

CONRADO PAULINO
DA ROSA

CRISTIANO CHAVES
DE FARIAS

Direito das Sucessões

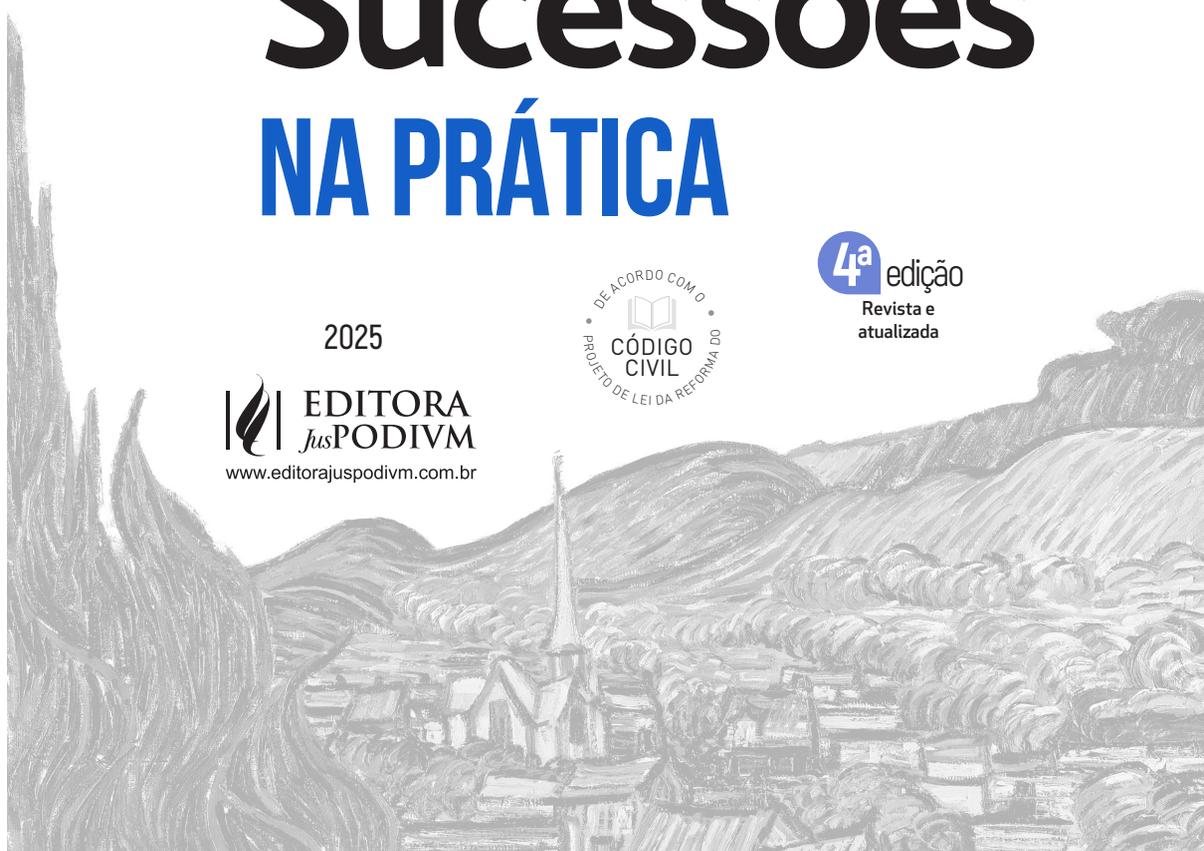
NA PRÁTICA

2025

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br



4^a edição
Revista e
atualizada



Art. 1.856. O renunciante à herança de uma pessoa poderá representá-la na sucessão de outra.

Referências:

↳ Arts. 1.810 e 1.811, CC.

1. BREVES COMENTÁRIOS

Este artigo traz a exceção a este direito. Explica-se, o renunciante da herança de uma pessoa poderá representá-la em outra, ou seja, o renunciante, ao renunciar a herança de determinada pessoa, não ficará impedido de exercer seu direito de representação em face dessa mesma pessoa, quando da sucessão de outro.

A regra fica mais clara quando exemplificada. Trata-se da hipótese em que um filho renuncia a herança da mãe, todavia, poderá ele representá-la na herança do avô materno.

Note que em tendo a renúncia caráter restritivo, deverá ser restritivamente interpretada. Ou seja: a renúncia à herança de meus genitores não impedirá que eu os represente na herança de meus avôs, como exemplificado.

▶ TÍTULO III – DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

▶ CAPÍTULO I – DO TESTAMENTO EM GERAL

Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

§ 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

§ 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

Referências:

↳ Art. 25 da lei 8.069/90.

1. BREVES COMENTÁRIOS

Diferentemente da sucessão legítima, que se baseia na transmissão por força de lei, conforme a ordem de vocação hereditária estabelecida pelo art.

1.829, a sucessão testamentária se lastreia na vontade do *de cuius, falecido*, expressada através de um testamento.

