

# AÇÃO DE ROMPIMENTO DE TESTAMENTO PÚBLICO

**Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka**

Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

---

**Sumário:** **1** O caso concreto e a consulta endereçada a esta parecerista: análise e delimitação – **2** Sucessão testamentária: primeiras anotações – **3** Herdeiros necessários e a limitação à liberdade de testar. Legítima dos herdeiros necessários – **4** Prevalência da vontade do testador e o respeito à declaração de última vontade. O princípio da conservação dos negócios jurídicos – **5** Rompimento do testamento: suas causas e a cláusula excludente de sua incidência (arts. 1.973, 1.974 e 1.975 do Código Civil) – **6** O art. 1.975 do CC e a sobrevida parcial do testamento. Redução das disposições testamentárias – **7** Testamento conjuntivo: seu perfil jurídico e a *mens legis* do art. 1.832 do Código Civil – **8** Em conclusão: aplicabilidade da visão legal, doutrinária e jurisprudencial ao caso concreto – **9** Respostas aos quesitos

---

## **1 O caso concreto e a consulta endereçada a esta parecerista: análise e delimitação**

Recebo a consulta do advogado Dr. H., a respeito de uma *ação de rompimento de testamento*, proposta por D., protocolada perante a 5ª Vara de Direito de Família e Sucessões da Comarca de Goiânia (GO). Referido instrumento testamentário contém as disposições de última vontade de S., datado de 20.6.2001, sendo que o falecimento do testador se deu em 10.5.2014, deflagrando a abertura de sua sucessão.

Por ocasião da facção do testamento, e embora o Sr. S. soubesse da existência da autora, na condição jurídica de sua herdeira necessária, sua derradeira vontade foi no sentido de endereçar todo o seu acervo patrimonial para um de seus irmãos, o Sr. R., não observando e preservando, portanto, a quota indisponível do patrimônio, ultrapassando desta forma a legítima, como consequência daquelas disposições inoficiosas.

Tendo sido aberto o inventário do Sr. S., foi nomeado inventariante o seu irmão e herdeiro testamentário, Sr. R.

D., sua filha biológica, assim reconhecida, ingressou com a referida ação de rompimento do testamento, visando, com isso, a declaração de sua ineficácia, o

que retiraria do contexto sucessório em questão todas as disposições de última vontade do sr. S., contidas naquele instrumento, fazendo emergir, unicamente e por consequência, a sucessão legítima, que a beneficiaria na condição de herdeira necessária do autor da herança.

Como fundamento da mencionada ação de rompimento de testamento, a autora valeu-se dos arts. 1.973 e 1.974, ambos do Código Civil, que admitem a ruptura se o testador, ao tempo da facção do instrumento, não sabia da existência de herdeiros necessários, ou se estes sobrevieram à celebração do negócio jurídico unilateral em questão.

Por não ser hipótese legal coincidente com os fatos reais, posto que o testador, Sr. S., sabia, sim, da existência da autora como sua filha biológica, já desde o tempo anterior ao testamento, pede-me, então, o advogado que representa o herdeiro testamentário, Dr. H., que lhe ofereça um parecer no sentido de demonstrar a inadequação da demanda proposta – como o demonstra a dicção do art. 1.975 do Código Civil, dispositivo que bem se aplica ao caso concreto –, de sorte a requerer, em contestação, a carência da ação.

A metodologia empregada para o desenvolvimento deste parecer utilizará a significativa doutrina que alcança o caso concreto, bem como a jurisprudência que retrata decisões no mesmo sentido.

Tendo em vista os fatos que me foram narrados e os documentos que me foram oferecidos, passo a oferecer, então, o parecer que adiante se segue.

## 2 Sucessão testamentária: primeiras anotações

No Brasil, a presença de testamentos é muito baixa. Há quem diga que assim é porque somos, nós brasileiros, uma cultura ainda muito jovem e, como tal, não nos sentimos afetos a práticas ligadas ao fenômeno da morte, exatamente por temê-la e por imaginarmos que tais práticas poderiam atrair a nossa própria morte. De qualquer forma, o direito sucessório brasileiro, na sua contextualização testamentária, legislou por meio de cento e trinta e três artigos, o que parece curioso, se levamos em conta, então, esta baixa incidência de testamentos, entre nós. Haveria uma razão especial a justificar este fato?

Já tive ocasião de escrever a esse respeito dizendo:

é bem provável que a resposta tenha por fundamento motivos de ordem filosófica mais aprofundados que aqueles outros que querem justificar a escassez de testamentos baseados no 'medo da morte'. É provável que o legislador tivesse levado em conta uma ideia maior, a soberana ideia do homem de que, por meio do testamento, realizaria

e expandiria, para além de sua morte e para um futuro no qual já não mais estará, uma das mais importantes ilações de sua personalidade, qual seja o seu desejo, o seu querer e a sua vontade, no que diz respeito ao destino a ser dado aos bens que em vida amealhou ou administrou [...].<sup>1</sup>

E assim é, efetivamente. Bem o diz Zeno Veloso, incomparável sucessionista brasileiro da atualidade, que o testamento é *coisa sacra*, e “enuncia o mandamento de um homem que morreu, a sua última notícia, a sua vontade extrema, o derradeiro recado deixado por sua inteligência e seu espírito no mundo dos vivos”.<sup>2</sup>

Trata-se de negócio jurídico unilateral, porque basta a vontade do testador para que ele se aperfeiçoe, quer no plano da existência, quer no plano da validade, perfeitamente apto à produção dos seus esperados efeitos, eficácia esta, no entanto, que só será diferida na data da abertura da sucessão, quer dizer, no momento da morte do testador. Assim, é correto dizer que a sucessão testamentária se efetiva por meio da livre vontade do testador, na concreção de negócio jurídico unilateral cuja eficácia – justamente por ser *causa mortis* – estará postergada para além de sua morte. As disposições ali contidas têm, habitualmente, caráter patrimonial, mas perfeitamente podem ser, também, disposições despojadas de qualquer conteúdo econômico.

Assim, o testamento – negócio jurídico de caráter personalíssimo que é (art. 1.858 do Código Civil) – traz a marca de características que lhe são muito próprias, como a unilateralidade (antes já mencionada), a solenidade, a gratuidade e a absoluta revogabilidade. O testamento é solene porque exige, para valer, a estrita observância dos requisitos essenciais e das formalidades legais; é gratuito porque não se compadece de qualquer aspecto oneroso, embora suporte a existência de imposição de encargos a herdeiro instituído ou legatário, o que não desvirtua a sua condição característica de gratuidade e é revogável porque a qualquer tempo o testador pode produzir novo instrumento revocatório do anterior, no que respeita às disposições de caráter patrimonial.

### **3 Herdeiros necessários e a limitação à liberdade de testar. Legítima dos herdeiros necessários**

Diferentemente do que ocorre em outros países de tradição *civil law*, a lei brasileira não admitiu a completa liberdade de disposição dos bens, nem mesmo

<sup>1</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CAHALI, Francisco José. *Direito das sucessões*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 264.

<sup>2</sup> VELOSO, Zeno. *Testamentos de acordo com a Constituição de 1988*. 2. ed. Belém: Cejup, 1993. p. 15.

para depois da morte de certa pessoa, assim como não o permite em vida.<sup>3 4</sup> À face do que dispõem os arts. 1.789 e 1.846 do Código Civil,<sup>5</sup> então, o testador apenas pode dispor da metade de seus bens, denominada *parte disponível*, uma vez que a outra metade, denominada *legítima dos herdeiros necessários*, a estes é rigorosamente reservada por lei.

Esta é a chamada *sucessão necessária*, que cuida da tutela sucessória imperativa concedida a familiares mais próximos do autor da herança, irredutível por testamento ou doações, excluída nas restritas hipóteses de indignidade e deserção. Como se vê, o regime legal de tal tutela se estrutura por meio de normas de natureza distinta da sucessão legítima intestada e da sucessão testamentária.

