS E INEFICACES: ABORDANDO LA NULIDAD, LA ANULIDAD, LA REVOCACIÓN, EL ROMPIMIENTO Y LA CADUCIDAD

RESUMEN: Este artículo objetiva discutir los efectos jurídicos de los testa-

mentos inválidos e ineficazes, además de su implicación en el derecho sucesorio brasileño. La importancia del tema es confirmada por la cantidad de procesos judiciales en curso, cuestionando la validez del acto de última voluntad. Como la ineficacia del testamento es diferida tras la muerte del testador y este no podrá realizar una vez más el acto, se entiende que su última voluntad debe de ser preservada, siempre que sea posible.

PALABRAS-CLAVE: Testamento; Invalidez; Ineficacia; Caducidad; Revocación.

1 A SUCESSÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O Estado, na medida em que protege a família, logicamente também tem interesse na sucessão.

O direito sucessório regula a sucessão legítima, cujos herdeiros são designados pela lei, assim como a sucessão testamentária, aquela que decorre da vontade do homem, manifestada em testamento válido. Rolf Madaleno¹ afirma que:

[...] só existe um Estado forte se existem a família e o direito à herança, pois sem herança estaria comprometida a capacidade de produção das pessoas e seu interesse em produzir e poupar, pois de nada adiantaria um ingente esforço e uma vida dedicada ao trabalho, se sua família não seria a final destinatária de suas riquezas materiais.

A sucessão da lei garante o direito à legítima, na qual cinquenta por cento, ou seja, a metade dos bens deixados pelo falecido será transferida aos herdeiros necessários, os descendentes, os ascendentes ou o cônjuge. Isso se justifica porque, no Direito brasileiro, o testador que possui herdeiros necessários, tem sua capacidade testamentária limitada à metade de seus bens.

Contudo, se ausentes os herdeiros necessários, o testador poderá dispor da totalidade de seus bens através de testamento.

Já a sucessão testamentária, fundada exclusivamente na vontade do testador, poderá consignar decisões de caráter patrimonial e extrapatrimonial. Trata-se de sucessão subsidiária que só terá incidência em relação à chamada porção disponível.

Carlos Maximiliano² justifica as raízes da sucessão legítima como sendo uma

1 MADALENO, Rolf. Testamentos inválidos e ineficazes: revogação, rompimento, caducidade, anulabilidade e nulidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito das Sucessões. 2 ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2007a. p. 265-317. p. 267.

2 MAXIMILIANO, Carlos. Direito das Sucessões. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Freitas Bastos, 1987.

preocupação social com a “unidade e com a solidariedade familiar”, assegurando a lei uma quota hereditária aos parentes de grau mais próximo, beneficiando aqueles possuidores de vínculos de sangue e de família.

Importa dizer que, na sucessão testamentária dois princípios importantes se misturam: *o da livre disposição e as normas de ordem pública*. Eles possuem o objetivo de garantir à pessoa a liberdade relativa de dispor de seus bens por testamento e, ao mesmo tempo, preservar a legítima dos entes ligados por laços de sangue (herdeiros necessários).

Não se sabe qual a razão de a cultura brasileira fazer pouco uso do testamento. Os motivos podem ser culturais, folclóricos ou até mesmo psicológicos de se pensar em um assunto tão indesejado quanto é a morte. Certo é que esta gera consequências jurídicas patrimoniais que podem ser previstas pelo ato de última vontade.

Porém, para Silvio Venosa³ o testamento ganhou nova força após o advento do Código Civil de 2002. Isso porque a lei atual inseriu o cônjuge como herdeiro necessário, e assim, as regras de direito sucessório se chocariam com o regime de bens escolhido no casamento, deixando de corresponder ao desejo das pessoas de não terem seus bens comunicados com o parceiro em vida, nem em morte. É o caso daquele que se casa em regime de separação de bens e quando de sua morte deixa como herdeiro o seu cônjuge. O autor considera que o planejamento sucessório começa a se difundir.

O argumento do autor não se justifica, haja vista que o fundamento da sucessão está fundado na solidariedade familiar, e o Estado Brasileiro, ao proteger a família, garante também o direito sucessório daqueles parentes mais próximos do falecido. Sendo assim, nada mais justo que o cônjuge, mesmo casado em regime de separação de bens, seja contemplado com sua parte na herança do *de cuius*.

Para analisar a validade dos testamentos, deve-se verificar a natureza jurídica do testamento.

2 O TESTAMENTO COMO NEGÓCIO JURÍDICO

A lei não define o que é testamento, como fazia o CC/16; apenas limita-se a apontar suas características. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda⁴ considera ser “ato pelo qual a vontade de alguém é declarada para o caso de morte, com eficácia de reconhecer, transmitir ou extinguir direitos.”

p. 21.

³ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direito das Sucessões. 3. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2003. v. 7.

⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Borsoi, 1969. t. 56. p. 56.

Embora haja doutrinadores que defendem a condição de unidade do ato jurídico, estabelecendo não haver diferença entre ato e negócio jurídico, o próprio CC/02 conferiu destaque ao negócio jurídico.

Zeno Veloso⁵ assevera que o testamento “é um negócio jurídico, basicamente patrimonial; sendo ato de última vontade em que o disponente dá destino a seus bens, sem ficar impedido de albergar na cédula testamentária decisões sobre outras relações de cunho extrapatrimonial.”

Dessa forma, a maioria da doutrina considera que o testamento é um negócio jurídico personalíssimo, unilateral, espontâneo, gratuito, solene e revogável, que abrange manifestações de cunho pessoal e familiar, cuidando o testador de reger o exato conteúdo de suas preocupações pessoais e econômicas. Trata-se da última manifestação de vontade, com a qual a pessoa determina o destino de seu patrimônio ou de parte dele, para depois de sua morte. Contudo, deve atender às exigências formais para não correr o risco de ser posteriormente invalidado.

Marcos Bernardes de Mello⁶ diz: “Ser, valer e ser eficaz são situações distintas, cada uma com conseqüências específicas e inconfundíveis, e assim precisam ser tratadas.”

Passamos a analisar os planos de existência, validade e eficácia dos testamentos.

3 O PLANO DA EXISTÊNCIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

O Plano da Existência é aquele no qual ingressam todos os fatos e atos jurídicos. É ontológico, ou seja, existencial, ou do ser. No plano da existência se inicia a vida do fato jurídico. Aqui somente se indaga se o fato jurídico existe, ou seja, se o suporte fático da norma jurídica se concretizou ou, simplesmente, se todos os elementos previstos pela norma se realizaram.

O negócio inexistente é aquele que não chegou a ser negócio jurídico, seria aquele que não reúne os pressupostos de sua existência, o suporte fático foi insuficiente para existir.

No caso do negócio jurídico testamento, para adentrar no plano de existência, a vontade é manifestada para compor o suporte fático de certa categoria prevista em lei, visando à obtenção de certos efeitos jurídicos.

Marcos Bernardes de Mello⁷ nos ensina que o elemento nuclear do negócio jurídico é a manifestação consciente de vontade, dentro dos limites da lei. Para ele,

5 VELOSO, Zeno. Comentários ao Código Civil. São Paulo, SP: Saraiva, 2003. v. 21. p. 27.

6 MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 9. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2009a. p. 81.

7 MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da validade. 9. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2009b.

o testamento só existe se todos os elementos do suporte fático estejam caracterizados. Não basta que a pessoa exteriorize sua vontade dispondo sobre seus bens para depois da morte. Isso porque a lei exige que seja feita em formas predefinidas.

Maria Berenice Dias⁸ afirma que “o testamento existe quando corresponde a uma das espécies de testamento previstas em lei, tanto na modalidade ordinária, quanto na excepcional.”

Rolf Madaleno⁹ dá os seguintes exemplos de testamento inexistente:

O testamento religioso, lavrado perante o padre da paróquia frequentada pelo testador; O testamento falsificado material e intelectualmente, quando alguém se apresenta como sendo a pessoa do testador; O testamento cerrado celebrado por procuração; O testamento gravado em fita de vídeo; O testamento público não formalizado perante a pessoa do tabelião ou do seu oficial ajudante.

Já Eduardo Zannoni¹⁰ dá o exemplo de testamento inexistente como “aquele firmado pelo titular do Registro Civil de Imóveis”, no lugar do Registro de Notas.

O testamento existe quando há agente, vontade manifestada, objeto e forma, ou seja, quando se amolda aos tipos previstos em lei. Será válido caso atenda aos pressupostos de validade, verificando se o agente era capaz, se a vontade não foi viciada, se o objeto era lícito e também se a forma testada obedeceu à prescrição da lei. Por fim, será eficaz a partir da morte do testador e do registro do seu testamento.

Maria Berenice Dias¹¹ assevera:

o testamento existe a partir do momento em que é confeccionado; é válido se atendidas todas as exigências legais; mas só adquire eficácia depois de morto o seu autor. Não identificar os diversos planos a que se sujeita a manifestação de última vontade instala a insegurança em temas de significativa importância, o que acaba gerando interpretações divergentes e antagônicas.

Então, conclui-se que, para que o testamento produza o resultado desejado, faz-se necessária sua passagem pelos planos de existência, da validade e da existência. Contudo, o testamento é um exemplo de negócio jurídico que pode existir,

8 DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. São Paulo, SP: RT, 2008. p. 444.

9 MADALENO, Rolf, op. cit., 2007a, p. 278.

10 ZANONI, Eduardo A. Ineficácia y nulidad de los actos jurídicos. Buenos Aires: Astrea, 2000. p. 72.

11 DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 435.

ser válido e temporariamente ineficaz, pois depende da morte do testador para adquirir eficácia.