Fundamenta-se a sucessão testamentária na figura do *testamento*, que é “uma disposição de última vontade, pela qual uma pessoa regula o destino do seu patrimônio depois da sua morte, e regula as relações jurídicas para o tempo, em que já não exista, vontade suprema que vigora quando o sujeito desapareceu e que, precisamente por isso, mais do que qualquer outra declaração, exige respeito e impõe escrupulosa obediência.” (RUGGIERO, Roberto de, cf. *Instituições de Direito Civil, Instituições de direito civil*. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3., p. 521).

Nesse contexto, o testamento é um negócio jurídico (e, como tal, marcado pela revogabilidade) *personalíssimo de manifestação da autonomia privada, pelo qual o titular dispõe do seu patrimônio para depois do seu óbito e, por igual, declara outras vontades de natureza econômica ou não*. Por força dessa natureza negocial, não se restringe à declaração de patrimônio para depois do falecimento, sendo possível também a sua utilização para outras manifestações volitivas, com ou sem conteúdo econômico, como a disposição do corpo humano para fins altruísticos ou científicos para depois da morte (CC, art. 14), o reconhecimento de filhos pelo testador (CC, art. 1.609), a deserção de herdeiro necessário (CC, art. 1.961), a instituição de um bem de família (CC, arts. 1.711-1.713), a constituição de uma fundação (CC, art. 62) e a nomeação de um tutor para filhos incapazes deixados (CC, art. 1.729, Parágrafo único), dentre inúmeras outras possibilidades.

É de ser sublinhada, portanto, a efetiva possibilidade de utilização de um testamento para a consecução de outras finalidades, de diversos matizes e naturezas, tenham, ou não, conteúdo patrimonial. Isso porque a marca registrada do testamento é a *declaração de vontade*, como expressão indiscutível da autonomia privada. Funda-se, por conseguinte, na possibilidade de regulamentação de interesses particulares, independentemente da gênese patrimonial.

Merece ressalva o fato de que as disposições testamentárias (existenciais e patrimoniais) são autônomas e independentes entre si, não mantendo uma correlação implicacional. Dessa forma, eventual invalidade, revogação ou caducidade de uma cláusula não alcança as demais. Exemplificando: se uma cláusula que dispõe sobre um legado for nula, a disposição sobre a deserção do herdeiro necessário se mantém.

Lado outro, a liberdade de testar não é absoluta entre nós outros, diferentemente do sistema anglo-saxão. E, por conta disso, como ressalta o §1º deste dispositivo legal, limita-se a liberdade testamentária através do respeito

à legítima. Bem por isso, toda e qualquer invasão à porção indisponível gera nulidade do excesso.

De um modo ou de outro, então, é preciso reconhecer que a base fundante do testamento é *conferir especial relevância aos objetivos qualificados do testador, quais sejam, aqueles que dizem respeito à sua esfera de interesses pessoal, existencial e patrimonial*.

2. APLICAÇÃO NA PRÁTICA

Possibilidade de coexistência da sucessão legítima e testamentária.

Não se ignore a possibilidade de incidência das regras da sucessão legítima e testamentária ao mesmo tempo. Até mesmo porque, como destacado pelo *caput* do comentado dispositivo, o testamento pode abranger apenas uma parte do patrimônio disponível ao titular. É o exemplo do titular que beneficia, por testamento, um de seus herdeiros necessários, como um de seus filhos. Nesse caso, o filho-beneficiado receberá, além da parte que lhe cabe na sucessão legítima, o benefício transmitido por testamento.

Testamento como um negócio jurídico. Testamento é, basicamente, o negócio jurídico pelo qual se dispõe de patrimônio para depois da morte, além de poder conter outras declarações de vontade. Baseia-se, a toda evidência, na autonomia privada, permitindo ao titular escolher o destino de seus bens para depois de seu falecimento.

Limitação objetiva do testamento. A liberdade testamentária, contudo, não é absoluta, na medida em que o titular somente pode dispor da metade de seu patrimônio líquido existente, quando da abertura da sucessão. Isso porque, havendo herdeiros necessários (CC, art. 1.845), o testamento não pode invadir a legítima, sob pena de nulidade no que exceder a restrição legal. O testamento será aproveitado no limite da parte disponível, ocorrendo a invalidade, tão só, no que ultrapassar o limite da legítima, com a respectiva redução necessária.

Disposições de conteúdo existencial. Não se olvide que o testamento não se restringe às disposições de ordem patrimonial (econômica), sendo admissíveis inserções de cláusulas existenciais, como o reconhecimento de filhos, a nomeação de tutor para filhos incapazes, a instituição de fundações ou de bem de família, dentre outras possibilidades. Aliás, o §2º do citado dispositivo legal reconhece o cabimento de testamentos sem cláusulas econômicas, restringindo-se às disposições existenciais. É o caso do testamento deserdativo (no qual o testador deserda um herdeiro necessário) que pode não conter qualquer conteúdo econômico.