E herdeiros necessários, na dicção do art. 1845 do Código Civil, são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge sobrevivente do falecido.<sup>6</sup>

Salvo se o testador tiver justa e legal causa para afastar herdeiros necessários de sua sucessão (refiro-me à categoria jurídica da deserção, arts. 1.914 a 1.618 CC) – que se será apreciada pelo magistrado para a verificação de que a hipótese se encaixa perfeitamente nos moldes e exigências da lei –, não poderá ele deixar de disponibilizar os bens que integram a porção que àqueles incumbe.

A extrema defesa a esta reserva de legítima, segundo Ana Luiza Maia Nevares, encontra justificativa nos princípios constitucionais de solidariedade familiar e de proteção integral à família. Diz a autora, textualmente: “A legítima adquire especial relevo, pois desempenha, para os membros da família, a função de instrumento para a concretização de uma vida digna, uma vez que estabelece mecanismos econômicos capazes de libertá-los de suas necessidades”.<sup>7</sup> A maneira de se calcular esta metade disponível, sobre a qual poderá incidir a vontade do testador, no sentido do endereçamento diverso de seus bens, deve observar certas regras e certas situações específicas no caso a caso. Assim, do acervo deixado pelo autor da herança, primeiro serão abatidas as suas dívidas, para somente então se partir pela metade, à busca de separar a parte disponível (porção testável), da parte

<sup>3</sup> Art. 548, CC: “É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador”. Art. 549, CC: “Nula é também a doação quanto parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento”.

<sup>4</sup> São, as doações assim realizadas, consideradas inoficiosas e, por isso, nulas na parte que invade a legítima dos herdeiros necessários então existentes, já que a lei não visa proteger prole eventual, mas tão somente os herdeiros que herdariam supondo-se que o doador falecesse no momento da efetivação da doação.

<sup>5</sup> Art. 1.789, CC: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”. Art. 1.846, CC: “Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”.

<sup>6</sup> Art. 1.845, CC: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.

<sup>7</sup> NEVARES, Ana Luiza Maia. O princípio da intangibilidade da legítima. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 544.

indisponível (legítima dos herdeiros necessários). Além disso, e caso o falecido tenha sido casado ou tenha vivido em união estável, e se o regime de bens que regeu esta conjugalidade foi regime que prescrevesse meação, primeiro haveria de se separar o joio do trigo, vale dizer, primeiro se afastaria a meação do cônjuge ou do companheiro sobrevivente para só então ser possível estabelecer o real alcance da herança deixada. De qualquer forma, a regra brasileira é explícita ao assegurar o direito à legítima (50% do acervo do morto) aos herdeiros necessários, caso tenha sido feito testamento.

Dessa forma, para que se verifique se as disposições testamentárias que o testador deixou consignadas, para valerem após sua morte, respeitaram o quanto disposto no art. 1.789, há de se proceder à divisão decorrente do rompimento dos laços matrimoniais ocasionado por sua morte, bem assim, avaliar a quota parte dos bens condominiais.<sup>8</sup>

Caso ainda possuísse bens particulares, que não se comunicaram com o outro membro do casal, e tudo então agora somado, chegar-se-á ao valor total do seu patrimônio transmissível, isto é, sua herança, reservando-se a metade desse valor aos herdeiros determinados pela lei. Caso inexistentes estes últimos, poderá, então, a sua disposição de última vontade recair sobre a totalidade da herança.

Apenas cinquenta por cento<sup>9</sup> do patrimônio total poderá ser entregue por disposição testamentária sempre que possuir o testador descendentes, ascendentes e cônjuge ou companheiro vivos e na constância, por óbvio, do casamento ou da união estável. Esta parte do patrimônio encontra-se reservada por lei para ser entregue aos membros da família, como forma de *provê-los com o necessário para sua manutenção*.<sup>10 11</sup>

<sup>8</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil – Parte Especial do Direito das Sucessões – Da sucessão em geral: da sucessão legítima* (arts. 1.784 a 1.856). São Paulo: Saraiva, 2007). v. 20. p. 51.

<sup>9</sup> “Perante o nosso direito positivo, a porção disponível é fixa, invariável. Em qualquer hipótese, seja qual for a qualidade e o número dos herdeiros, compreenderá sempre a metade dos bens do testador. Assim não acontece, todavia, em outras legislações” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 6. p. 10. O autor elenca, ali, uma série de hipóteses verificáveis na legislação comparada).

<sup>10</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 7. p. 19.

<sup>11</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil – Parte Especial do Direito das Sucessões – Da sucessão em geral: da sucessão legítima* (arts. 1.784 a 1.856). São Paulo: Saraiva, 2007). v. 20. p. 51-52.

Esta escolha do legislador brasileiro por este sistema de reserva da legítima revela fazer coexistirem distintas formas de sucessão *causa mortis*, quer dizer, a sucessão testamentária, de maior apreço do povo romano, e a sucessão legítima, de maior apreço do povo germânico. A doutrina do anterior século aponta que este sistema de liberdade de testar limitada foi o melhor “porque de modo perfeito concilia os elementos em que se apoia o direito hereditário: de um lado, a propriedade, elemento individual, de outro, a família, elemento social”.<sup>12</sup>

Conclui-se, então, que face à disposição dos arts. 1.789 e 1.846<sup>13</sup> do Código Civil, segundo os quais o testador só pode dispor da metade de seus bens, resta a grande questão de se saber se, não havendo respeito a este limite, quais seriam as consequências. Invaldar-se-ia o testamento? Não, o excesso (ou *parte inoficiosa*) não invalida o testamento como um todo, mas traz, como consequência de lei, a redução do valor que houver sido atribuído para além do limite legal. Por outras palavras, as disposições testamentárias serão reduzidas até que a legítima dos herdeiros necessários seja recomposta, por constituir metade indisponível.<sup>14</sup>

Assim, absolutamente correta a lição de Orlando Gomes, quando prescreve que *a legítima não constitui para o de cujus uma limitação ao seu poder de dispor, visto que, se deste fosse efetivamente privado, os atos lesivos seriam nulos e não redutíveis, como são*.<sup>15</sup>

#### **4 Prevalência da vontade do testador e o respeito à declaração de última vontade. O princípio da conservação dos negócios jurídicos**

De um lado está a garantia da reserva legal da legítima dos herdeiros necessários; de outro lado se encontra o direito que têm, as pessoas, de testarem. São direitos igualmente tutelados, protegidos pelo legislador brasileiro, constitucional e civil, e que parecem estar em oposição. Eduardo Oliveira Leite analisa esta situação e assim escreve: “[...] a proteção da família se impôs, pendendo a balança a favor da propriedade da legítima, em detrimento à liberdade de testar”.

<sup>12</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 6. p. 12-13.

<sup>13</sup> Art. 1.789, CC: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”. Art. 1.846, CC: “Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”.

<sup>14</sup> Da jurisprudência: “A inoficiosidade do excesso não acarreta a nulidade da disposição testamentária, mas apenas a inoperância que pode ser reconhecida e compensada nos autos do inventário, onde deva cumprir-se o testamento” (*RT*, n. 365, p. 113; no mesmo sentido, *RT*, n. 793, p. 354).

<sup>15</sup> GOMES, Orlando. *Sucessões*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 78.

Ora, há sem dúvida um embate de direitos e de seu exercício, uma vez que, por uma parte, a legítima visa conferir a constitucional *dignidade da pessoa humana* aos membros de uma família, e, de outra parte, inequivocamente, refreia a autonomia privada das mesmas pessoas humanas, que somente poderão dispor, a título gratuito, de cinquenta por cento de seu patrimônio pessoal, porque não podem excluir da herança os seus herdeiros necessários.