4 O PLANO DA VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

Importa destacar que somente algumas modalidades de fatos jurídicos em sentido amplo estarão sujeitas à análise de validade, ou seja, de sua adequação aos preceitos do Ordenamento Jurídico. Serão submetidas à tal apreciação somente os fatos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos.

Aqui se torna necessário diferenciarmos os institutos. O ato jurídico em sentido estrito tem por elemento nuclear do suporte fático a declaração unilateral de vontade, cujos efeitos jurídicos são invariáveis, pois estão prefixados pelas normas jurídicas. Portanto, não cabe às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas. Neste caso, os efeitos são mais da lei do que da vontade, já que a vontade seria simples manifestação. Temos como exemplo a autorização da cirurgia de um filho – uma ação necessária

Já negócio jurídico seria um ato de autonomia privada, uma manifestação de vontade voltada a criar, modificar ou extinguir relações ou situações jurídicas, que tem o elemento volitivo como integrante constitutivo que representa um interesse do declarante de obter uma consequência vantajosa. Exemplos: autorização da própria cirurgia – ação livre, e, principalmente, o testamento.

Portanto, o que diferencia o negócio do ato jurídico é que no ato jurídico a ação humana não será ato de autonomia privada, pois esta se trata de autorregulação de interesses privados dentro dos limites da lei. Afinal, no direito privado o que não está proibido está permitido.

Neste contexto, pode-se afirmar que o plano da validade se refere à parte do mundo jurídico em que se apura a existência ou a inexistência de elementos nucleares do suporte fático dos atos jurídicos, que influem na sua perfeição. Só passam por este plano aqueles negócios jurídicos que têm a vontade como elemento do suporte fático.

Validade, para Marcos Bernardes de Mello¹², serve para denotar a perfeição dos atos jurídicos em face do direito positivado de certa comunidade. Em primeiro lugar, o testamento existe depois que passa ao plano da validade, onde sofrerá uma triagem para ser classificado como válido, ou nulo, ou anulável, conforme haja ou não deficiências nos elementos complementares do suporte fático. Daí somente tem acesso ao plano de eficácia, após o exame da validade.

Para Marcos Bernardes de Mello:¹³ “Plano da validade, portanto, se refere à parte do mundo jurídico em que se apura a existência ou a inexistência de déficit

12 MELLO, Marcos Bernardes de, *op. cit.*, 2009b.

13 *Ibidem*, p. 2.

nos elementos nucleares do suporte fático os atos jurídicos que influem na sua perfeição.”

Para se reconhecer como válida a manifestação de vontade do testamento, dois princípios devem convergir: o da autonomia privada e a boa-fé. A inobservância desses princípios no momento de testar, também pode levar o testamento à invalidez.

Portanto, no plano da validade avalia-se a perfeição dos elementos nucleares do suporte fático e os elementos complementares são os pressupostos de validade, isto é, a qualificação dos pressupostos de existência.

5 O PLANO DA EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO TESTAMENTO

É no plano da eficácia que os testamentos produzem efeitos jurídicos de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. Aqui se verifica a presença dos elementos acidentais: termo, condição ou encargo.

Maria Berenice Dias¹⁴ afirma ser **o testamento um exemplo típico de negócio jurídico condicionado a termo indeterminado**, já que sua eficácia depende da ocorrência do evento futuro e certo: a morte do testador. É o chamado termo indeterminado, sabe-se que é certo que o testador vai morrer, mas não se sabe a data do evento.

Há doutrinadores que consideram o testamento como negócio jurídico sujeito à condição suspensiva. O que não se sustenta, haja vista que a condição se trata de evento futuro e incerto, o que não se aplica à morte. Afinal, sabemos que vamos morrer, só não é possível estabelecer quando.

Vale dizer que a abertura da sucessão nem sempre gera a imediata eficácia das disposições de última vontade. Há situações alheias à vontade do testador, que podem acarretar a ineficácia do testamento ou de algumas disposições testamentárias e recebem os nomes de caducidade e rompimento.

5.1 NOMEAÇÃO DE HERDEIRO SOB CONDIÇÃO

O testador pode nomear herdeiro ou legatário sob condição, já que se trata de cláusula exclusivamente derivada da vontade das partes. Contudo, todas as regras da parte geral do Código Civil de 2002 relacionadas à condição, aplicam-se no âmbito da sucessão testamentária.

O artigo 1.897 do Código Civil estabelece que a instituição de herdeiro ou legatário possa ser feita de forma simples e pura (nomeação sem nenhuma condição ou encargo), ou sob condição (a eficácia da nomeação fica condicionada a um

evento futuro e incerto), ou mediante encargo (testador impõe de forma coercitiva um ônus ou obrigação ao herdeiro ou legatário), ou por certo motivo (no caso do testador declarar o motivo que o levou a fazer a liberalidade) ou, finalmente, a termo (quando a eficácia da nomeação fica condicionada a um evento futuro e certo).

Há, também, a possibilidade de imposição de ônus ou gravame sobre os bens integrantes da herança e que compõem a metade disponível conforme o artigo 1.911 do Código Civil.

A condição é um dos elementos acidentais dos negócios jurídicos. É um fator acessório que, a depender da vontade das partes, pode ou não figurar como elemento constitutivo de determinado negócio.

A condição resolutiva permite que o testamento tenha eficácia imediata, até o implemento da condição, o que acarretaria a extinção do negócio, ou seja, o herdeiro sob condição resolutiva adquire a titularidade dos bens conferidos de forma restrita e resolúvel, desde a abertura da sucessão.

Assim, imposta a condição resolutiva, o beneficiário adquire a herança desde a abertura da sucessão, e ainda, faz jus aos seus frutos. Satisfeita a condição, a herança passa ao substituto ou ao fideicomissário eleito pelo testador. Não havendo pessoa designada, o bem se transmite aos herdeiros legítimos.

Já a condição suspensiva é a aquela que suspende os efeitos do negócio jurídico, até o implemento da condição e, a partir dela, o negócio irradiará seus efeitos.

Imposta a condição suspensiva ao testamento, o recebimento do quinhão testamentário está condicionado a algum acontecimento futuro e incerto, e, enquanto não implementada a condição, o herdeiro não faz jus à herança (art. 1.923 do CC/02).

Tratando-se de legado, o legatário também não adquire direito ao bem, nem mesmo aos frutos. Adimplida a condição, a disposição testamentária produz efeitos *ex tunc*, isto é, desde a abertura da sucessão receberá a herança e os frutos.

Caso não ocorra a condição, a nomeação se torna ineficaz. O art. 1.947 do CC/02 alega que o legado caduca. O mesmo não ocorre com o encargo, pois, neste caso, o herdeiro ou legatário é titular do direito desde a abertura da sucessão. Se falecer sem realizar o encargo, o ônus será transferido aos herdeiros com as mesmas características.

Outro dado importante: haverá caducidade, caso o herdeiro faleça após a abertura da sucessão, mas antes do implemento da condição suspensiva (art. 1.809 do CC/02). Neste caso, o testador quis contemplar especificamente aquela pessoa, e mesmo que o beneficiário tenha sucessores, o direito não se transfere a eles (art. 125 do CC/02), pois não há direito de representação neste caso. No entanto, se a condição é resolutiva, falecido o beneficiário antes do implemento da condição, a herança se transmite aos herdeiros e a condição continua a existir.

Por outro lado, invalidam a cláusula testamentária as condições fisicamente

impossíveis, quando suspensivas, pois, se o autor da herança desejasse que o beneficiário recebesse a herança, não teria imposto uma condição impossível. No entanto, há autores defendendo que a nomeação seria considerada pura e simples, excluindo a condição impossível.

Já as condições impossíveis, quando resolutivas, consideram-se como não escritas e a pessoa recebe o seu quinhão.

Invalidam a deixa testamentária as condições juridicamente impossíveis, se forem suspensivas. Exemplo: Deixo para João um apartamento em Paris, se ele se divorciar de Maria, João nada receberá, pois a condição é juridicamente impossível. Não é impossível o divórcio de João, mas sim o fato de o testador tentar obrigar o beneficiário a fazê-lo. Trata-se de condição contrária à moral, aos bons costumes e à ordem pública.

Outro exemplo de condição juridicamente impossível: Deixo para Mariana uma casa, se abraçar o sacerdócio. Além disso, a manifestação de vontade não é válida, se desrespeitar os princípios da autonomia privada e o da boa-fé, o que ocorrer *in casu*.

Quando a condição for incompreensível ou contraditória, embora a lei indique a invalidade de todo o negócio jurídico, a doutrina as têm considerado como não escritas e a nomeação considerada como pura e simples, o que beneficia o herdeiro instituído e respeita a vontade do testador.

Portanto, não se admite condições ilícitas, física ou juridicamente impossíveis, captatórias (deixo para João se ele deixar para meu bisneto), incompreensíveis ou contraditórias.

A propósito, a condição pode ser anulada se houver vício de consentimento. O testador pode ter sido coagido a inserir tal condição. Trata-se de disposição anulável.