Possibilidade de nomeação de curador especial. Por meio da disposição testamentária, o disponente poderá nomear curador especial para os bens deixados a herdeiros ou legatário menor de idade, ainda que o beneficiário se encontre sob o poder familiar ou tutela (art. 1.733, § 2º, do Código Civil).

Instado a decidir sobre questão envolvendo a nomeação de curador especial, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o dispositivo legal mencionado confere ao testador a faculdade de nomear curador especial, o que não obstaculiza o exercício do poder familiar (em nosso entender, função parental) por parte do genitor sobrevivente. Ponderou a Corte que a instituição de curador para administração dos bens deixados pelo testador não prejudica o exercício do poder familiar, uma vez que ao curador caberá tão somente a gestão dos bens deixados sob a referida condição, em observância à autonomia privada do titular do planejamento sucessório. Em razão disso, declarou a validade da cláusula testamentária (STJ, 4ª T., REsp n. 2.069.181/SP. rel. min. Marco Buzzi, j. 10.10.2023, DJ 26.10.2023).

Colidência de interesses que precisa ser efetiva para nomeação de curador especial ao incapaz. Segundo o art. 72, I, do CPC, o juiz deve nomear curador especial ao incapaz se este não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade. Não basta, contudo, colidência de interesses de forma abstrata, devendo haver fundamentação concreta e específica ou comprovação do prejuízo ao incapaz.

Nessa linha de entendimento, o Tribunal de Justiça do Paraná já entendeu pela desnecessidade de nomeação de curador especial para atuar em inventário, pois ausente conflito de interesses entre a cônjuge sobrevivente e o herdeiro menor de idade, bem como porque ausente prejuízos na partilha, considerando que a divisão foi igualitária entre ambos (TJPR, 11ª Câmara Cív., AI n. 0041969-71.2023.8.16.0000, rel. des. Lenice Bodstein, j. 25.09.2023, DJ 02.10.2023).

Reconhecimento de filhos em testamento público e declaração de filiação socioafetiva post mortem. Como dito, o testador pode, em disposição de última vontade, reconhecer filhos, ainda que de forma incidental. Frise-se que tal reconhecimento, ainda que feito de forma incidental no testamento, é irrevogável, de acordo com o art. 1.609 do Código Civil. Nessa linha de inteligência, o Tribunal mineiro: “(...) O reconhecimento, em Testamento Público, cuja validade não foi questionada, somado às demais provas da existência do vínculo emocional e afetivo, inerentes à relação de filho, autoriza a declaração da filiação socioafetiva dos falecidos (pai e mãe) em

relação à autora.” (TJ/MG, Ac. 2ª Câ.m.Cív., Ap.Cív., 10342150124630001, rel. Raimundo Messias Júnior, j. 15.2.22, DJ 25.2.22).

A natureza não testamentária do testamento vital (diretivas antecipadas) e a possibilidade de recusa a tratamento médico ou intervenção cirúrgica por uma pessoa humana. De fato, a Resolução nº 1.995/12 do Conselho Federal de Medicina, combatendo as dores diversas decorrentes de tratamentos e procedimentos médicos que prolongam a vida dos doentes terminais sem chance de cura (a chamada *futilidade médica*), em clara sintonia com o direito à vida digna, autoriza as diretivas antecipadas, permitindo que o titular declare não desejar tratamento médico ou intervenção cirúrgica em determinadas situações. O ato regulamentar determina aos médicos o respeito às *diretivas antecipadas de vontade manifestadas pelo paciente*. Através dessas diretivas antecipadas, o paciente pode definir, enquanto estiver no gozo de suas faculdades mentais, os *limites terapêuticos* a serem adotados em seu tratamento de saúde, em eventual hipótese de estado terminal. Exige-se, para tanto, declaração expressa de vontade. Essa declaração, por óbvio, terá validade e eficácia e prevalecerá, inclusive, sobre qualquer outro parecer não médico e sobre a própria manifestação de vontade dos familiares (§ 3º do art. 2º da Resolução). Seguindo essa linha de compreensão, colhe-se interessante precedente em nossas Casas Judiciais: “1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para ‘aliviar o sofrimento’; e, conforme laudo psiquiátrico, *se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade*, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. (...) 3. O direito à vida garantido no art. 5º, *caput*, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 1º, III, ambos da Constituição, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória...” (TJ/RS, Ac. unân. 1ª Câ.m.Cív., ApCív. 70054988266 – comarca de Viamão, rel. Des. Irineu Mariani, j. 20.11.13, DJRS 27.11.13).