Uma significativa parte da doutrina nacional defende a ideia de que, no Brasil, deveríamos ter um regime sucessório testamentário que fosse completamente livre, como o é em tantos outros países (e com sucesso), respeitando a autonomia da vontade do testador, e não impondo uma quota invariável aos seus herdeiros necessários sem qualquer observância das condições pessoais de cada um desses herdeiros, que pudesse dizer, com exatidão, a respeito das reais necessidades de cada um, bem como se, de fato, havia relação familiar entre o autor da herança e o herdeiro necessário em questão. A vigorar um sistema assim, estaria atendida a *ética da autonomia privada*, autonomia esta realizada por “pessoas dotadas de história [que] produzem, voluntariamente, normas de direito positivo, que também serão dotadas de historicidade (vinculadas a espaço e tempo), e compartilhadas por sujeitos de direito capazes de argumentação e de fala”.<sup>16</sup>

Embora a possível procedência deste raciocínio de nossa contemporânea doutrina, a verdade é que, entre nós, o que permanece é o sistema de preservação da legítima dos herdeiros necessários, na facção de testamentos, se os houver, já que, então, “o grau de autonomia da vontade do testador é bastante amplo, embora não ilimitado”. Vale dizer, “[...] há liberdade de celebração e liberdade de fixação do conteúdo, salvo algumas restrições, aliás importantes (v.g., a impossibilidade de afastar as legítimas)”.<sup>17</sup>

Mas a lei brasileira manteve um especial cuidado, para os casos em que, havendo herdeiros necessários, ainda assim o testador os houvesse ignorado e testado a respeito de seu todo patrimonial, sem a reserva da legítima que àqueles devesse ser assegurada. Dessa forma, pode ocorrer que o testador – seja por quais motivos forem, de modo consciente ou não, e porque é portador de capacidade testamentária ativa – exceda os limites da sua porção testável, ao dispor de mais do que lhe é legalmente permitido, em favor dos herdeiros instituídos e em detrimento dos herdeiros necessários. Em casos assim, então, a lei admite que se faça a *redução das disposições testamentárias* que tenham excedido a quota disponível, ainda que este excesso corresponda a 100% dela.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 78.

<sup>17</sup> PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 92; 105.

<sup>18</sup> Art. 1.967, CC: “As disposições que excederem a metade disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes”.

A redução é, portanto, um direito dos herdeiros necessários de fazer prevalecer a sua legítima, quando o *de cuius* praticou liberalidades além de sua porção disponível, podendo para tanto postular nos autos do inventário ou mediante procedimento específico.<sup>19</sup>

A condução do Código Civil brasileiro, portanto, não foi a de nulificar ou de tornar ineficaz o testamento como um todo, mas, sim, a de produzir a *redução das disposições*, de sorte que a porção indisponível (legítima dos herdeiros necessários) fosse reconstruída inteiramente. Seguiu a lei, portanto, a diretriz da *conservação* do negócio jurídico até onde fosse válido e útil.<sup>20</sup>

O clássico brocardo latino *utile per inutile non vialur*, a significar que o útil não é viciado pelo inútil, corresponde perfeitamente ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, princípio este que permeia sensivelmente o Código Civil que ora vige. Quer dizer, a invalidade parcial, ou a redução de um negócio jurídico – e testamento, lembremo-nos, é negócio jurídico unilateral –, não atingirá a parte válida.

Pontes de Miranda, com a precisão de sempre, ao tratar do negócio nulo, cuidou de bem diferenciar o *princípio da conservação* (ou *convalescença*, como ele diz) do *princípio da conversão*. E escreveu:

Convalescença e conversão são coisas diferentes. Na conversão, nula uma, outra forma deixa que o resultado se obtenha. Na convalescença, o nulo deixaria de ser nulo: não haveria outro, em que se convertesse; de si só (como quem se levante de si mesmo, pelos cabelos) se reergueria.<sup>21</sup>

Dito de outra forma e quanto ao assunto deste parecer: um testamento que ultrapassasse a porção testável – vale dizer, o acervo sobre o qual poderiam incidir as disposições testamentárias – e que sofresse a conseqüente redução dessas disposições inoficiosas (os excedentes), *conservar-se-ia* quanto ao que não foi atingido pela redução. O princípio a salvaguardar o testamento, como exige

<sup>19</sup> NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 419.

<sup>20</sup> Inclina-se a jurisprudência do STJ pelo aproveitamento do testamento. Por todos os julgados: “Em matéria testamentária, a interpretação deve ser voltada no sentido da prevalência da manifestação de vontade do testador, orientando, inclusive, o magistrado quanto à aplicação do sistema de nulidades, que apenas não poderá ser mitigado, diante do caso concreto, passível de ensejar dúvida acerca da própria faculdade que tem o testador de livremente dispor acerca de seus bens” (STJ, 3ª T. REsp nº 753.261. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 23.11.2010).

<sup>21</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. LVI. p. 429.

o contemporâneo direito negocial, é o princípio da *convalescença*, como o designa preferencialmente Pontes de Miranda. Ou seja, o *princípio da conservação*.

Extraordinária é a maneira como Pontes de Miranda buscou fixar um conceito de *conservação*, dizendo que o fazia pela aproximação do jurídico com os *dados da vida*, e, então, para bem explicar ele recorre a vocábulos que são próprios da estrutura humana, adaptando-os ao negócio jurídico *adoentado*, digamos assim, e cuidando de buscar, para ele, a *sanabilidade*, de molde a preservar a vontade do(s) declarante(s) e de molde a preservar os mesmos efeitos que foram originalmente queridos. Para tanto, o autor assim escreve (belíssima lição):

A *conversão* é algo que obriga o corpo, a forma, a seguir a direção da vontade para os fins jurídicos [...]. Aproveitando e melhorando a imagem, digamos: na *convalescença* o corpo morto *ressuscita*; na *conversão*, o espírito persiste e, pois, busca a forma que o contenha; na conservação, *salva-se o corpo a que se cortaram os membros insalváveis*.<sup>22</sup>

Assim, a subsistência válida de parte das disposições de última vontade (albergadas em um testamento) e não corrompida pela redução que sofreu o todo tem por fundamento justamente o atendimento à derradeira expressão de vontade do testador. Essa preferência pela conservação negocial, por meio da aplicação de tutelas ou medidas sanatórias que não promovam o rompimento do negócio, está claramente estampada em diversas passagens do Código Civil, e se aplica ao testamento de modo a que, assim parcialmente preservado, reste garantida e respeitada a autonomia privada, a declaração de última vontade do testador.<sup>23</sup>

A doutrina portuguesa, pela elegante pena de José de Oliveira Ascensão, afirma:

a especificidade do negócio testamentário reside antes de mais nada na necessidade de assegurar que a vontade do testador domine de modo tão puro quanto possível todo o fenômeno. Se todo o efeito se produz porque o testador o quis, há que obter antes de mais nada a segurança da vontade do testador.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. LVI. p. 426.

<sup>23</sup> O princípio da conservação do negócio jurídico pode ser encontrado, por exemplo, nos arts. 144, 157, §2º, 479, 662, 1.268, 1.551, 1.553, 1.554, 1.561 e 1.859 do Código Civil de 2002.

<sup>24</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. A teoria geral do negócio jurídico e o negócio jurídico testamentário. In: ASCENSÃO, José de Oliveira *et al.* *Comemoração dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977 – Direito de Família e das Sucessões*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. v. 1. p. 878.

Na legislação brasileira, o art. 1.899 do Código Civil deixa clara a prevalência da vontade do testador, em casos de dúvidas de interpretação, e esta preferência acolhedora da autonomia da vontade reflete o princípio da conservação negocial, ora em comento, para assegurar, no quanto possa, as disposições derradeiras do testador, este que agora é o autor da herança. O art. 1899 do Código Civil sempre foi analisado sob as regras usuais e costumeiras de interpretação, especialmente aquela que diz que, havendo dúvida, o negócio deve ser salvaguardado no que puder produzir de efeitos, e não condenado, para não produzir efeito algum.

Já era assim no Código Civil anterior, que abrigava regra de igual teor, o art. 1.666, ainda que a doutrina do passado fosse até mais rigorosa do que estamos sendo agora, relativamente a este tema de respeito e prevalência da vontade do testador. Pontes de Miranda, por exemplo, escreveu que “os efeitos das declarações, dos negócios jurídicos, determinam-se pelo conteúdo da vontade, *que se declarou*. [...] É um *tornar visível*,<sup>25</sup> patente, o que se quis, e do que se quis se irradiam os efeitos”. Hoje, a leitura e interpretação de dispositivos do Código Civil deve ser feita conforme a Constituição Federal, bem se sabe, que trata o direito à herança como direito fundamental. Mas a própria lei civil já traz, ela mesma, dispositivos que freiam a vontade do testador, se ela ultrapassa certos limites e compromete a garantia constitucional do direito à herança, como, por exemplo, quando as disposições testamentárias ultrapassam a parte disponível, e avançam sobre a legítima dos herdeiros necessários (art. 1.857, §1º, CC). Tudo isso porque – e é de interesse sempre lembrar –, a liberdade de testar no direito brasileiro não é ilimitada, como o foi nos primórdios da história romana, pois que, entre nós, o legislador estabeleceu limites, operando reservas patrimoniais que beneficiarão aqueles parentes do *de cuius* designados herdeiros necessários.