Conclui-se que, tanto na hipótese de condição suspensiva, quanto de resolutiva, o recebimento da herança não pode estar condicionado à prática de ato contrário à lei, à ordem pública, à boa-fé e a aos bons costumes. Além disso, a condição deve respeitar o princípio da proporcionalidade, o que impediria condições absurdas.

5.2 NOMEAÇÃO PARA CERTO FIM OU MODO

As disposições ou cláusulas testamentárias podem se subordinar a certo fim ou modo. Encargo ou modo ou fim é a restrição imposta ao beneficiário da liberalidade. O herdeiro ou legatário recebe a titularidade da liberalidade, desde a abertura da sucessão; no entanto, tem um encargo a cumprir obrigatoriamente, caso aceite o benefício testamentário.

Neste caso, o testador nomeia um beneficiário que adquire a herança, desde a

abertura da sucessão, mas tem um dever, uma obrigação ou uma prestação que deverá cumprir, em prol do testador, de terceiros ou de uma comunidade (art. 1.939, CC/02). Exemplo: Deixo o terreno para José construir uma escola. Diferente de condição que seria: Deixo o terreno para José se ele construir uma escola. Aqui se trata de condição suspensiva.

Difere-se o encargo da condição suspensiva, pois este é coercitivo, já que o herdeiro pode ser coagido a cumprir o encargo. Ninguém está obrigado a aceitar a coisa com encargo, mas se o faz, deve cumpri-lo.

O cumprimento do encargo pode ser exigido em ação cominatória de obrigação de fazer, que pode se resolver até em perdas e danos. A execução pode ser buscada pelo espólio, representado pelo seu inventariante, ou por qualquer dos herdeiros; isso se o ônus favorecer o próprio testador. Se o beneficiado da herança for à comunidade, o Ministério Público terá legitimidade para busca o adimplemento do encargo (art. 553 do CC/02).

No caso de inexecução ou de mora no cumprimento do encargo, é possível a revogação da cláusula testamentária, pois se presume que o herdeiro renunciou à herança (art. 1.913 do CC/02). O artigo nos diz: “Se o testador ordenar que o herdeiro ou legatário entregue coisa de sua propriedade a outrem, não o cumprindo ele, entender-se-á que renunciou à herança ou ao legado”.

Importa salientar que o encargo deve ser lícito, possível e só pode atingir bens da parte disponível. Não se admite encargo ilícito, contrário à lei ou à moral, ou de impossível realização. A ilicitude ou a impossibilidade do encargo torna-o não escrito, valendo a disposição pura e simples. O mesmo não acontece com a condição juridicamente impossível, ilícita e imoral, que invalidam a disposição testamentária.

Enfim, ocorrendo a morte do herdeiro antes de cumprir o encargo, além do quinhão, passa aos herdeiros a obrigação de cumprir o ônus do encargo. Trata-se de obrigação *propter rem*, aquela que segue o bem.

5.3 NOMEAÇÃO POR CERTO MOTIVO

Não há necessidade de o testador explicitar os motivos de deixar uma herança ou um legado a alguém. Porém, se o fizer ficará vinculado a tal motivo, e comprovada à inexistência deste motivo poderá ser anulada a disposição testamentária. Semelhante é a teoria dos motivos determinantes do direito administrativo.

O motivo não é essencial, entretanto, quando for inserido pelo testador, passa a ser a razão do negócio. O falso motivo expresso pelo testador como impulso determinante da deixa testamentária vicia o ato. Exemplo clássico: o testador institui herdeiro alguém que lhe salvou a vida. Caso o fato não seja verdadeiro, a liberalidade não prevalece. Contudo, se houver erro em relação à pessoa e houver

possibilidade de identificar o beneficiário, o juiz poderá nomear a pessoa correta.

5.4 NOMEAÇÃO A TERMO

O testador não pode sujeitar a nomeação do herdeiro a termo: evento futuro e certo. Tal imposição considera-se não escrita, isso porque não há possibilidade de a sucessão ficar em aberto à espera do termo. Daí, imposto o termo ao recebimento da herança, a nomeação do herdeiro continua válida, excluindo-se somente a limitação indevida.

Contudo, os legados podem ser deixados sob termo suspensivo ou resolutivo, o que não pode é o testador dizer: deixo meus bens disponíveis ao meu sobrinho a partir de 1º de maio de 2020. No entanto, pode ocorrer: deixo minha fazenda ao meu sobrinho, a partir do dia 1º de maio de 2020.

Somente em duas hipóteses existe a possibilidade da imposição de termo, quais sejam: fideicomisso, no qual é possível estabelecer a data em que a herança será transmitida ao fideicomissário (art. 1.951 do CC/02); e também, no legado de usufruto, no qual é possível a fixação de tempo, sob pena de ser considerado vitalício (art. 1.921 do CC/02).

6 PRESSUPOSTOS DE VALIDADE DOS TESTAMENTOS

A apreciação da validade dos fatos jurídicos terá como respaldo os elementos constituintes das relações por eles formadas. Nosso Código Civil, em seu art. 104, estabelece os seguintes critérios de validade:¹⁵ capacidade do agente, licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto e obediência à forma prescrita ou não defesa em lei.

O referido dispositivo, entretanto, caracteriza uma enumeração legal insuficiente, pois deixara de se referir à moralidade do objeto (art. 122 do CC/02), incompatibilidade com norma jurídica cogente (art. 166, IV, do CC/02), inexistência ou deficiência dos elementos do suporte fático, falta de anuência de outras pessoas (art. 171 do CC/02).

A partir da apreciação de todos os pressupostos poderíamos dividi-los em três categorias: relativos ao sujeito, relativos ao objeto e relativos à forma de exteriorização da vontade.

6.1 QUANTO AOS SUJEITOS

15 Algumas apreciações acerca da validade das normas não podem ser extraídas da literalidade do referido artigo, pelo que serão exploradas doutrinariamente.

Todo ato jurídico, para ser válido, tem que ser realizado por agente capaz. A capacidade diz respeito à consciência e autenticidade da vontade que é manifestada pelo agente.

A capacidade de agir (capacidade de fato) fixa a aptidão de discernimento acerca dos atos praticados. Refere-se à consciência sobre as consequências materiais (não jurídicas) da conduta a partir da idade, sanidade física ou mental¹⁶ e cultural. Será considerado incapaz aquele que não puder exercer pessoalmente ato jurídico válido. Se a incapacidade for absoluta estará privado de qualquer ato sob pena de nulidade, e se for relativa, apenas a alguns atos ou ao modo de praticá-los, sob pena de anulabilidade.¹⁷

Na sucessão testamentária é necessária dupla ordem de legitimação: a capacidade de testar do titular dos bens e a legitimidade dos beneficiários para suceder por testamento. Para a validade do testamento é exigida também capacidade para testemunhar de quem participa do ato de testar. Isso é importante, uma vez que em todos os tipos de testamento há a participação de testemunhas.

A capacidade testamentária ativa é a capacidade para testar denominada de especial, é conferida aos maiores de 16 anos, que possuem plena consciência ou pleno discernimento (art. 1.860 do CC/02).

Os maiores de 16 anos, embora sejam relativamente incapazes, podem testar, mesmo sem assistência do representante legal. Isso porque o ato de testar é personalíssimo, não admite procurador, nem ajudante, sob pena de nulidade absoluta do testamento. Outra justificativa seria que a regra especial do art. 1.860 do CC/02 prevalece sobre a geral.

A vontade¹⁸ manifestada no testamento não pode ser viciada: a vontade deve ser perfeita diante da realidade dos fatos que irá representar, deve ser livre e espontânea e não pode representar prejuízo à terceiro¹⁹ para ser válida. Deve ser autêntica para a existência do ato jurídico.

Nesse sentido, a vontade não poderia estar eivada de vícios tais como: erro, dolo, coação, estado de perigo, simulação ou fraude contra credores. Testamento com vício de consentimento e social é passível de anulação.

16 São passíveis de interdição os deficientes mentais, mas a incapacidade não decorrerá da sentença de interdição (declaratória), mas da condição de insanidade da pessoa. A prodigalidade, embora não possa ser classificada como hipótese de insanidade mental em sentido estrito, deve ser entendida como um estado psicopatológico lato sensu. (MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., 2009a, p. 26).

17 A incapacidade relativa a idade atingirá somente os atos jurídicos classificados como negócios, pois nos atos stricto sensu e nos atos-fatos a vontade não é elemento do suporte fático.

18 Enquanto a vontade é elemento necessário à existência do ato ou do negócio, a capacidade e requisito necessário à sua validade e eficácia, assim como também o poder de disposição do agente. A declaração da vontade é condição para existência do ato, mas a forma como foi declarada poderá implicar na sua invalidade.

19 A boa-fé e a equidade também são requisitos de validade relativos aos sujeitos (MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., 2009a, p. 20), não exclusivos das relações de consumo.

6.2 QUANTO AO OBJETO

O objeto representa a consequência que as normas jurídicas atribuem ao ato jurídico (direitos, deveres, pretensões, obrigações). Os critérios de validade relativos aos objetos dizem respeito à sua licitude, possibilidade jurídica e material e determinabilidade.

Deve ser lícito, incluindo o aspecto da moralidade e dos bons costumes. A licitude não se refere à pura legalidade, afinal será apreciada a conformidade com o direito e não apenas com a lei. Não se tomou como paradigma os conceitos de ilicitude estabelecidos nos arts. 186 e 187 do CC/02, mas o conceito trazido pelo art. 122, o qual permite a interpretação *contrario sensu* de que ilícito seria o ato contrário ao direito, aos bons costumes e a ordem pública.