Possibilidade de cláusula testamentária estipulando criogenia do próprio testador como destinação do cadáver (direito da personalidade). Considerando que o art. 14 do Código de 2002 reconhece, como direito da personalidade, o direito ao corpo morto (destinação do cadáver), é de ser reconhecida a liberdade de estipulação testamentária de criogenização (congelamento) do próprio corpo do titular, depois de seu falecimento. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já teve oportunidade de reconhecer

essa possibilidade em instigante precedente: “(...) 1. Discussão travada entre irmãs paternas acerca da destinação do corpo do genitor. enquanto a recorrente afirma que o desejo de seu pai, manifestado em vida, era o de ser criopreservado, as recorridas sustentam que ele deve ser sepultado na forma tradicional (enterro). 2. Criogenia. Técnica de congelamento do corpo humano morto, com o intuito de reanimação futura. 3. Ausência de previsão legal sobre o procedimento da criogenia. lacuna normativa. necessidade de integração da norma por meio da analogia (LINDB, art. 4º). Ordenamento jurídico pátrio que, além de proteger as disposições de última vontade do indivíduo, como decorrência do direito ao cadáver, contempla diversas normas legais que tratam de formas distintas de destinação do corpo humano em relação à tradicional regra do sepultamento. Normas correlatas que não exigem forma específica para viabilizar a destinação do corpo humano após a morte, bastando a anterior manifestação de vontade do indivíduo. Possibilidade de comprovação da vontade por qualquer meio de prova idôneo. legitimidade dos familiares mais próximos a atuarem nos casos envolvendo a tutela de direitos da personalidade do indivíduo post mortem. 4. Caso concreto: Recorrente que conviveu e coabitou com seu genitor por mais de 30 (trinta) anos, sendo a maior parte do tempo em cidade bem distante da que residem suas irmãs (recorridas), além de possuir procuração pública lavrada por seu pai, outorgando-lhe amplos, gerais e irrestritos poderes. Circunstâncias fáticas que permitem concluir que a sua manifestação é a que melhor traduz a real vontade do *de cuius*. 5. Corpo do genitor das partes que já se encontra submetido ao procedimento da criogenia há quase sete anos. Situação jurídica consolidada no tempo. Postulado da razoabilidade. Observância.” (STJ, Ac. 3ª T., REsp 1.693.718/RJ, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 26.3.19, DJe 4.4.19).

Impossibilidade de disposição testamentária para a extração de órgãos humanos do titular para fins de transplantes. Diferentemente do que ocorre em relação à disposição acerca de criogenização do corpo do titular, no que concerne à retirada de seus órgãos para fins de transplantes, a dicção do art. 4º da Lei nº 9.434/97 exige a expressa autorização do cônjuge (ou, por evidente, do companheiro) ou do parente próximo. Ou seja, segundo o texto legal, a extração de órgãos humanos para a realização de transplantes *post mortem* depende da *autorização dos familiares do falecido*, sendo irrelevante a sua própria manifestação de vontade ainda vivo. Inclusive, o Decreto nº 9.175/2017, corroborando esse entendimento, é enfático ao exigir manifestação expressa dos familiares. Chega-se, então, à seguinte conclusão: o titular pode dispor do seu corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, por meio de um testamento, exceto para fins de transplantes. Para

esse específico desiderato será necessária, por expressa disposição legal, o consentimento dos familiares.

Possibilidade de inventário em cartório quando o falecido deixou testamento: interpretação construtiva do art. 610 do Código de Processo Civil.

A partir de um diálogo das fontes normativas com a legislação processual (CPC, art. 610), é razoável afirmar, em interpretação construtiva, que a existência de um testamento não impede o inventário administrativo, em cartório. Isso porque se o testamento já obteve cumprimento regular, pelo juiz das sucessões, em procedimento especial de jurisdição voluntária (CPC, arts. 735 e 736), não há qualquer óbice a impedir que se lavre a partilha extrajudicialmente. Nesse sentido, vem reconhecendo a jurisprudência superior ser possível o inventário extrajudicial, ainda que exista testamento, se os interessados forem capazes e concordes e estiverem assistidos por advogado, quando já chancelado o testamento em juízo (STJ, Ac. unân. 4ª T., REsp 1.808.767/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15.10.19, DJe 3.12.19). No mesmo sentido: “anote-se ainda que as legislações contemporâneas têm estimulado a autonomia da vontade, a desjudicialização dos conflitos e a adoção de métodos adequados de resolução das controvérsias, de modo que a via judicial deve ser reservada somente à hipótese em que houver litígio entre os herdeiros sobre o testamento que influencie na resolução do inventário. 8- Finalmente, uma interpretação sistemática do art. 610, *caput* e § 1º, do Código de Processo Civil, especialmente à luz dos arts. 2.015 e 2.016, do Código Civil, igualmente demonstra ser acertada a conclusão de que, sendo os herdeiros capazes e concordes, não há óbice ao inventário extrajudicial, ainda que haja testamento, nos termos, inclusive, de precedente da 4ª Turma desta Corte.(...)” (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 1.951.456/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.8.22, DJe 25.8.22).