As restrições do direito sucessório e a protetiva fundamental da Constituição que garantem o direito à herança, por um lado, garantem também, por outro lado, o direito de testar, cujo exercício permite ao testador determinar, em vida, o destino e o endereçamento de seu patrimônio (sempre respeitados os limites legais) como expressão da garantia de atendimento dos princípios constitucionais que valoram a vida do cidadão, como o da dignidade da pessoa humana, por exemplo.

Se o testador quis endereçar seu patrimônio para determinada pessoa e se o testamento apresenta violação a certo preceito legal, como o respeito à legítima dos herdeiros necessários, o negócio não se macula por inteiro, mas sobrevive na parte que não ofende o preceito, porque esta foi a intenção do legislador. Foi o que ele quis. E não se trata apenas de um

<sup>25</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. LVI. p. 386.

critério lógico deixado à disposição do intérprete ou do julgador. Mais que isso, a regra de interpretação citada (art. 1.899 CC) é uma verdadeira norma, já que, no testamento, negócio jurídico unilateral que é, apenas a vontade do testador está presente, e não há necessidade de confronto com qualquer outra vontade oposta.<sup>26</sup>

Essas considerações são as que correm, neste passo, em prol de se estimar, por enquanto, que a autonomia privada do testador deve ser levada sempre em consideração, que a sua última vontade deve ser respeitada e deve mesmo ser prevalente, desde que produzida adstritamente aos limites da lei. Afinal, a determinação legal não pode ser desobedecida, e deve o julgador valer-se dela para a definição hermenêutica do negócio *post-mortem*, descortinando o exato sentido das disposições testamentárias.

## 5 Rompimento do testamento: suas causas e a cláusula excludente de sua incidência (arts. 1.973, 1.974 e 1.975 do Código Civil)

Negócio jurídico que é, o testamento, como todos os demais negócios, existe e se valida com a finalidade exclusiva de alcançar o seu plano de eficácia, quer dizer, a dimensão em que se produzirão os seus efeitos, operando-se a concretização das disposições de última vontade do testador. Esta é a senda e este é o destino do negócio jurídico unilateral denominado testamento.

Contudo, pode suceder que se dê a inutilização das disposições testamentárias contidas num testamento por razões as mais diversas, especialmente aquelas que afetarem a suficiência de seu suporte fático,<sup>27</sup> por lhe faltarem os indispensáveis *pressupostos* de existência, ou aquelas que conduzam à invalidade do conteúdo contratual, pela não presença dos também indispensáveis *atributos* daquele mesmo suporte fático, capazes, por sua vez, de validar o negócio existente. Tudo

<sup>26</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. LVI. p. 436, relativamente ao §5.734.B do texto original do autor.

<sup>27</sup> Suporte fático (ou *tatbestand*, na linguagem germânica) é o grupo de fatos do mundo que o compõem e, por serem fatos relevantes, sobre este suporte fático a regra incide, para torná-lo fato jurídico. Os fatos do mundo, de caráter relevante, capazes de compor um suporte fático, são de variada natureza, como expõe o próprio Pontes de Miranda: a) o nascimento do homem, b) o fato físico do mundo inorgânico, c) a doença, d) o ferimento, e) a entrada em terrenos, f) a passagem por um caminho, g) a goteira no telhado, h) a palavra do orador, i) os movimentos do pastor diante do altar, j) a colheita de frutos, k) a simples queda de fruto (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. I. p. 77).

conforme a dicção e regra contida no art. 104 do Código Civil pátrio.<sup>28</sup> Se a inutilização do negócio testamentário se der, então, por alguma dessas causas, o *diagnóstico jurídico* será o da sua *inexistência* (pela afetação de pressupostos que tornam insuficiente o suporte fático negocial), ou de sua *invalidade* (pela afetação dos requisitos de validade, conduzente à nulidade do negócio).

Mas a inutilização das disposições testamentárias, embora não haja, na lei civil, uma consagração sistêmica, se dará também (além dos casos de inexistência ou de nulidade do negócio) ou pela própria *revogação* do testamento (o mais comum de todos os modos), ou por meio da *caducidade*, ou por meio do *rompimento ou ruptura*. As regras a respeito de um e outro modo de inutilização do testamento estão dispersas na lei, e as que interessam diretamente a este estudo – rompimento do testamento – encontram-se situadas nos arts. 1.973, 1.974 e 1.975 do Código Civil.<sup>29</sup>

Também chamada de *ruptura* ou *rupção*, entende-se por *rompimento do testamento* a perda de sua eficácia em razão de superveniência de descendente do testador, ou de ignorância da existência de herdeiro necessário à época da facção do instrumento testamentário, ou de aparecimento ulterior de descendente que o testador julgava morto.

Romper o testamento, ou produzir a sua ruptura, significa, pois, torná-lo sem efeito, transformá-lo em um nada negocial, o que ocorrerá sempre que se der a superveniência, após a sua facção, de descendente sucessível do testador (arts. 1.973 e 1.974 do Código Civil), quer porque não o tinha e nasceu depois, quer porque ignorava a sua gestação uterina, quer porque não conhecia sua existência e o reconhecimento se deu após sua morte, quer porque o adotou, quer porque um embrião fertilizado com seu material genético, com seu conhecimento e durante sua vida, fora implantado e gerado, ainda que depois de sua morte, dando origem a uma criança. Uma outra hipótese – que se registra desde os tempos romanos – refere o caso de ignorância, por parte do testador, de sobrevida de filho que julgasse morto, ou o nascimento de filho depois de sua morte.

Como se vê, todas essas causas não retratam nenhuma *causa interna* a macular o testamento, que pudessem conduzi-lo à nulidade; não há qualquer afronta

<sup>28</sup> Art. 104, CC: “A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei. Além desses, o suporte fático dos negócios jurídicos exige consentimento livre por parte do (s) agente (s)”.

<sup>29</sup> Art. 1.973, CC: “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”. Art. 1.974, CC: “Rompe-se também o testamento feito na ignorância de existirem outros herdeiros necessários”. Art. 1.975, CC “Não se rompe o testamento, se o testador dispuser da sua metade, não contemplando os herdeiros necessários de cuja existência saiba, ou quando os exclua dessa parte”.

ao suporte fático do negócio jurídico unilateral, não há qualquer desrespeito aos pressupostos de existência ou aos requisitos de validade do testamento. A razão do rompimento de um testamento advém de uma *causa externa*, pela qual ele perde a força de sua eficácia; esta causa externa se dá por um daqueles fatos já mencionados, em especial pelo desconhecimento a respeito da existência de herdeiros necessários. Formalmente, portanto, o testamento permanece intacto e teria eficácia, não fosse a ocorrência deste(s) fato(s) jurídico(s) apontado(s), gerador(es) da causa externa capaz de rompê-lo e de conduzi-lo, assim, à qualidade de um *nada jurídico*.