A possibilidade deve ser física e jurídica, o que implica na não infração de determinação legal ou de disposição negocial. Deve ser, pelo menos, determinável.

6.3 QUANTO À FORMA E SOLENIDADE

A forma constitui elemento complementar do suporte fático, portanto, o seu não atendimento implicaria na nulidade do ato jurídico. Deve estar prescrita ou não ser defesa em lei: Refere-se à instrumentação e a solenidade que devem ser atendidas segundo exigência legal ou mesmo negocial.²⁰ A regra em nosso ordenamento jurídico é a forma livre, salvo previsão expressa em contrário.

A validade do testamento está condicionada à forma prescrita de modo minucioso, sendo indispensável à obediência às formalidades legais. As precauções e formalidades impostas na elaboração do testamento têm por objetivo evitar a adulteração ou falsificação, bem como assegurar ao máximo que seja cumprida a vontade do testador.

7 A INVALIDADE DOS TESTAMENTOS

Invalidez é gênero, do qual a nulidade e a anulabilidade são espécies. Inválido seria o ato jurídico que não produz efeitos, ou que, pelo menos, não deveria produzir. É o ato com defeito, que poderá ser nulo, anulável ou ineficaz.

Importa esclarecer que, ao pedir a invalidade judicialmente, nada impede que se peça a declaração de nulidade por falta de discernimento e, subsidiariamente, a

20 A vontade é considerada como elemento estrutural (nuclear) do suporte fático e, portanto, implica na existência do mesmo, já a forma de sua declaração ou exteriorização é entendida hoje como elemento complementar, sendo vinculada à validade do mesmo. Em algumas situações haverá consideração da inexistência do ato em razão da forma. Ex: Negócios reais em que não há tradição do objeto.

anulação do ato por vício. Dito isso, para mostrar que, apesar de não se confundirem, a nulidade e a anulabilidade estão muito próximas.

7.1 NULIDADES E ANULABILIDADES

A diferença entre os dois vícios de invalidade – nulidade e anulabilidade – refere-se ao bem jurídico que visa proteger. Quando se procura evitar a violação à norma de ordem pública, que tem nítido interesse social, a lei comina a nulidade; ao passo que a tutela de interesse meramente individual, particular, que atine tão-somente ao interesse das partes, dá-se por meio da anulabilidade.

A própria lei – fazendo juízo dos casos em que há interesse público ou privado – encarregou-se de apontar os casos de nulidade e anulabilidade do contrato.

Assim, são primeiramente nulos os negócios jurídicos em que a) há incapacidade absoluta de um ou ambos os contratantes; b) o objeto for ilícito, impossível ou indeterminado; c) o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; d) a forma imposta pela lei não for atendida; e) for preterida solenidade legal; f) houver fraude à lei; g) a lei taxativamente o declarar nulo ou proibir-lhe a celebração (art. 166 do CC/02) e h) há simulação (art. 167 do CC/02). São anuláveis os negócios jurídicos em que houver erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores (art. 171 do CC/02).

É nulo o testamento conjuntivo, realizado, por exemplo, por marido e mulher, pois o testamento é ato personalíssimo. O testamento do cego, que não seja realizado pela modalidade pública, também é nulo.

A nulidade pode fulminar todo o testamento, assim como se pode declarar a nulidade de apenas uma das cláusulas testamentárias, haja vista o princípio da conservação dos negócios jurídicos, indiretamente referido no artigo 184 do CC/02, bem como o respeito à vontade do testador. É o que ocorre em relação ao objeto do testamento, quando o testador não respeita à legítima: poderão ser consideradas nulas certas disposições testamentárias, sem que o ato de última vontade seja invalidado.

Importante dizer que certas manifestações de conteúdo extrapatrimonial, como a de reconhecimento de filho, geram toda a eficácia do ato, mesmo que toda a cédula testamentária tenha sido declarada nula.

8 DA NULIDADE POR INCAPACIDADE DO TESTADOR

A lei fulmina de nulidade o testamento realizado por menor de 16 anos e por quem não tenha discernimento para práticas de atos da vida civil, pois a validade do testamento está condicionada à higidez mental do testador. A capacidade testamentária ativa deve ser avaliada conforme a lei vigente na época em que o tes-

tamento foi realizado. A superveniência da capacidade não invalida o testamento.

OBSERVAÇÕES

A) INTERVALOS LÚCIDOS: O interdito poderá testar se o fizer em intervalos lúcidos, ou quando, apesar da cura, não tiver sido levantada sua interdição?

Silvio Venosa²¹ afirma que a presunção é de validade, se houver a possibilidade de comprovar a higidez mental do interdito. Mas, a maioria da doutrina acredita que será nulo o testamento efetuado por quem não se ache no gozo de suas faculdades mentais. Se tiver ocorrido interdição, haverá presunção absoluta, *iures et de jure*, da incapacidade.

Não tendo havido a interdição, há de se presumir a capacidade do agente. Porém, pode ser declarado nulo o testamento, mesmo se a pessoa não for interditada quando ficar provada a insanidade mental do testador no momento que praticou o ato.

A lei brasileira não considera os chamados intervalos lúcidos. Dessa forma, se declarado incapaz, os atos praticados serão nulos, não aceitando a lei a tentativa de demonstrar que no momento de testar estaria lúcido, pois, no Brasil, a incapacidade é considerada um estado permanente e duradouro até que haja o retorno à capacidade.

O STF tem decidido que a insanidade mental do testador, causa de nulidade do testamento, tem de ser provada inequívoca e completamente, pois a capacidade é sempre presumida.

Certo é que os tribunais estão cada vez mais cautelosos na aferição da prova dessa incapacidade, somente declarando a invalidade do testamento quando exaustivamente provada a incapacidade do testador à época da prática do ato.

B) ÉBRIOS HABITUAIS, VICIADOS EM TÓXICOS E OS QUE, POR DEFICIÊNCIA MENTAL, TENHAM DISCERNIMENTO REDUZIDO E OS EXCEPCIONAIS SEM DESENVOLVIMENTO COMPLETO, PODEM TESTAR?

A maioria da doutrina estabelece que NÃO PODEM TESTAR, pois não possuem plena consciência do ato que irão praticar. Afinal, o testamento é um ato personalíssimo unilateral que exige do testador o seu discernimento completo e o próprio codificador já pressupõe a redução de discernimento dessas pessoas expressamente. Ademais, o artigo 1.860 do CC/02, ao conferir por exceção, a capacidade testamentária ativa aos maiores de 16 anos, não mencionou qualquer outra hipótese de exceção. Portanto, não haveria motivos para reconhecer capacidade

21 VENOSA, Sílvio de Salvo, op. cit.

testamentaria ativa aos incapazes transitórios.

Já Zeno Veloso²² critica tal generalização, entendendo tratar-se de um equívoco gravíssimo, pois aquele que, embora tenha discernimento reduzido, mas apresente entendimento suficiente para testar, não pode ser impedido de fazê-lo. Zeno pensa:

O ébrio habitual pode estar sóbrio quando testa; o viciado em tóxico pode estar livre do poder das drogas no momento em que dispõe causa mortis. É uma questão de fato a ser apurada em cada concreto, apesar de o art. 1860, numa primeira leitura por ter utilizado, genericamente, a expressão incapazes, considerá-los inábeis para testar.

Ricardo Fiuza²³, autor do Projeto de lei 6.960, de 12 de junho de 2002, estabelece que não há razão para proibir os citados de testar. Considera que, apesar de reduzido, podem ter entendimento e compreensão suficiente para saber o que estão fazendo ao testar.

C) O PRÓDIGO PODE TESTAR?

Zeno Veloso²⁴ e Rolf Madaleno²⁵ contestam a incapacidade do pródigo para testar. O argumento utilizado é que a incapacidade relativa do pródigo tem o intuito de proteger aqueles que lhes são financeiramente dependentes (conjuge, filhos menores). Ora, se o testamento só produziria efeitos para depois da morte do pródigo testador, quando já estaria extinta a dependência, não haveria prejuízo a nin-

22 VELOSO, Zeno. op. cit., p. 30.

23 BRASIL. Projeto de lei 6.960, de 12 de junho de 2002. Dá nova redação aos artigos 2º, 11, 12, 43, 66, 151, 224, 243, 244, 246, 262, 273, 281, 283, 286, 294, 299, 300, 302, 306, 309, 328, 338, 369, 421, 422, 423, 425, 429, 450, 456, 471, 472, 473, 474, 475, 478, 479, 480, 482, 496, 502, 506, 533, 549, 557, 558, 559, 563, 574, 576, 596, 599, 602, 603, 607, 623, 624, 625, 633, 637, 642, 655, 765, 788, 790, 872, 927, 928, 931, 944, 947, 949, 950, 953, 954, 966, 977, 999, 1053, 1060, 1086, 1094, 1099, 1158, 1160, 1163, 1165, 1166, 1168, 1196, 1197, 1204, 1210, 1228, 1273, 1274, 1276, 1316, 1341, 1347, 1352, 1354, 1361, 1362, 1365, 1369, 1371, 1374, 1378, 1379, 1434, 1436, 1456, 1457, 1473, 1479, 1481, 1512, 1515, 1516, 1521, 1526, 1561, 1563, 1573, 1574, 1575, 1576, 1581, 1583, 1586, 1589, 1597, 1601, 1605, 1606, 1609, 1614, 1615, 1618, 1623, 1625, 1626, 1628, 1629, 1641, 1642, 1660, 1665, 1668, 1694, 1700, 1701, 1707, 1709, 1717, 1719, 1721, 1722, 1723, 1725, 1726, 1727, 1729, 1731, 1736, 1768, 1788, 1790, 1800, 1801, 1815, 1829, 1831, 1834, 1835, 1848, 1859, 1860, 1864, 1881, 1909, 1963, 1965, 2002, 2038 e 2045 da Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que “Institui o Código Civil”, acrescenta dispositivos e dá outras providências. (relator: dep. Ricardo Fiuza). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>>. Acesso em: 30 out. 2010.