Respeito pela vontade do testador e mitigação das formalidades legais. Considerando que a essência do testamento é o elemento volitivo, a jurisprudência superior vem se orientando no sentido do aproveitamento da vontade, ainda que ocorra a preterição de alguma solenidade legal. Trata-se de visível homenagem à ideia de que os fins superam os meios. Inclina-se, assim, a jurisprudência superior pelo aproveitamento da vontade manifestada no testamento quando, não obstante a existência de certos vícios formais, a essência do ato se mantém íntegra (vide: STJ, Ac. 4ª T., REsp. 600.746/PR, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 20.5.10, DJe 15.6.10).

Na mesma linha: “A análise da regularidade da disposição de última vontade (testamento particular ou público) deve considerar a máxima preservação do intuito do testador, sendo certo que a constatação de vício formal,

por si só, não deve ensejar a invalidação do ato, máxime se demonstrada a capacidade mental do testador, por ocasião do ato, para livremente dispor de seus bens.” (STJ, 4ª T., AgRg no REsp 1073860, rel. min. Antônio Carlos Ferreira, j. 21.03.2013, DJ 01.04.2013).

Dissolução da relação afetiva por morte e a subsistência do regime de bens eleito pelas partes. A dissolução do casamento, ou união estável, pela morte de um dos cônjuges ou companheiros não autoriza o afastamento do regime de bens escolhido pelo casal. Assim, em se tratando de separação absoluta, não haverá direito meatório, malgrado se reconheça direito à herança (STJ, Ac. 4ª T., REsp 689.703/AM, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20.4.10, DJe 27.5.10).

Anteprojeto de reforma e atualização do CC/2002. Foi sugerido, pela comissão de juristas, a inclusão da possibilidade de que o testador individualize os bens da legítima dos herdeiros necessários e como partilhá-los entre eles, respeitado o limite e a proporção legal. Também foi sugerido que os pais, no exercício da autoridade parental, podem instituir, por testamento público, herdeiros ou legatários aos filhos absolutamente incapazes, para o caso de eles falecerem nesse estado, ficando sem efeito a disposição logo que cesse a incapacidade.

3. ENUNCIADOS

▶ **Enunciado 528 das Jornadas de Direito Civil:** É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado “testamento vital”, em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseje no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade.

▶ **Enunciado 16 do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM:** Mesmo quando houver testamento, sendo todos os interessados capazes e concordes com os seus termos, não havendo conflito de interesses, é possível que se faça o inventário extrajudicial.

▶ **Enunciado 600 das Jornadas de Direito Civil:** Após registrado judicialmente o testamento e sendo todos os interessados capazes e concordes com os seus termos, não havendo conflito de interesses, é possível que se faça o inventário extrajudicial.

Art. 1.858. O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo.

Referências:

↳ Arts. 1.609, III, 1.863 e 1.969, CC.

1. BREVES COMENTÁRIOS

Conforme a dicção do texto legal, inspirada em priscas origens romanas e no modelo argentino e uruguaio, o testamento é um *negócio jurídico personalíssimo (intuitu personae)*. Por conta disso, somente o próprio titular do patrimônio pode deliberar sobre o seu destino, para além de seu falecimento. Ninguém mais. É a chamada *autofeitura do testamento*.

Em decorrência dessa natureza personalíssima, não se admite, inclusive, a sua elaboração por meio de um representante, legal ou convencional, mesmo que constituído por instrumento público e com poderes especiais. Nesse caso, a disposição testamentária é nula por afronta ao exposto texto legal (CC, art. 166).

Equivale a dizer: as disposições de última vontade contidas no testamento devem emanar única e exclusivamente da vontade do autor da herança. Será nula, por conseguinte, a cláusula que confira a um terceiro o poder de indicar o beneficiário ou o conteúdo do benefício testamentário.

Disso decorre, outrossim, que duas ou mais pessoas estão proibidas de estabelecer disposições testamentárias conjuntamente, por questões de economia ou celeridade. Ou seja, por um único instrumento não podem testar duas ou mais pessoas, mesmo que sejam cônjuges, companheiros, pais, filhos... que, apenas, desejam economizar tempo e verbas financeiras.

Nada impede, contudo, que o testador seja auxiliado por terceiro que, por exemplo, digite a sua declaração volitiva.

2. APLICAÇÃO NA PRÁTICA

Natureza personalíssima do testamento e a validade de testamentos individuais de diferentes pessoas, mesmo com benefícios comuns. A invalidade de testamento conjuntos, decorrência natural de sua feição personalíssima, não impede que eventuais interessados possam realizar testamentos individuais, mesmo que contenham benefícios comuns. É o que consente, inclusive, a jurisprudência superior: “I. O testamento é consubstanciado por ato personalíssimo de manifestação de vontade quanto à disponibilização do patrimônio do testador, pelo que pressupõe, para sua validade, a espontaneidade, em que titular dos bens, em solenidade cartorária, unilateral, livremente se predispõe a destiná-los a outrem, sem interferência, ao menos sob o aspecto formal, de terceiros. (...) III. Não se configurando, na espécie, a última hipótese, já que o testamento do *de cujus*, deixando suas cotas para sua ex-sócia e concubina, e o outro por ela feito, constituíram atos distintos, em que cada um compareceu individualmente

para expressar seu desejo sucessório...” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 88.388/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 5.10.00, DJU 27.11.00, p. 164).