Esse modo de dissolver os efeitos do testamento e de dissolver, depois e em cascata, seus planos de existência e de validade, já se encontrava na nossa codificação anterior (1916), sendo que Clóvis Bevilacqua seguia a corrente doutrinária de então que imaginava existir, no rompimento do testamento, um caso de *revogação presumida*, uma vez que “[...] o direito supõe que o testador não teria disposto de seus bens, se soubesse da existência de herdeiros necessários seus”.<sup>30</sup>

É fundamental, portanto, para que ocorra o rompimento do testamento que o testador ignorasse a existência de um descendente ou de outro herdeiro necessário, portanto. Ocorrendo qualquer desses casos, o testamento é considerado não escrito, pois

em todas essas hipóteses, presume a lei que não teria ele estado da maneira por que o fez, se houvesse que novamente testar, após a ciência de tais fatos. Por isso, escusa-o de revogar o testamento já existente, e, ela mesma, a própria lei, determina o seu rompimento.<sup>31</sup>

Assim, rompendo-se, o estado de *nada jurídico* será integral, e testamento já não mais haverá, porque “tudo se destrói e restaura-se plenamente a sucessão legítima. Desaparece a sucessão testamentária e ressurge veemente a sucessão legítima”.<sup>32</sup>

Assim, para nós brasileiros, se ao testador sobrevier descendente sucessível que ele não conhecesse, romper-se-á o testamento, aniquilando-se a vontade última daquele e retornando a herança ao seu caminho da sucessão *ab intestato*.

<sup>30</sup> BEVILAGUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 3. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p. 355 (§100 – Revogação dos Testamentos).

<sup>31</sup> RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 7. p. 223.

<sup>32</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Do direito das sucessões – Volume XXI (arts. 1.784 a 2.027). 5. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o texto da Lei nº 11.441/2007.

Se ocorrer o nascimento de descendente do testador, ou se ocorrer a hipótese de reconhecimento de filho havido fora da conjugalidade (casamento ou união estável), ou se ocorrer, por derradeiro, a adoção de filho, estará rompido o testamento, porque a condição para que assim acontecesse seria esta: que, ao tempo de sua facção, o testador não tivesse descendentes de qualquer origem. Como já havia prescrito Bevilacqua, antes:

Feito o testamento em ocasião em que o testador podia dispor livremente do que era seu, se, depois, lhe sobrevém um descendente, ou vem a saber que existe algum, que supunha falecido, o estado de espírito sofre mudança radical, não pode ser o mesmo que era ao tempo da feitura do testamento, e este rompe-se, não podendo subsistir as liberalidades, quanto à legítima do descendente, nem quanto à porção disponível.<sup>33</sup>

Pode ser que não se trate exatamente de uma *revogação presumida*, como pensou Bevilacqua, porque revogação é ato que incumbe apenas ao testador, mas certamente é uma *presunção legislativa* pela qual se crê que o testador não teria testado a favor de outrem, caso soubesse da existência de descendentes ou de outros herdeiros necessários seus, eis que assim fazendo – é o que presume o legislador – agiria em detrimento destes a quem a lei brasileira protege preferencialmente.<sup>34</sup>

A doutrina contemporânea produz clara distinção entre revogação e rompimento, atos que igualmente conduzem à ineficácia do testamento. A revogação decorre certamente da vontade real (ou presumida)<sup>35</sup> do testador, no sentido de não mais desejar que se tornem eficazes aquelas disposições contidas no instrumento testamentário. Já o rompimento resulta de fato externo, a que o legislador confere força bastante para tornar ineficaz a vontade testamentária.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> BEVILACQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*: comentado por Clóvis Bevilacqua. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975. Edição histórica. v. 4. p. 964 (comentário ao art. 1.750 do Código Civil de 1916). Disponível em: <[http://www.aasp.org.br/aasp/login/login.asp?URL\\_G0=/aasp/servicos/biblioteca/encomendada/pesq\\_redirect.asp](http://www.aasp.org.br/aasp/login/login.asp?URL_G0=/aasp/servicos/biblioteca/encomendada/pesq_redirect.asp)> (localização: 347(094.4)(0.072) B467c).

<sup>34</sup> Sabe-se que há um bom número de países ocidentais (principalmente) cujas legislações não produzem esta reserva de legítima para certa categoria de herdeiros (entre nós, os necessários, assim chamados), deixando ao livre arbítrio do testador o endereçamento de seus bens para depois de sua morte. Mas, no Brasil, não é assim.

<sup>35</sup> Se o testador fizer outro testamento, automaticamente estará revogado o testamento anterior, ainda que ele não o diga expressamente.

<sup>36</sup> Conforme, por exemplo, MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Código Civil comentado*. São Paulo: LTR, 2005. p. 1268 e CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das sucessões*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 295.

Esta parecerista<sup>37</sup> não adota a corrente doutrinária que entende haver, na dicção do art. 1.973 do Código Civil, uma *revogação presumida*, porque entende que seria menosprezar demais a vontade do testador, por simples ilação do legislador, relativamente a recônditos da alma daquele, não reconhecíveis obrigatoriamente e, bem por isso, inatingíveis pela pena da lei. Mas esta parecerista reconhece, sem dúvida, como oriundas de determinação legal, aquelas causas de rompimento de testamento (já mencionadas), conforme estão grafadas nos arts. 1.973 e 1.974 do Código Civil atual (correspondentes aos arts. 1.750 e 1.751 do Código Civil anterior), uma vez que correspondem às próprias escolhas protetivo-nistas do legislador brasileiro, e não apenas aquilo que ele imaginou fosse o que pudesse querer o foro íntimo do testador, no momento da facção do testamento. Tanto parece haver correção neste modo de pensar que Rolf Madaleno, por exemplo, afirma a permanência da disposição testamentária, ainda que sobrevenha descendente que não existia ou que era desconhecido ao tempo da facção do testamento, não se aplicando o art. 1.973 referido, se houver previsão expressa do testador, nesse sentido. Diz assim, o autor:

Não deve ser aplicado, entretanto, o art. 1.973 do CC se o testador faz constar expressamente em seu testamento que continuará em vigor sua derradeira manifestação de vontade na hipótese de sobrevir-lhe algum descendente: porque estará então consignando a própria ressalva que retira a presunção contida no dispositivo citado. Com essa simples ressalva, o testador evita a ruptura do seu testamento pela superveniência eventual de algum herdeiro necessário surgido depois do seu testamento.<sup>38</sup>

Tem razão o autor. Contudo, e esse fato infelizmente é real, os tabeliões brasileiros não informam ao testador (quando a situação for esta) que deveria assegurar a sua disposição de última vontade, caso lhe sobreviesse herdeiro necessário que não conhecia ou que não existia ao tempos da facção testamentária, fazendo esta previsão, e determinando, então, a redução das disposições até o integral restabelecimento da legítima desses herdeiros, permanecendo válida e eficaz a sua vontade derradeira quanto à remanescente parte testável.

<sup>37</sup> Essa posição doutrinária é fruto de ampla reflexão pessoal e particular desta parecerista que, ao longo dos muitos anos de seus estudos dedicados ao direito sucessório brasileiro, assim pôde concluir.

<sup>38</sup> MADALENO, Rolf. Testamentos inválidos e ineficazes: revogação, rompimento, caducidade, anulabilidade e nulidade. In: HIRONAKA, Giselda; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 265-318.

Tanto no foro, quanto na literatura jurídica, são múltiplas as opiniões, lançadas em julgados e na doutrina, que discordam da regra extrema do Código Civil que determina o rompimento do testamento naquelas hipóteses, preferindo não extirpar completamente a eficácia do negócio testamentário, mas sim reduzir as disposições testamentárias à metade, de sorte a que possam prevalecer as duas porções e as duas vontades: a porção disponível, pela vontade do testador, e a porção indisponível, pela vontade do legislador.<sup>39</sup>

Esta é uma tendência de interpretação e de julgamento que leva em consideração tanto o respeito à vontade do testador – uma vez que não há *locus* de melhor acolhimento da vontade humana que o testamento, justamente por abrigar a derradeira vontade de alguém – quanto o consagrado princípio da conservação dos negócios jurídicos –<sup>40</sup> desde sempre defendida por Pontes de Miranda, principalmente.

Há correspondência entre esta posição doutrinária que assim se estrutura e o conteúdo legal do art. 1.975 do Código, que determina que não ocorrerá a rupção nas hipóteses em que o testador, mesmo sabendo da existência de herdeiros necessários, para eles não resguarda a parte indisponível, mas, ao contrário, dispõe de todo o seu acervo patrimonial a favor de outra(s) pessoa(s), desconsiderando-os. Por meio desta regra, o legislador do Código Civil, então, preferiu amenizar os efeitos absolutos do rompimento, e conservou, em parte, o negócio jurídico testamentário.