24 VELOSO, Zeno. op. cit.

25 MADALENO, Rolf. Testamento, testemunhas e testamenteiro: uma brecha para a fraude. Instituto Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte, n. 350, nov. 2007. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=350>>. Acesso em: 30 out. 2010.

guém. Além do mais, os herdeiros necessários estariam protegidos pela legítima.

Não há, portanto, qualquer prejuízo no fato de o pródigo testar, dado que qualquer invasão na porção indisponível, implicaria numa redução judicial das disposições testamentárias.

9 HIPÓTESES NÃO GERADORAS DE INCAPACIDADE

Senilidade: a senilidade por si só, não é causa de incapacidade, mas se causar abalo no cérebro, causando demência e imbecildade pode gerar invalidade.

A proximidade da morte também não acarreta incapacidade testamentária ativa, se a moléstia de que padece o testador não produz delírio ou perturbação da mente. Ponte de Miranda²⁶ diz: “Ainda agonizante, a balbuciar, há se se presumir com juízo perfeito o testador”

Enfermidades graves não retiram o discernimento do ser humano e não lhe retira a capacidade testamentária.

O suicídio do testador, ainda que imediatamente subsequente à feitura do testamento, não induz a incapacidade.

Não há que se falar em incapacidade testamentária para o falido, o insolvente, nem o ausente.

Índios que já se adaptaram à civilização podem testar, já que podem se emancipar do regime tutelar especial a que estão submetidos. Rolf Madaleno²⁷ afirma que o simples fato de o índio querer exprimir sua vontade testamentária, já comprova estarem plenamente entrosados na sociedade.

10 DA NULIDADE PELA ILICITUDE DO OBJETO, OU POR SUA INDETERMINAÇÃO

Nulo é o negócio que tenha objeto ilícito, impossível, indeterminado ou indeterminável. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho²⁸ afirmam que “ilícito é o negócio contrário ao direito, sendo considerado todos aqueles que atentam contra a moral, os bons costumes, a ordem pública e os primados da ética. No conceito de licitude está a idéia da permissão normativa, o que significa dizer que não está proibido pelo direito e pela moral.”

Caso as disposições testamentárias contenham objetos ilícitos, estes serão fulminados de nulidade por sua inidoneidade intrínseca. Será nula, também, a disposição testamentária que disponha condição fisicamente impossível, traduzindo-se

26 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, op. cit.

27 MADALENO, Rolf, op. cit..

28 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. Parte Geral. 2. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2002. v. 1. p. 350.

numa prestação irrealizável. Exemplo: é nula a deixa testamentária condicionada a que o beneficiário alçasse voo, porém a cláusula será havida como pura e simples, excluída a condição absurda. Importa informar que há autores que defendem que toda a cláusula testamentária vinculada à condição ilícita ou juridicamente impossível será invalidada, pois se o testador a inseriu, seria porque, na verdade, não tinha vontade de beneficiar a pessoa indicada, o que não se sustenta no direito brasileiro.

11 DA NULIDADE PELA INOBSERVÂNCIA DAS FORMAS DOS TESTAMENTOS

Cada espécie de testamento contém a sua própria forma. A solenidade tem a finalidade de proteger a manifestação de vontade autônoma do testador. Assim, se o testamento não respeitar as exigências formais, testamento não há. Porém, após a pesquisa na jurisprudência, percebemos que o judiciário brasileiro tem flexibilizado o rigorismo da forma, afirmando ser importante aplicar o princípio *favor testamenti*, ou seja, os juristas têm argumentado que o rigorismo da forma não pode prejudicar que a vontade do testador seja cumprida. Foram encontradas várias decisões confirmando testamentos, com vícios relacionados à forma.

12 DA ANULAÇÃO DOS TESTAMENTOS

São anuláveis os testamentos que contêm vícios de consentimento erro, dolo e coação. Isso porque é imprescindível que a manifestação de vontade tenha sido livre e espontânea sem qualquer mácula.

Nem sempre é necessário anular toda a carta testamentária por vício de consentimento; pode haver disposições que não foram afetadas pelo vício, como no caso de o testador ser coagido a beneficiar certa pessoa em uma cláusula. Neste caso, apenas esta será anulada.

Para anular o testamento, o erro como a falsa representação da realidade, deve ser substancial e escusável. Já o dolo, artifício ardil empregado por terceiro para induzir alguém à prática do testamento em seu favor, só anula o negócio se o dolo for a causa determinante da realização do ato. A coação, para anular o negócio, deve ser tal que incute ao disponente temor de dano iminente e considerável a sua pessoa, a sua família ou aos seus bens. Logo, a coação deve ser grave e injusta, sendo que a lei indica que não se considera coação o simples temor reverencial.

Outra hipótese de dolo relacionado ao testamento é a captação da vontade do testador, que o torna anulável por vício de consentimento. Todavia, somente torna anulável o testamento, se a captação dolosa for causa da disposição viciada.

Apesar de o artigo 1.909 do CC/02 somente indicar o erro, o dolo e a coação,

também são causas de anulação o estado de perigo, a lesão e a fraude contra credores, apesar de considerarmos difícil trazer para esfera testamentária estes casos. Ainda assim, no caso de fraude contra credores não seria necessária anulação, já que há possibilidade de os credores procederem à penhora no rosto dos autos do inventário para saldar seus créditos.

13 DA IMPUGNAÇÃO DA VALIDADE DO TESTAMENTO

Após a morte do testador se poderá questionar sobre a validade do ato de última vontade. Dispõe o artigo 1.859 do CC/02: Extingue-se em cinco anos o direito de impugnar a validade do testamento, contado o prazo da data do seu registro.

O artigo fala de impugnação em geral dando a entender que engloba os casos de nulidade e anulabilidade. Aberta a sucessão, o testamento deverá ser apresentado em juízo e registrado. Daí, o interessado terá o prazo de até cinco anos do registro do testamento para impugná-lo.

Observa-se que, em matéria testamentária, o artigo 1.859 do CC/02 introduziu uma exceção à imprescritibilidade das nulidades absolutas, prevista na parte geral do Código Civil, em seu artigo 169. Aqui, a regra especial derroga a geral e a nulidade convalida pelo decurso do tempo de cinco anos.

O testamento pode ser nulo, por não observar as formalidades legais, ou por ser conjuntivo, ou se realizado por incapaz, por exemplo. Neste caso, a impugnação deve ser requerida em cinco anos a contar do registro do testamento.

De outro lado, o artigo 1.909 do CC/02 tem causado problema para doutrina: São anuláveis as disposições testamentárias inquinadas de erro, dolo ou coação. Parágrafo único. Extingue-se em quatro anos o direito de anular a disposição, contados de quando o interessado tiver conhecimento do vício.

Tal dispositivo diz respeito às disposições testamentárias que possuírem vícios de vontade. O que causa perplexidade seria o prazo de quatro anos para anular as disposições viciadas, a contar da ciência do vício pelo interessado. Este prazo poderia ser elástico demais podendo estender-se por tempo indeterminado, dada a imprecisão de seu termo inicial.

Zeno Veloso²⁹ ensina:

um testamento nulo não pode mais ter a validade impugnada depois de cinco anos do seu registro. Mas uma disposição que contém vícios de vontade, pode ser anulada muito depois daquele prazo, pois a decadência do direito de atacar a disposição começa a ser contada de quando o interessado tiver conhecimento do vício. A solução não é lógica, nem

razoável”

O projeto 6.960/2002, de autoria de Ricardo Fiúza³⁰, sugere nova redação ao artigo 1.859 do CC/02: “Extingue-se em cinco anos o direito de requerer a declaração de nulidade do testamento ou de disposição testamentária, e em quatro anos o de pleitear a anulação do testamento ou de disposição testamentária, contado o prazo da data do registro”.

Sugere também a inserção de parágrafo único no artigo 1.909 do CC/02: “Extingue-se em quatro anos o direito de anular a disposição, contados da data do registro do testamento”. Tais mudanças resolveriam o problema da impugnação de nulidades absolutas e relativas.

14 DO ROMPIMENTO DO TESTAMENTO

O legislador determina a ruptura do testamento nos casos em que, após o ato de testar, surge superveniência de uma circunstância relevante, que poderia ter modificado a vontade do testador. Silvio Rodrigues³¹ chama o rompimento de Revogação Legal.

Existem duas hipóteses de rompimento do testamento: a primeira estabelecida no artigo 1.973 e a segunda no artigo 1.974 do CC/02.

Primeira hipótese: Sobrevindo descendente sucessível ao testador, que não o tinha ou não o conhecia quando testou, rompe-se o testamento em todas as suas disposições, se esse descendente sobreviver ao testador.