Nulidade do testamento conjuntivo. Em razão de seu caráter personalíssimo, são inválidas absolutamente as disposições testamentárias conjuntivas, pelas quais duas, ou mais, pessoas dispõem de sua vontade no mesmo instrumento ou reciprocamente. A vedação é criticável, até mesmo por ignorar a realidade viva da sociedade, em que as pessoas praticam atos conjuntos, como cônjuges, companheiros ou irmãos.

A revogabilidade inerente ao testamento e a nulidade de cláusulas derogativas (ou derogatórias). Também estabelece o artigo em comento que o testamento é um ato negocial e, por conseguinte, pode ser revogado a qualquer tempo, seja substituindo-o por outro testamento, seja simplesmente revogando-o, de modo a fazer incidir as regras da sucessão legítima. Esta determinação é de ordem pública, não sendo aceita qualquer disposição testamentária em sentido contrário, declarando, por exemplo, como irrevogável o testamento. São nulas, pois, as cláusulas que subtraíam do testador o poder revocatório – as chamadas cláusulas derogatórias ou derogativas.

Exceção à regra da revogabilidade dos testamentos. De todo modo, há importante exceção ao princípio da revogabilidade, inerente às disposições testamentárias de caráter não patrimonial (extrapatrimoniais). Sobre o tema, inclusive, há importante regra relacionada ao reconhecimento de filhos havidos fora do matrimônio, o qual é irrevogável (CC, arts. 1.609 e 1.610).

Outras características testamentárias. Para além de seu caráter personalíssimo, o testamento é um negócio jurídico unilateral, gratuito, solene, *mortis causa*. Unilateral por depender exclusivamente da manifestação de vontade do testador; gratuito por não visar obtenção de vantagens para o testador, nem mesmo contrapartida dos beneficiários; solene por ter a sua validade condicionada à observância das formalidades prescritas na lei; *mortis causa* por somente produzir efeitos após a morte.

Art. 1.859. Extingue-se em cinco anos o direito de impugnar a validade do testamento, contado o prazo da data do seu registro.

Referências:

↳ Arts. 1.900, 1.903 e 1.909, p.u., CC.

1. BREVES COMENTÁRIOS

O dispositivo legal em comento estabelece o prazo decadencial de cinco anos para impugnação da validade da inteireza de um testamento.

Nesse caso, o lapso decadencial quinquenal é estabelecido para a arguição de invalidades eventualmente existentes na *lavatura do testamento como um todo*, não dizendo respeito a discussões correlatas a eventuais vícios de consentimento referentes às cláusulas testamentárias especificamente, que estão tratados no art. 1.909 do mesmo *Codex*, submetidos a um prazo de caducidade de quatro anos.

Equivale a dizer: o lapso decadencial contemplado no art. 1.909 do *Codex* (quatro anos, contados do *conhecimento do vício*) é destinado para que se suscite uma eventual anulabilidade de uma das cláusulas do testamento nos casos de *erro, dolo* ou *coação*. Ou seja, não se trata, como nesse dispositivo, de arguir a invalidade do negócio jurídico testamentário como um todo, mas tão somente de uma de suas cláusulas por vício de consentimento

Aqui, no art. 1.859 do Código de 2002, o prazo para alegação de invalidades no testamento como um todo é de cinco anos, computados a partir do seu regular registro. Explica-se: como o testamento somente completa o seu ciclo de validade com a determinação judicial de cumprimento (CPC, arts. 735 e 736), somente a partir do seu registro é que fluirá o prazo decadencial para impugnações. Isto é, aberta a sucessão os testamentos devem ser registrados por ordem judicial, em procedimento de jurisdição voluntária, e é a partir da data deste registro que se tem o termo inicial de contagem do prazo.

Por óbvio, nesse dispositivo estão abrangidas todas as categorias de testamento, públicos, cerrados, particulares e especiais.

Entretanto, em que pese a aparente clareza do dispositivo, a doutrina depara-se com um questionamento de importância ímpar: seria o prazo em questão aplicável tanto para os casos de anulabilidade como para os casos de nulidade? Acerca deste questionamento, a posição prevalecente no sistema jurídico é no sentido afirmativo, entendendo que o prazo quinquenal serve para a alegação de nulidades e de anulabilidades no processo de elaboração do instrumento testamentário: “o dispositivo abrange tanto as ações de nulidade (por incapacidade do testador, inobservância de formalidade essencial etc), como as de anulação (por erro, dolo etc), e cria, para o testamento, regime particular, diverso daquele a que se submetem, em regra, os negócios jurídicos inter vivos, os quais, se nulos, jamais convalidam”.

(PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. VI, p. 336).