## **6 O art. 1.975 do CC e a sobrevida parcial do testamento. Redução das disposições testamentárias**

Dessa maneira, e como se registrou acima, o Código Civil, em dois artigos, descreve as causas de ruptura do testamento (arts. 1.973 e 1.974), e num terceiro (art. 1.975) registra a situação capaz de excluir o fim do testamento pelo seu rompimento, amenizando seu destino, para que se dê, apenas, a redução das disposições de última vontade.

<sup>39</sup> E assim é, na jurisprudência, já mesmo desde antes, ainda à luz do Código Civil de 1916 (arts. 1.750 e 1.751), como se pode ver deste acórdão, do TJPR que cuida de sucessão aberta sob aquela legislação, ainda que concluído, o inventário, apenas em 2010. Diz a ementa: “Testador que possuía herdeiros necessários à época do testamento, bem como tinha conhecimento dos filhos havidos fora do casamento (g.n.) – Inaplicabilidade dos arts. 1.750 e 1.951 do Código Civil de 1.916 – Manifestação de última vontade que deve permanecer hígida. Sentença correta. [...]” (TJPR. AC nº 0625169-2 – (14019), 12ª C. Cível. Rel. Des. Clayton Camargo. *DJe*, 1º mar. 2010. p. 324).

<sup>40</sup> Conforme já se tratou, no item 3 deste parecer.

Há, portanto, neste derradeiro dispositivo, uma verdadeira cláusula excludente da incidência daquela força devastadora da ruptura, desvelando a salvaguarda que o legislador faz, então, do instrumento testamentário, ainda que parcialmente. E resguardá-lo em parte significa, exatamente, aplicar agora as regras a respeito da redução das disposições testamentárias (arts. 1.966 e 1.967 e parágrafos do Código Civil), tendo em vista que estas disposições são inoficiosas, isto é, excederam o limite admitido pelo legislador.

A clássica lição de Galvão Telles, destacado sucessionista português do passado nem tão remoto, ensina:

as liberalidades *ofensivas da legítima*, chamadas *inoficiosas*, tanto abrangem as liberalidades *por morte* (contidas em testamento) como as liberalidades *em vida* (constantes de doações). Dizem-se *inoficiosas* porque, na concepção romana, eram contrárias ao *officium pietatis*, ou seja, ao *dever de piedade* para com os *parentes próximos*, dever que seria desrespeitado quando não se lhes reservasse, efetivamente, determinado quinhão da massa hereditária (legítima).<sup>41</sup>

Mesmo Clóvis Bevilacqua, ao comentar o seu próprio Código Civil, no começo do século XX, e almejando justificar a finalidade da ruptura do testamento, caso sobrevenha descendente não conhecido, escreveu: “É pois, justo que se considere roto o seu testamento, deixando-lhe [ao testador, ainda vivo] a liberdade de fazer outro, se quiser”.<sup>42</sup> Mas prosseguiu no seu raciocínio para brilhantemente escrever:

A situação não é a mesma do que, sabendo que tem herdeiro necessários, redige o seu testamento, como se os não tivesse. O que assim procede infringe conscientemente a lei, contra a qual ergue a sua vontade; a lei não lhe consente o excesso, mas lhe respeita o direito.<sup>43</sup>

A chave de ingresso na interação intelectual do que seja redução de disposições testamentárias, segundo penso, reside exatamente aí: a lei não permite que o testador exceda, nas suas disposições testamentárias, e alcance a quota

<sup>41</sup> TELLES, Inocêncio Galvão. *Sucessão legítima e sucessão legítimária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 61.

<sup>42</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil Estados Unidos do Brasil*: comentado por Clóvis Bevilacqua. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1957. v. VI. p. 234.

<sup>43</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil Estados Unidos do Brasil*: comentado por Clóvis Bevilacqua. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Francisco Alves, 1957. v. VI.

indisponível; no entanto, corrige o excesso e respeita a vontade última do testador. É este o duplo papel da redução das disposições de última vontade: corrigir e respeitar.

No confronto – digamos assim – entre as categorias jurídicas do rompimento testamentário e da redução das disposições testamentárias, de molde a buscar saber qual deles se aplica a certo caso concreto, basta a verificação simples relacionada ao conhecimento prévio, ou ao desconhecimento, do qual o testador era portador no momento da facção do instrumento testamentário. Ou seja: se ao testar, *não sabia* que possuía herdeiros necessários, e testou invadindo a legítima destes herdeiros, então é o caso de rompimento testamentário; mas, por outra parte, se o testador, ao testar, sabia da existência desses mesmos herdeiros necessários, e ainda assim não lhes garantiu ou respeitou a legítima, então é o caso de redução das disposições testamentárias.

Tem sido muito clara e firme a jurisprudência brasileira nesse sentido. Neste parecer serão citados apenas três acórdãos, mas que falam por todos, ainda que sejam decisões proferidas à luz do Código Civil anterior, mas que poderiam ter sido proferidas à luz deste Código vigente e seria a mesma coisa.

No TJSP, na Ap. Cível nº 178.498-1 (Rel. Silveira Netto, Bragança Paulista, j. 10.12.1992), é possível encontrar a seguinte ementa:

Testamento – Rompimento – Existência de descendente desconsiderado – Hipótese, no entanto, de paternidade reconhecida pelo testador (g.n.) – Aplicabilidade do art. 1.752 do Código Civil [1.916] nos casos em que o testador tinha pleno conhecimento da existência do descendente (g.n.), apesar de trazer negativa no próprio testamento.

No TJMG, em Ag nº 97.395/8 (3. Câ., Rel. Des. Tenisson Fernandes, j. 11.12.1997, *DOMG*, 26 ago. 1998), se lê a seguinte ementa:

Testamento – Rompimento – Inadmissibilidade – Exclusão de filho reconhecido através de ação de investigação de paternidade, após a morte do testador – Prova de que o *de cujus* conhecia a existência daquele filho quando testou (g.n.) – Omissão que significa manifestação de vontade de não-contemplação naquela metade disponível (Acórdão publicado na Revista dos Tribunais nº 759/330-331).

Também no STJ, no REsp nº 985.093/RJ (3ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. para o acórdão Min. Sidnei Beneti, *DJ*, 24 set. 2010), encontra-se a seguinte ementa:

Direito Civil. Sucessão testamentária. Conflito de Normas. Primazia da vontade do testador. I – Nos termos do art. 1.750 do Código Civil de 1.916 (a que corresponde o art. 1.793 do Código Civil de 2002), ‘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’. II – No caso concreto, o novo herdeiro, que sobreveio, por adoção *post mortem*, já era conhecido do testador que expressamente o contemplou no testamento e ali consignou, também, a sua intenção de adotá-lo. A pretendida incidência absoluta do art. 1.750 do Código Civil de 1916 em vez de preservar a vontade esclarecida do testador, implicaria a sua frustração. III – A aplicação do texto da lei não deve violar a razão de ser da norma que encerra, mas é de se recusar, no caso concreto, a incidência absoluta do dispositivo legal, a fim de se preservar a *mens legis* que justamente inspirou a sua criação. IV – Recurso não conhecido.

E, finalmente, no STF, em RE nº 105.538/RS (2ª Turma, Rel. Francisco Rezek, j. 3.9.1985, v.u., *DJ*, 4 out. 1985, p. 17209), encontra-se a seguinte ementa:

Ação de investigação de paternidade. Testamento. Código Civil [1916], art. 1.750. A procedência da ação de investigação de paternidade não importa no rompimento do testamento deixado pelo investigado, se este não ignorava que o investigante era seu filho (g.n.): tese razoável, à vista do art. 1.750 do Código Civil [1916].

## **7 Testamento conjuntivo: seu perfil jurídico e a *mens legis* do art. 1.832 do Código Civil**

O art. 1.863 do Código Civil trata da proibição de testamento conjuntivo (seja simultâneo, recíproco ou correspectivo) ou de mão única. Essa proibição visa evitar que, se fosse permitido, manobras captatórias poderiam estar subjacentes, desnaturando o perfil de liberdade individual da vontade do testador, bem como a sua característica indissolúvel de revogabilidade. Por isso, duas ou mais pessoas não podem, num mesmo instrumento, fazer disposições de última vontade, em conjunto. Suas feições essenciais são a interdependência, a subordinação e a reciprocidade entre as disposições volitivas de ambos os testadores.