Segunda hipótese: o testamento sendo feito na ignorância de existirem outros herdeiros necessários, também é rompido. Neste caso, o legislador quis proteger os ascendentes ou descendentes sucessíveis. Um exemplo seria: se o filho, ao testar, ignora a existência do ascendente que supunha estar morto, rompido estará o testamento, uma vez descoberto aquele herdeiro necessário.

No caso do rompimento, o testamento existe, é válido, mas ineficaz, não produz efeito e não pode ser cumprido. A ruptura é obra da lei, ou melhor, a lei afasta o testamento se ficar provada a inexistência ou o desconhecimento da existência de herdeiro necessário quando da elaboração do testamento.

A lei presume que se o testador soubesse destas novas circunstâncias, manifestaria sua vontade de forma diferente, privilegiando o herdeiro necessário. Contudo, trata-se de presunção relativa, *juris tantum*, podendo o testador afastá-la no próprio testamento, declarando que esta seria sua vontade, mesmo que apareçam novos herdeiros necessários. Ainda, assim, imprescindível que se respeite a

30 BRASIL, op. cit.

31 RODRIGUES, Silvio. Direito civil: direito das sucessões. 26. ed. rev. e atualizada por Zeno Veloso de acordo com o novo Cód. Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002). São Paulo, SP: Saraiva, 2003. v. 7, p. 269.

legítima dos eventuais herdeiros.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka³² faz interpretação de caráter excepcional ao reconhecer como válido o testamento em que o testador dispõe apenas da porção disponível do seu patrimônio, independente do fato ignorar ou não que tinha herdeiros necessários. Estaria garantido a legítima; o máximo que poderia ocorrer seria a redução das disposições testamentárias, para incluir o novo herdeiro na legítima.

Todavia, consideramos que este instituto merece interpretação restritiva, haja vista ir de encontro com a regra de preservar ao máximo a vontade do testador. Pode-se afirmar que se trata da aplicação da teoria da imprevisão, partindo do pressuposto de que houve alteração da base do negócio por fato imprevisível e extraordinário que compromete sua obrigatoriedade.

O rompimento tem um fundamento de natureza ética, já que se presume o afeto e o senso de responsabilidade do testador para com os seus herdeiros necessários. A lei presume um sentimento nobre do testador, que não precisa se manifestar para que o testamento seja rompido. A lei destrói o testamento, ainda que vivo o testador estivesse, quando do surgimento do herdeiro.

Se o testador já tinha conhecimento do novo herdeiro necessário quando testou e não o contemplou, o testamento não se rompe, apenas se ajusta a divisão da legítima, incluindo o novo herdeiro.

O STF já decidiu que o rompimento do testamento só ocorre se provado que o testador não tinha conhecimento do novo herdeiro necessário.

Assim, caso o testador já tinha ou sabia da existência do herdeiro necessário quando testou, não rompe a cédula testamentária, pois, conforme o artigo 1.975 do CC/02, se o testador souber da existência de herdeiro necessário e, mesmo assim, dispuser de sua quota disponível, o testamento é válido e deve ser cumprido. Na hipótese desse dispositivo, o testador sabe da existência dos herdeiros necessários e não quer contemplá-los ao dispor de sua metade disponível. Neste caso não há rompimento do testamento, este apenas pode ser modificado no que concerne à legítima, reduzindo se for o caso o que excede da metade disponível.

Outro fato que rompe o testamento seria reconhecimento forçado de filho através de sentença proferida em ação de investigação de paternidade, após a morte do testador. É importante que fique comprovado a ignorância em relação à existência daquele filho.

No entanto, Silvio Rodrigues³³ considera que “se ação de paternidade tiver

32 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Herdeiros Necessários e Direito de Representação. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Org.). Direito das Sucessões e o novo Código Civil. Belo Horizonte, MG: Editora Del Rey, 2004. p. 105-116.

33 RODRIGUES, Silvio. Direito civil: direito de família. 27. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2002. 6 v. p. 254.

sido proposta quando o investigado ainda estava vivo, não se romperia o testamento, mas estaria garantida a legítima, pois a própria atitude hostil do pai em não reconhecer o filho espontaneamente, revela o propósito de não alterar seu testamento.”

Para resumir, Zeno Veloso³⁴ assinala que o rompimento ou não do testamento é questão de prova, “deve-se apurar se o disponente quando testou sabia ou não sabia da existência do filho.”

Rol Madaleno³⁵ levanta a hipótese de o testador não ser casado quando testou: uma pessoa convictamente solteira dispõe para terceiros a totalidade de seus bens em testamento, vez que não possuía herdeiros necessários. Porém, passado algum tempo se casa. O testamento estaria rompido pela superveniência de herdeiro necessário não conhecido na época do testamento? Poderia ocorrer apenas a redução das disposições testamentárias até o montante da porção disponível já que sobreveio o casamento?

Zeno Veloso³⁶ alega que a lei não faz ressalva e ordena a rupção do testamento, por entender que, ao casar depois de haver testado, o disponente, conhecendo a lei, sabia que deveria ter feito um novo testamento.

Rolf Madaleno³⁷ não concorda e defende que:

o cônjuge sobrevivente, não bastante se tenha tornado herdeiro necessário em concurso com os descendentes e ascendentes, no comum das vezes também é detentor de meação conjugal, não se afigurando que estivesse materialmente desprotegido. Isto porque o casamento é ato natural da vida e, portanto, perfeitamente previsível. Logo, ao contrário do descendente ou do ascendente sobrevivo, o casamento ou a futura união de fato é sempre previsível, contrapondo-se à Idéia de que, se o testador imaginasse que casaria, não teria contemplado terceiros. Outro dado é que conciliando os arts. 1974 com o 1975 do CC/02, que diz não ocorrer à ruptura do testamento se o testador dispuser da sua metade, não contemplando os herdeiros necessário de cuja existência saiba, ou quando os exclua dessa parte.

Seria uma demasia romper totalmente a cédula testamentária, por conseqüência do casamento posterior do testador, quando perfeitamente justo tão-somente reduzir a liberalidade até o montante da porção disponível, considerando a fácil previsibilidade de as pessoas contraírem núpcias ou a união

34 VELOSO, Zeno, op. cit., p. 369.

35 MADALENO, Rolf, op. cit., 2007a.

36 VELOSO, Zeno, op. cit..

37 MADALENO, Rolf, op. cit., 2007a, p. 315.

estável e o excesso de rigor na presunção de que futura união, antes impensada, inibiria o testador de beneficiar terceiros. Exemplo singular da ausência de presunção de que o testador teria beneficiado seu cônjuge, está na possibilidade que ele tinha em adotar o regime da separação total de bens, e neste caso, poderia testar a totalidade de seus bens, sendo de se presumir que seu testamento precedente já estava impregnado do espírito de não contemplar o futuro cônjuge.

Considera-se mais plausível a posição de Zeno Veloso³⁸, ora se ao testar não conhecia sequer seu cônjuge, herdeiro necessário, não há alternativa, senão o rompimento do testamento. Por fim, importa esclarecer que a decisão que declara rompido o testamento pode ser proferida nos próprios autos do inventário.

15 DA REVOGAÇÃO DO TESTAMENTO

A revogação se difere do rompimento. A revogação atinge a eficácia do testamento por alteração da vontade do próprio testador (art. 1.969 do CC/02), já o rompimento atinge a eficácia do testamento, mas sem a intervenção do autor da herança, pois é determinado por lei.

Como já dito, o testamento é um ato personalíssimo, que pode ser modificado a qualquer tempo pelo testador. Uma das características do testamento é ser essencialmente revogável, conforme os artigos. 1.858 e 1.969 do CC, ou seja, o testador pode revogar o ato de manifestação de última vontade quando lhe aprouver, até na hora da morte, sem necessidade de declinar o motivo; basta que realize outro testamento. Trata-se da possibilidade de o autor da herança se arrepender e tornar sem efeito o ato anterior.

Zeno Veloso³⁹ nos informa que a “revogabilidade do testamento é inderrogável”, ou seja, será nula ou sem efeito, a cláusula em que o testador se compromete a não revogar o testamento. O Código Civil Português também dispõe da mesma regra de forma clara no seu artigo 2.311: “O testador não pode renunciar à faculdade de revogar, no todo ou em parte, o seu testamento. Tem-se por não escrita qualquer cláusula que contrarie a faculdade de revogação”.

Porém, há uma exceção prevista no artigo 1.609, III, do CC/02: é irrevogável o testamento na parte em que o testador reconhecer filho fora do casamento. O artigo 1.610 do CC/02 confirma: “o reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento.

Portanto, o testamento pode ser revogado pelo testador, no todo ou em parte,

38 VELOSO, Zeno, op. cit..

39 VELOSO, Zeno, op. cit..

a qualquer tempo, contudo, o reconhecimento de filho é irrevogável e não admite revogação.

Para revogar o testamento é necessária a mesma capacidade exigida para testar. O testamento anterior só será revogado por testamento válido, o que implica na exigência de capacidade plena do testador. Declarado nulo o testamento revogatório, prevalece válido o anterior⁴⁰.

15.1 DAS FORMAS DE REVOGAÇÃO

De acordo com o artigo 1.969 do CC/02, um testamento pode ser revogado do mesmo modo e forma de como foi feito, isto é, um testamento se revoga por outro igualmente válido, sendo possível a escolha de outra modalidade de testamento ordinário ou especial (se atender os pressupostos próprios). Um testamento público pode ser revogado por um particular, ou por um cerrado, ou vice-versa, o importante é ser uma modalidade prevista na lei e que todas as formalidades sejam respeitadas.