Predomina, pois, o entendimento de que, ao empregar a expressão “impugnar a validade” o legislador traduziu a ideia de açambarcar as hipóteses de nulidade e anulação. Assim, ainda nas hipóteses de nulidade, decorrido o prazo de cinco anos, não mais será possível discutir a nulidade de um testamento. Haveria, pois, uma excepcionalíssima hipótese de convalidação de uma nulidade de um testamento pelo decurso deste prazo, afastando-se da regra geral dos negócios jurídicos da imprescritibilidade das nulidades.

O tema, contudo, pertence à área cinzenta do Direito, na medida em que, por outro turno, parece recomendável que se almeje a unidade do sistema jurídico, evitando interpretações que despertem incoerências e ressalvas injustificadas, criando exceções sem expressa determinação legal.

2. APLICAÇÃO NA PRÁTICA

Competência para o julgamento da ação anulatória de testamento: juízo do inventário. A competência para processar e julgar a ação de invalidação do testamento é do juízo do inventário, por conta da evidente conexão, evitando, inclusive, decisões colidentes. Assim, mesmo que o testamento tenha merecido chancela (determinação de cumprimento) em outra comarca, competirá ao juízo do inventário, a partir da compreensão construtiva do art. 48 do Código de Processo Civil. A jurisprudência já teve oportunidade de corroborar este pensamento, inclusive: “2(...) 5. Ainda que a ação anulatória não tenha sido proposta em face do Espólio, a declaração de nulidade do testamento interessa à herança e, por isso, deve ser apreciada pelo juízo do inventário.6. A denominada *vis atrativa* do inventário é abrangente, sendo conveniente que todas as demais ações que digam respeito à sucessão, dentre elas o cumprimento das suas disposições de última vontade, também sejam apreciadas pelo juízo do inventário”. (STJ, Ac. 3ª T., REsp 1.153.194/MS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.11.12, DJe 21.11.12).

Termo inicial do prazo quinquenal para a pretensão de impugnação do testamento. A fluência do lapso decadencial não será com a elaboração do testamento, mas, em verdade, com o seu registro, como pontifica a jurisprudência dominante sobre o tema: “(...) De acordo com a regra instituída pelo artigo 1.859 do Código Civil, de 2002, extingue-se em cinco anos o direito de impugnar a validade do testamento, contado o prazo da data do seu registro, que ocorre com a apresentação do testamento ao juiz”. (TJ/

TO, Ac. 2ª Câ.m.Cív., Ap.Cív. 0001694-98.2019.8.27.2721, rel. Des. Marco Anthony Steveson Villas Boas, j. 8.7.20, DJ 10.7.20). No mesmo sentido: “o prazo para impugnar a validade do testamento é de 5 anos, a contar da data de seu registro. Inteligência do artigo 1.859 do Código Civil”. (TJ/RJ, Ac. 12ª Câ.m.Cív., ApCív.0050869-42.2017.8.19.0203 – comarca do Rio de Janeiro, rel. Des. José Acir Lessa Giordani, DOERJ 18.10.21, p. 411).

Ônus de prova da invalidade testamentária. Perlustrando o caminho desbravado pelo art. 373 do Código Instrumental, o ônus de prova para a demonstração da eventual invalidade do instrumento testamentário é do interessado, por se tratar de fato constitutivo do seu direito. Até porque os testamentos chancelados judicialmente gozam de presunção de legitimidade e validade.

Reconhecimento da invalidade somente quando se tratar de vício de maior gravidade, em respeito ao aproveitamento da vontade (princípio da conservação dos negócios jurídicos). Se o fundamento ôntico de um testamento é a preservação da vontade do testador, somente se deve malferir a sua validade quando o vício é, claramente, acobertado por particular gravidade. Fora disso, há de serem afastadas meras irregularidades para preservar o elemento volitivo. A jurisprudência superior está bem cimentada nessa direção, de forma dominante: “(...) 4- Nesse contexto, são suscetíveis de superação os vícios de menor gravidade, que podem ser denominados de puramente formais e que se relacionam essencialmente com aspectos externos do testamento particular, ao passo que vícios de maior gravidade, que podem ser chamados de formais-materiais porque transcendem a forma do ato e contaminam o seu próprio conteúdo, acarretam a invalidade do testamento lavrado sem a observância das formalidades que servem para conferir exatidão à vontade do testador.” (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 2.005.877/ MG, rel. Min. Nancy Andrichi, j. 30.8.22, DJe 1.9.22).

Impossibilidade de procedência do pedido de impugnação da validade por defeitos meramente formais, não comprometedores da idoneidade da vontade do testador. De há muito, firmou-se o (razoável) entendimento de que não se deve macular um testamento quando o vício é, tão só, de forma, sem comprometimento da substância volitiva do ato: “não há falar em nulidade do ato de disposição de última vontade (testamento particular), apontando-se preterição de formalidade essencial (leitura do testamento perante as três testemunhas), quando as provas dos autos confirmam, de forma inequívoca, que o documento foi firmado pelo próprio testador, por livre e espontânea vontade, e por três testemunhas idôneas, não pairando qualquer dúvida quanto à capacidade mental do *de cuius*, no momento do

ato. O rigor formal deve ceder ante a necessidade de se atender à finalidade do ato, regularmente praticado pelo testador.” (STJ, Ac. 3ª T., REsp. 828.616/MG, rel. Min. Castro Filho, j. 5.9.06, DJU 23.10.06, p. 313).