Porque o testamento é negócio jurídico unilateral, unipessoal e individual, é este caráter que permite e garante a sua revogabilidade, sua característica e

qualidade maior.<sup>44</sup> O testamento é revogável a qualquer tempo, conforme prescrevem os arts. 1.969 e 1.970 do Código Civil. A este respeito, bem escreve Zeno Veloso: “A revogabilidade, a possibilidade de ele [testamento] ser alterado, mudado, extinto, é da própria natureza e essência do testamento. E esse direito de revogar o testamento é de ordem pública. O testador não pode a ele renunciar. É matéria indisponível”.<sup>45</sup>

A revogabilidade do testamento, como sua característica primordial e essencial, é o grande fundamento da proibição legal de testamento conjuntivo, conforme a prescrição do art. 1.863 do Código Civil, em conjugação com o art. 166, VII, 2ª parte do mesmo Código, dispondo o primeiro artigo especificamente a respeito da proibição, e dispondo, o segundo artigo, acerca da nulidade (ainda que virtual, posto que não há prescrição legal de sanção), em caso de descumprimento do quanto proscrito por lei. A justificativa de tal proibição também se faz tendo em vista que um instrumento testamentário assim produzido equivaleria a um pacto sucessório, o que é expressamente vedado pelo Código Civil, em seu art. 426, que prescreve ser proibida contratação acerca de herança de pessoa viva.

O testamento conjuntivo, isto é, aquele que não pode ser feito por duas pessoas no mesmo instrumento, pode ser simultâneo, recíproco ou correspectivo. Qualquer que seja o tipo, o testamento traça seu destino a caminho da nulidade, no mais das vezes, ainda que a jurisprudência, aqui e ali, tenha desconsiderado este desiderato, em razão das causas específicas que animam o caso concreto.

Por *testamento simultâneo* se entende aquele único ato testamentário no qual os testadores contemplam uma terceira pessoa como seu sucessor *mortis causa*. Por *testamento recíproco*, os testadores se constituem, no mesmo ato, herdeiros um do outro, quer dizer, um constitui o outro seu próprio herdeiro e assim reciprocamente. E por *testamento correspectivo* se entende aquele único instrumento no qual os testadores fazem disposições de retribuição, um ao outro, na mesma proporção. Todas essas modalidades testamentárias se produzem num mesmo instrumento negocial testamentário, e se tornam, então, proibidas porque parecem mesmo conter um pacto sucessório que é expressamente vedado pelo ordenamento. E, como já se assinalou, a infringência a esse princípio conduz à nulidade do testamento dito conjuntivo, exatamente porque, assim produzido, o negócio jurídico em questão mostra-se não vulnerável à sua própria revogabilidade, eis que ambos os testadores, para este mister, deveriam se pronunciar conjuntamente. Cada um dos interessados se mostra, por isso, completamente

<sup>44</sup> “Le testament est l’acte par lequel le testateur dispose pour le temps où il n’existera plus de tout ou partie de ses biens et qu’il peut révoquer” (art. 895 do *Code Napoleon* – 1804).

<sup>45</sup> VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil* – Parte especial do direito das sucessões – Da sucessão testamentária: do inventário e da partilha (arts. 1.857 a 2.027). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 344 e ss.

impedido de, unilateralmente, modificar ou revogar o negócio, como melhor lhe aprobevesse, no futuro.

Singular recente decisão do TJDFT,<sup>46</sup> e dadas as especiais circunstâncias do caso concreto, autorizou o cumprimento de testamento conjuntivo em favor de uma beneficiária, baseado na conversão substancial do negócio jurídico, para que fosse preservada a vontade de um casal falecido. A magistrada de primeiro grau reconheceu que – apesar da posição do Ministério Público – o caso em questão possuía características que exigiam um maior aprofundamento, uma vez que, na situação concreta, inexistiam ascendentes ou descendentes e nem mesmo colaterais que pudessem ser beneficiados com a declaração de invalidade do testamento do casal. Desta forma, ponderou a juíza – e o Tribunal acolheu e manteve a decisão – se houver a decretação da nulidade do instrumento, os bens deixados por um e outro dos testadores seriam entregues à Fazenda Estadual. É certo que se trata de situação atípica e que, por força das regras de interpretação favorável e do princípio da conservação dos negócios jurídicos, se decidiu pela desconside-  
ração da proibição, para atender à derradeira vontade das partes testadoras. Mas não se deixe cair no esquecimento que, mesmo neste caso, o que se retratava, no mundo dos negócios jurídicos, era um único instrumento testamentário, no qual ambos figuravam com testadores emissores de declarações de suas últimas vontades.<sup>47</sup>

O Ministro Cesar Asfor Rocha, em seu voto, relatou que não possui dúvida quanto à compreensão de que o testamento é um ato solene que deve ser submetido a numerosas formalidades que não podem ser negligenciadas ou desprezadas. Mas todas essas formalidades não podem ser consagradas de modo exacerbado, pois a sua exigibilidade deve ser acentuada ou minorada para assegurar a vontade do testador e proteger o direito dos herdeiros, sobretudo dos seus filhos. O jurista Zeno Veloso enalteceu a decisão da juíza de primeiro grau, ao permitir a aplicação do testamento, e considerar as circunstâncias do caso concreto, mandando-se aplicar a esse testamento, que seria em princípio nulo, a figura da conversão, para que ele pudesse ser cumprido. “Eu diria neste momento que esta é a primeira decisão que eu conheço que manda aplicar a conversão para cumprir testamento conjuntivo”, reflete o sucessionista.<sup>48</sup>

Outro destacado julgado, em que pese ter sido prolatado ainda sob a égide do anterior Código Civil brasileiro (de 1916), que foi relatado pelo Ministro Aldir

<sup>46</sup> Disponível em: <<http://profcrislianfetter.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 13 out. 2014.

<sup>47</sup> Não é o caso dos autos, como se verá em momento posterior e próprio para esta análise (resposta aos quesitos), uma vez que S. R. F. e R. R. F. realizaram a facção de seus respectivos testamentos em instrumentos separados e independentes, ainda que perante o mesmo tabelião e as mesmas testemunhas.

<sup>48</sup> Disponível em: <<http://profcrislianfetter.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 13 out. 2014.

Passarinho Junior, tendo participado do julgamento os ilustres ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar, trouxe em sua ementa as seguintes ponderações a justificarem o não acolhimento da alegação de testamento conjuntivo, *in casu*:

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. II. O art. 1.630 da lei substantiva civil veda o testamento conjuntivo, em que há, no mesmo ato, a participação de mais alguém além do testador, a indicar que o ato, necessariamente unilateral na sua realização, assim não o foi, pela presença direta de outro testador, a descaracterizá-lo com o vício da nulidade. III. Não se configurando, na espécie, a última hipótese, já que o testamento do *de cuius*, 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, inaplicável, à espécie, a cominação prevista no referenciado dispositivo legal, corretamente interpretado pelo Tribunal a quo. IV. Recurso especial não conhecido.<sup>49</sup>

## **8 Em conclusão: aplicabilidade da visão legal, doutrinária e jurisprudencial ao caso concreto**

Por tudo quanto até aqui se examinou e analisou, é possível dizer, em conclusão e indubitavelmente, que a ação proposta pela autora é inadequada e que não merece prosperar, a) tendo em vista o que dispõe o art. 1.975 do Código Civil, que prescreve a impossibilidade de se pleitear ruptura de testamento se o testador, embora soubesse da existência de herdeiros necessários, ainda assim não respeitou a legítima a eles correspondente, invadindo-a; b) tendo em vista a clareza doutrinária na demonstração da diferença entre as categorias jurídicas da ruptura de testamento e da redução de disposições testamentárias, o que bem demonstra que a ação escolhida pela autora não recepciona o seu interesse de agir e é, por isso, inadequada à pretensão; c) tendo em vista a firme e sadia jurisprudência de nossos tribunais e cortes, no sentido de afirmar e reafirmar

<sup>49</sup> STJ, 4ª T. REsp nº 88.388/SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 5.10.2000.

esta clara e indubitável distinção das categorias jurídicas antes mencionadas, rejeitando pedidos similares a este, dos autos.