Por óbvio, não há revogação por simples escritura pública, já que não é um testamento.

A revogação pode ser expressa ou tácita. Expressa, quando o testador, no testamento posterior, se refere expressamente em retirar a eficácia do ato anterior. A tácita ocorre quando o testamento posterior dispõe de maneira incompatível com o anterior.

A revogação também pode ser total ou parcial, caso o novo testamento desconstitua todas as disposições ou parte delas (art. 1.970 do CC/02). Na hipótese de revogação total, o testamento anterior desaparece e só persiste o novo. Mas, se for parcial, subsistem os dois testamentos no que não forem conflitantes, pois as disposições compatíveis se somam e formam um conjunto de disposições de última vontade.

40 0029656-29.2002.8.19.0001 (2008.001.07676) - APELACAO - 1ª Ementa DES. LEILAMARIANO - Julgamento: 05/03/2008 - SEGUNDA CAMARACIVELACÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ESCRITURA DE REVOGAÇÃO DE TESTAMENTO POR INCAPACIDADE DA DECLARANTE. FATO NÃO COMPROVADO. PEDIDO CUMULATIVO PARA QUE SE INTERPRETE A CLÁUSULA DE FIDEICOMISSO EXISTENTE NO TESTAMENTO DO CONDE MODESTO LEAL EM FAVOR DOS IRMÃOS DA OBITUADA, EXCLUINDO-SE SEU FILHO ADOTIVO. As alegações relativas à incapacidade somente devem prevalecer se a prova for plena, cabal e concludente. In casu a prova coligida faz concluir pela plena capacidade da testadora, sendo asseverado por seu médico assistente, em atestado anexo à escritura de revogação, sua lucidez e a inexistência de qualquer vício de consentimento quando da prática daquele ato. Os bens objeto de fideicomisso integram a universalidade do patrimônio da falecida, fiduciária, não havendo como desmembrá-los. Com a sua morte, havendo herdeiro necessário para sucedê-la, operou-se, de pleno direito, a substituição fideicomissária. Impossibilidade de se afastar o direito do filho adotivo, cuja adoção foi tida como regular por decisão judicial transitada em julgado. Verba honorária fixada em atendimento aos critérios de proporcionalidade de razoabilidade e ao disposto no art. 20§ 4º do CPC. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

É possível a chamada REVOGAÇÃO NUA, isto é, o testador pode revogar o testamento anterior, sem trazer novas disposições.

Caso o testador destrua ou desapareça com o testamento particular ou viole ou mande violar o testamento cerrado, pode ocorrer a denominada REVOGAÇÃO PRESUMIDA.

Importa dizer que o ato revogatório tem eficácia *ex tunc*, desde a data da celebração do testamento. Há semelhança dos efeitos da revogação e da nulidade. Esta macula o testamento em sua origem, sendo declarada judicialmente somente após a morte do testador, já a revogação é realizada através de declaração validada do testador, claro, ainda vivo.

15.2 A REVOGAÇÃO DA REVOGAÇÃO - EFEITO REPRISTINATÓRIO

Tendo o testador revogado o testamento e posteriormente revogado a revogação, o testamento fica automaticamente revigorado?

No direito civil italiano⁴¹ e alemão⁴² há possibilidade de repristinação automática do testamento anterior, contudo, o mesmo não ocorre no direito civil brasileiro. O direito espanhol⁴³ e português⁴⁴ aceitam a repristinação, se expressa.

Em nosso ordenamento, a revogação do testamento revocatório não revigora o primitivo. O primeiro testamento perdeu a eficácia quando foi revogado segundo, não teria sentido que ele voltasse a valer. Tal prática se chocaria com o direito potestativo do testador de se utilizar da revogação.

Caio Mário da Silva Pereira⁴⁵ faz analogia com a lei, alegando que o testamento é fonte formal de direito e, tal qual a lei revogada, não se revigora automaticamente. Oportuno se faz conceituar a repristinação: é o fenômeno jurídico pelo qual uma lei volta a vigorar após a revogação da lei que a revogou. Para que a lei anteriormente abolida se restaure é necessário que o legislador expressamente a revigore. Previu o artigo 2º, §3º, da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro (LIDB): Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

No entanto, há entendimentos diversos sobre sua validade. Alguns doutrinadores sustentam que a lei revogada passa automaticamente a vigorar com a abolição

41 O art. 681 do Código Civil Italiano edita que a revogação total ou parcial de um testamento pode ser, por sua vez, revogada e, em tal caso, revigoram-se as disposições revogadas, havendo, portanto, efeito repristinatório automático.

42 Art. 2.258, BGB

43 Art. 739 e 740 do Código Civil Espanhol, a repristinação não é automática

44 Art. 2.314 do Código Civil Português, pode declarar sua vontade de que revivam as disposições do primeiro testamento.

45 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil: direito das sucessões. 21. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2005. v. 6.

da lei que a revogou, outros entendem que a repristinação só pode ocorrer quando prevista de forma expressa.

Em sede de testamento, para que ocorra a repristinação das disposições testamentárias revogadas é necessário que o novo testamento as declare restauradas

Na hipótese de o testamento revogatório caducar, Caio Mário da Silva Pereira⁴⁶ diz: “ainda assim a manifestação do testador prevalece. O testamento anterior jamais readquire vigência, porque a vontade revogatória subsiste intacta. Afinal, a caducidade decorre de circunstância alheia à vontade do testador.” O artigo 1.971 do CC/02 comprova: A revogação produzirá seus efeitos, ainda quando o testamento, que a encerra, vier a caducar por exclusão, incapacidade ou renúncia do herdeiro nele nomeado; não valerá, se o testamento revogatório for anulado por omissão ou infração de solenidades essenciais ou por vícios intrínsecos.

Enfim, Maria Helena Diniz⁴⁷ entende que, para reviver o testamento anterior, basta que o testador expresse novamente as disposições anteriores.

15.3 DA REVOGAÇÃO PRESUMIDA

O testamento cerrado que se encontrar corrompido, rasgado ou riscado, perde a validade. Configura revogação presumida o ato do testador de abrir ou dilacerar, ou autorizar que terceiro viole o testamento cerrado, bem como quando o testamento particular for encontrado com marcas de violação.

Entretanto, a revogação presumida implica o reconhecimento do propósito de revogar o testamento, pois, se ficar provado que não foi o testador que o rompeu e nem terceiro por ele autorizado, naturalmente não invalida o testamento. Cabe ao juiz verificar se a violação do testamento não decorreu da vontade do testador.

Rolf Madaleno⁴⁸ afirma que “não há que se falar em caducidade do testamento cerrado por simples abertura e dilaceração de terceiros, eis que sempre será necessário pesquisar se nesse ato existiu a intenção do testador em revogar sua derradeira manifestação de vontade com a mera ruptura da cédula”.

A presunção é de validade do testamento. Pontes de Miranda⁴⁹ alega que “a quem deseja o reconhecimento de sua revogação é que compete o ônus da prova”.

Assim, encontrado aberto ou dilacerado o testamento cerrado ou particular, não se presume que foi rompido pelo testador ou com o seu consentimento. A revogação é concluída a partir de circunstâncias que evidenciem que o testador foi quem violou o testamento a fim de revogá-lo.

46 Ibidem, p. 342.

47 DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 22. ed. rev. Atual. e ampl. De acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei nº 276/2007. [S. l.]: Saraiva, 2008. v. 6 (direito das sucessões).

48 MADALENO, Rolf, op. cit., 2007a, p. 310.

49 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, op. cit., p. 428.

15.4 DA REVOGAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES NÃO PATRIMONIAIS

Como se sabe, é possível que o testamento contenha disposições patrimoniais e não patrimoniais. As disposições patrimoniais podem ser revogadas, contudo, as não patrimoniais não se sujeitam a revogação. Assim, o reconhecimento de filho feito em testamento é irrevogável (artigos 1.609, III, e 1.610 do CC/02).

Maria Berenice Dias⁵⁰ afirma que “a cláusula de reconhecimento de filho não é cláusula testamentária, mas confissão expressa, que não cabe ser apagada”.

Desse modo, mesmo nulo ou revogado o testamento, não invalida prova de filiação ali contida. Entretanto, se provado que houve vício de vontade, mister se faz identificar se o reconhecimento de paternidade não está também viciado, exemplo seria se o testador sofreu coação quando declarou todo o testamento. Nesta hipótese, todo o testamento será anulado.

15.5 DA REVOGAÇÃO POR CODICILO

Em regra, o codicilo não pode revogar o testamento (art. 1881 do CC/02). No entanto, são passíveis de serem revogadas por codicilo as disposições testamentárias que se comportem no âmbito de abrangência dos codicilos.

16 DA CADUCIDADE DOS TESTAMENTOS

Caducar é perder a eficácia. Caducidade, no âmbito do direito sucessório, quer dizer impossibilidade de ser cumprido o testamento ou alguma disposição testamentária, por motivos supervenientes que inutilizam seus efeitos. Caduco o testamento, em regra, todas as cláusulas estão sem eficácia. Contudo, caducando somente alguma de suas disposições, não afetaria o testamento como um todo.