Reconhecimento da invalidade do testamento e jacência e vacância da herança. Se, após o acolhimento da impugnação do testamento, não mais for conhecido qualquer sucessor do testador, o caso será de reconhecimento de herança jacente e, posteriormente, vacância, com a transferência, no segundo momento, do patrimônio deixado para a Fazenda Pública.

Intervenção fiscalizatória do Ministério Público. O Promotor de Justiça somente atuará na ação de invalidade do testamento se houver interesse de incapaz ou relevante interesse social subjacente, a partir do que dispõe o art. 178 do Código de Processo Civil. A falta de sua intimação para tanto produzirá nulidade processual (CPC, art. 278), somente se reconhecido prejuízo para o andamento do feito. Atuando como fiscal da ordem jurídica (*custos juris*), o Ministério Público pode, inclusive, recorrer, mesmo que as partes não recorram (Enunciado 99 da súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça).

Anteprojeto de reforma e atualização do CC/2002. A sugestão é no sentido de ampliar o rol do artigo em comento para contemplar hipóteses além da validade do testamento. Se aprovada nos termos propostos, a reforma possibilitará que, no prazo de 5 anos contados do registro do testamento, possa ser requerida invalidade do ato, seja por nulidade, seja por anulabilidade.

Também há a proposta de inclusão do art. 1.859-A, segundo o qual não podem ser testemunhas em testamentos pessoas com menos de 16 anos de idade, aqueles que não tiverem condições de expressar sua vontade livre e conscientemente, o herdeiro ou legatário instituído, assim como seus ascendentes, descendentes, irmãos, colaterais até o quarto grau e cônjuge ou companheiro, o amigo íntimo ou inimigo de qualquer herdeiro ou legatário instituído e os que mantenham vínculo de subordinação ou prestem serviços ao herdeiro ou legatário instituído.

► CAPÍTULO II – DA CAPACIDADE DE TESTAR

Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos.

Referências:

↳ Arts. 3º e 4º, CC.

1. BREVES COMENTÁRIOS

A capacidade testamentária ativa não se confunde com a capacidade jurídica em geral. Trata-se, na verdade, da aptidão para a elaboração de um testamento. Assim sendo, os conceitos de capacidade jurídica geral e capacidade testamentária são desvinculados. É dizer: mesmo uma pessoa absolutamente capaz para os atos jurídicos em geral pode, eventualmente, não preencher os elementos específicos para elaborar um testamento.

No ponto, convém, de saída, reconhecer uma atecnia no dispositivo. É que, embora o legislador se refira à “capacidade para testar”, nota-se, sem a necessidade de um esforço hercúleo, que se trata verdadeiramente de um caso de *legitimação para testar*. Isso porque, tecnicamente, não se trata de uma *capacidade* para testar (aptidão genérica), mas do atendimento das condições (específicas) exigidas pela norma para o ato. Ou seja, *legitimação para testar*, e não capacidade testamentária.

Cuida-se da *legitimação testamentária ativa* ou, como preferem os italianos, *testamenti factio activa*.

Nesse dispositivo, o legislador utilizou-se de uma técnica de normatização residual, estabelecendo quem não pode testar, de modo a evidenciar que as pessoas não proibidas de testar, naturalmente, estão aptas a fazê-lo. Lista-se quem não pode testar, deixando antever, por conseguinte, que as demais pessoas podem elaborar um testamento. Assim, não podem realizar um testamento, *além dos incapazes* (absoluta ou relativamente, aludidos nos arts. 3º e 4º do Código Civil), os que não tiverem pleno discernimento.

A utilização da expressão “não tiverem *pleno discernimento*” é criticável, sem dúvidas. Até porque uma pessoa sem pleno discernimento pode manifestar a sua vontade livremente. Inclusive, vale a ressalva de que uma pessoa, mesmo sem discernimento pleno, pode exprimir vontade, estando afastada do conceito legal de incapacidade, conforme a diretriz do art. 12 da Convenção de Nova Iorque – que, em nosso sistema jurídico, possui *status* de norma constitucional, em razão do que reza o § 3º do art. 5º da Carta Magna. Evidencia-se, no ponto, portanto, uma incoerência técnica em relação à legitimação testamentária, uma vez que as pessoas que não tenham pleno discernimento podem ser plenamente capazes e, assim, não poderiam sofrer restrições à prática de atos jurídicos.

Exatamente por isso, em relação ao ponto, propomos o uso da técnica de *interpretação conforme a Constituição*, para que seja garantida uma premente necessidade de compreensão adequada da norma, em harmônica interpretação com a Lei Brasileira de Inclusão. Isso porque a *falta de discernimento*