Não se confunde com nulidade ou anulabilidade. O testamento nulo ou que foi anulado não é testamento. Já o caduco é testamento, apenas o objeto foi apagado, seja pela perda ou pela falta dos sujeitos instituídos como beneficiários. O artigo 1.788 do CC/02 nos informa que a herança se transfere aos herdeiros necessários em caso de testamento nulo ou caduco.

Outro caso de caducidade está prevista nos testamentos especiais: caduco estará o testamento especial se o testador não morrer dentro de 90 dias da entrega do testamento às autoridades competentes (artigos 1.891 e 1.895 do CC/02).

O testamento marítimo e o aeronáutico perdem efeito no caso de o testador não morrer na viagem e nem no período de 90 dias após o desembarque em terra. Isto

porque após este prazo o testador pode realizar um testamento ordinário.

O testamento especial militar também caduca em 90 dias a partir do momento que o testador se encontre em lugar onde possa testar de forma ordinária. Porém, há uma exceção prevista no artigo 1.894 do CC/02: trata-se do testamento cerrado apresentado ao auditor ou ao oficial, pois ,após lavrado o termo de apresentação e firmado pelo superior, pelo testador e por duas testemunhas, continua valendo. Afinal, estão cumpridos todos os requisitos previstos em lei.

O rompimento do testamento é outra causa de caducidade (art. 1973 do CC/02).

Há caducidade também, no testamento nuncupativo, ou seja, aquele feito oralmente durante a guerra, perante duas testemunhas. Caso o testador não morra na guerra, o testamento também perde a eficácia.

Maria Helena Diniz⁵¹ considera os seguintes casos de caducidade:

Arts. 8 e 1943 do CC/02: Se o herdeiro instituído premorrer ao testador ou simultaneamente a ele.

Arts. 125 1809 e 1943, CC/02: se o nomeado falecer antes do implemento da condição da qual dependia a herança ou legado; se a condição suspensiva imposta pelo disponente não puder ser realizada.

Arts. 1943, 1798, 1799, 1801, 1939, IV e 1971, CC/02: se o herdeiro instituído ou o legatário renunciar à herança ou ao legado, for incapaz de herdar ou for excluído da sucessão.

Arts. 1939 CC/02: se houver modificação substancial ou perecimento de coisa legada por caso fortuito, pois se a destruição se der por culpa do herdeiro, o legatário terá direito a perdas e danos, e, se ocorrer o fato por ato culposo do próprio legatário, nenhum direito lhe assiste.

Arts. 1891 a 1895, CC/02: se, nas hipóteses de testamento especial o testador não morrer em viagem ou em 90 dias.

Enfim, a ausência de herdeiros sucessíveis e a falta de bens para a composição da herança são consideradas por Arnaldo Rizzardo⁵² como causas de caducidade.

17 O PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Segundo este princípio deve-se aproveitar, ao máximo possível, o negócio, em atenção, principalmente à intenção manifestada pelas partes. Faz parte da orientação do legislador moderno, que se preocupa em salvar os atos jurídicos da inva-

51 DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 22. ed. rev. Atual. e ampl. De acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei nº 276/2007. [S. l.]: Saraiva, 2008. v. 6 (direito das sucessões). p. 1347.

52 RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Sucessões. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2005.

lidade, evitando que os negócios não alcancem as consequências práticas que as partes pretendiam.

Alguns doutrinadores justificam essa tendência de ressaltar a necessidade prática de evitar o desperdício da atividade jurídica, tanto no plano do direito público como no direito privado.

Para Marcos Bernardes Mello⁵³ a conservação do negócio jurídico testamento segue a regra: *pás de nullité sans grief*, segundo a qual não se deve pronunciar a invalidade total do testamento se não há prejuízo a alguém ou à ordem pública.

Desse modo, deve-se invalidar apenas a parte viciada do negócio jurídico, sendo que a conservação do testamento tem seu fundamento principal em tentar preservar ao máximo a vontade do testador, que, por certo, não está mais entre nós para se manifestar.

18 CONVERSÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

Constitui uma das aplicações do princípio da conservação dos atos jurídicos. Trata-se de um expediente técnico de aproveitamento de um negócio jurídico inválido por outro válido, visando o fim a que foi realizado.

A regra geral é de não aplicação da conversão nos testamentos, haja vista que as formas são definidas em lei e cada qual tem a sua peculiaridade.

Contudo, Maria Berenice Dias⁵⁴ defende ser possível a conversão do testamento cerrado declarado nulo por vício formal, em testamento particular. Zeno Veloso também defende a aplicação do princípio do aproveitamento dos negócios jurídicos (art. 170 do CC/02), se foram atendidos todos os requisitos do testamento particular.

Outra possibilidade de conversão defendida pelos autores seria a conversão do testamento nulo que contivesse disposições de pequena expressão econômica, poderia ser cumprido como codicilo.

19 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a exposição do tema invalidade dos testamentos percebe-se que os testamentos muitas vezes têm a sua validade contestada de forma errônea, a fim de atender interesses pessoais de indivíduos que tem relação de parentesco com o *de cuius*. Ou seja, os parentes que seriam herdeiros naturais, de acordo com a ordem de vocação hereditária prevista no Direito Brasileiro, insatisfeitos com a nomeação realizada no testamento, não se furtam a ignorar o ato de última vontade do

53 MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., 2009b.

54 DIAS, Maria Berenice, op. cit.

dono da herança e questionam judicialmente o ato, a fim de tomar posse dos bens.

Trata-se de tema delicado que exige do juiz muito cuidado para compreender a real intenção dos sujeitos que pleiteiam nulidade ou anulabilidade da declaração de última vontade.

Assim, conclui-se que, nós, como operadores do direito, devemos sempre primar pela aplicação da boa-fé objetiva nas relações privadas, agindo com diligência ao assessorar na confecção de um testamento, para que este seja eficaz, preservando sempre a vontade daquele que dispôs de seus bens de modo legítimo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Projeto de lei 6.960, de 12 de junho de 2002.** Dá nova redação aos artigos 2º, 11, 12, 43, 66, 151, 224, 243, 244, 246, 262, 273, 281, 283, 286, 294, 299, 300, 302, 306, 309, 328, 338, 369, 421, 422, 423, 425, 429, 450, 456, 471, 472, 473, 474, 475, 478, 479, 480, 482, 496, 502, 506, 533, 549, 557, 558, 559, 563, 574, 576, 596, 599, 602, 603, 607, 623, 624, 625, 633, 637, 642, 655, 765, 788, 790, 872, 927, 928, 931, 944, 947, 949, 950, 953, 954, 966, 977, 999, 1053, 1060, 1086, 1094, 1099, 1158, 1160, 1163, 1165, 1166, 1168, 1196, 1197, 1204, 1210, 1228, 1273, 1274, 1276, 1316, 1341, 1347, 1352, 1354, 1361, 1362, 1365, 1369, 1371, 1374, 1378, 1379, 1434, 1436, 1456, 1457, 1473, 1479, 1481, 1512, 1515, 1516, 1521, 1526, 1561, 1563, 1573, 1574, 1575, 1576, 1581, 1583, 1586, 1589, 1597, 1601, 1605, 1606, 1609, 1614, 1615, 1618, 1623, 1625, 1626, 1628, 1629, 1641, 1642, 1660, 1665, 1668, 1694, 1700, 1701, 1707, 1709, 1717, 1719, 1721, 1722, 1723, 1725, 1726, 1727, 1729, 1731, 1736, 1768, 1788, 1790, 1800, 1801, 1815, 1829, 1831, 1834, 1835, 1848, 1859, 1860, 1864, 1881, 1909, 1963, 1965, 2002, 2038 e 2045 da Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que “Institui o Código Civil”, acrescenta dispositivos e dá outras providências. (relator: dep. Ricardo Fiuza). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>>. Acesso em: 30 out. 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões.** São Paulo, SP: RT, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 22. ed. rev. Atual. e ampl. De acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei nº 276/2007. [S. l.]: Saraiva, 2008. v. 6 (direito das sucessões).

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil.** Parte Geral. 2. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2002. v. 1.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Herdeiros Necessários e Direi-

to de Representação. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Org.). **Direito das Sucessões e o novo Código Civil**. Belo Horizonte, MG: Editora Del Rey, 2004. p. 105-116.

MADALENO, Rolf. Testamentos inválidos e ineficazes: revogação, rompimento, caducidade, anulabilidade e nulidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões**. 2 ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2007a. p. 265-317.

MADALENO, Rolf. Testamento, testemunhas e testamenteiro: uma brecha para a fraude. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**, Belo Horizonte, n. 350, nov. 2007b. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=350>>. Acesso em: 30 out.2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Freitas Bastos, 1987.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 9. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2009a.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 9. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2009b.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. 21. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2005. v. 6.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Borsoi, 1969. t. 56.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das sucessões**. 26. ed. rev. e atualizada por Zeno Veloso de acordo com o novo Cód. Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002). São Paulo, SP: Saraiva, 2003. v. 7.

_____. **Direito civil: direito de família**. 27. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2002. 6 v.

VELOSO, Zeno. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo, SP: Saraiva, 2003.

v. 21.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 3. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2003. v. 7.

ZANONI, Eduardo A. **Ineficácia y nulidad de los actos jurídicos**. Buenos Aires: Astrea, 2000.

Recebido em: 02 Abril 2011

Aceito em: 17 Maio 2011