Por tudo, estas conclusões aplicam-se perfeitamente ao caso concreto oferecido à análise desta parecerista. Em palavras últimas: os fatos reais do caso concreto, perfeitamente demonstráveis pelos fatos e pelas provas constantes dos autos, inadmitem a pretensão da autora no sentido de romper o testamento, retirando dele, *in totum*, a sua eficácia.

## 9 Respostas aos quesitos

### **Qual é o fundamento jurídico da norma do art. 1.973 do Código Civil, que prevê o rompimento do testamento?**

Ao adotar a regra que determina a ruptura – vale dizer, a total ineficácia – de testamento que abrangesse todo o acervo de bens do testador, caso ele tivesse herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge) que a ele sobrevivessem, mas a respeito dos quais ele (testador) não tivesse conhecimento, ou ignorasse a existência, quis certamente o legislador brasileiro proteger aquelas pessoas (garantindo-lhes legitimamente a herança do falecido) por supor que isso teria sido também o que faria o testador, caso tivesse sabido da existência de tais herdeiros, quando da facção do documento testamentário. Dito de outra maneira, o legislador presume, pela regra inserta neste dispositivo legal, a revogação automática – digamos assim – do testamento, ainda que sabendo-se ser, a revogação, ato exclusivo do próprio testador que, ao tempo da ruptura ou rompimento, já estaria morto. De qualquer sorte, este é o fundamento de tal regra, de tal determinação contida no Código Civil brasileiro.

### **Quais são as diferenças fundamentais entre rompimento do testamento e redução das disposições testamentárias? Qual a *ratio legis* dessa distinção?**

O legislador brasileiro, em matéria sucessória e testamentária, optou pela proteção de certos herdeiros que privilegiou, chamados herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge), para os quais separa e resguarda obrigatoriamente cinquenta por cento do acervo patrimonial daquele que decidir dispor de seus bens por testamento, tornando esta quota indisponível à livre vontade do testador. Essa porção assim protegida pela lei civil brasileira se denomina *legítima dos herdeiros necessários*. Caso o testador, no entanto, ao testar, o faça a respeito da sua totalidade patrimonial, por não saber ou por desconhecer que possuía tais herdeiros necessários, dispõe a lei (arts. 1.972 e 1.973 do Código Civil) que este testamento se romperá após a sua morte, quer dizer, não produzirá qualquer efeito, como se nunca tivesse havido qualquer negócio jurídico testamentário.

Com isso, desaparece a sucessão testamentária para dar lugar exclusivamente à sucessão legítima, privilegiando aqueles herdeiros necessários que haviam sido preteridos da herança, por força da vontade do testador inserta no documento testamentário. Por outro lado, contudo, se a mesma circunstância de testamento que abrangesse a totalidade dos bens do *de cuius*, mas sob a hipótese, agora, de que ele soubesse, sim, da existência de herdeiros necessários e, ainda assim, houvesse desta forma testado, o Código Civil estampa uma exceção à ruptura do testamento (art. 1.975), considerando-o válido e eficaz na parte que corresponder à quota de disponibilidade à mercê do testador, retirando efeitos apenas da outra quota (outra metade), equivalente à chamada legítima dos herdeiros necessários, a estes endereçando-a, por herança. Essa conservação parcial do negócio jurídico testamentário se dará por força da redução das disposições testamentárias que excederem exatamente a porção não testável do acervo de bens do testador, como dispõe o art. 1.967 do Código Civil.

**No caso concreto, sendo comprovado que o Sr. S. F. sabia da existência de sua filha, caberá o rompimento do testamento?**

Não, conforme a regra do art. 1.975 do Código Civil. No caso concreto, tudo quanto se juntou aos autos conforma um consistente corpo probatório habilitado para demonstrar que, sim, o testador, Sr. S. F., sabia da existência de sua filha biológica desde sempre e, se testou – todas as vezes – desconsiderando este fato e desrespeitando a legítima dos herdeiros necessários, o fez porque quis. Sabia da existência, mas desconheceu-a como sua herdeira necessária. Este bom corpo de provas, que se apresenta por toda a contestação se mostra, por exemplo: a) no fato de a autora ter sido registrada apenas pela sua mãe biológica e não (também) pelo seu pai não biológico, que não compareceu fisicamente ao cartório de registro civil. Passou a figurar como pai registral e assim foi por 32 anos; b) no fato de a autora ter pedido ajuda financeira ao Sr. S., por ocasião de um acidente, quando ela tinha apenas 13 anos de idade, muito antes do exame de DNA (que outra pessoa, senão um pai, faria coisas assim?); c) no fato de o Sr. S. ter contratado advogado para o processo de separação de sua filha, resolvendo, inclusive, financeiramente, a pendência existente acerca da divisão do único bem do casal (que outra pessoa, senão um pai, faria coisas assim?); d) no fato de o pai registral não ter ficado nada surpreso ao saber que não era pai biológico da autora, quando da revelação deste fato por sua mãe (provavelmente porque ele sempre soube disso); e) no fato das várias declarações que foram juntadas, dadas por pessoas que conviveram, de perto, com o pai biológico da autora, e

que – reproduzindo conversas do passado – afirmam que o testador sabia da existência desta filha biológica, que ele havia sido avisado de sua existência desde o momento de seu nascimento; f) no fato de que sua própria filha biológica deixou claro, em conversas que teve com pessoas cujas declarações, depois, estão transcritas nos autos, que o Sr. S. sabia, sim, ser o seu pai biológico desde a sua concepção; g) no fato de o Sr. S. ter contratado uma carteira de previdência, em outubro de 2013, e ter indicado, mais uma vez e como sempre – como seu único beneficiário, na ocorrência de sua morte – o seu irmão, Sr. R., mesmo estando a conviver, nesta época, e já há mais de quatro anos, com a filha biológica, isto é, desde a realização do exame de DNA, em agosto de 2009 (a demonstrar que ele mesmo tendo certeza do vínculo parental biológico, ainda assim não quis contemplar de nenhuma forma); h) no fato de que, em nenhuma das versões de seu testamento, o Sr. S. jamais alterou as disposições de sua última vontade para incluir a sua filha biológica, ou para proteger a sua legítima, nem mesmo depois da realização do exame de DNA, em 2009, que confirmou a existência de vínculo parental consanguíneo entre eles (poderia ter modificado a última versão do testamento – e teve 5 anos para isso –, mas não o fez, porque não quis). As evidências a respeito de que ele sempre soube da existência de sua filha biológica saltam aos olhos e curvam-se à verdade. Porque, como disse Friedrich Nietzsche, “é só dos sentimentos que procede toda a autenticidade, toda a boa consciência, toda a evidência da verdade”.

### **Não sendo o caso de rompimento de testamento, qual a categoria jurídica sucessória a ser aplicada no caso em análise?**

A categoria jurídica aplicável ao caso concreto é a redução das disposições testamentárias, conforme o que dispõe o art. 1.967 do Código Civil.

### **Não sendo o caso de rompimento de testamento, quais as consequências jurídicas para a demanda proposta pela filha do falecido?**

Por tudo quanto se viu e analisou, e pelas respostas aos anteriores quesitos, não restaram dúvidas a respeito da inadequação da ação de rompimento de testamento para o caso *sub judice*, vale dizer, para a apreciação dos fatos que descrevem e fundamentam a lide. Por esta razão, a demanda deve ser julgada extinta sem apreciação do mérito, uma vez que o interesse processual se encontra ausente, no caso, porque a via eleita não foi a adequada (CPC, art. 267, VI). Na verdade, não houve a imprescindível adequação entre o que se pediu e a proteção jurisdicional pretendida. O descompasso comprometeu a sobrevivência da ação, acarretando, sem dúvida, a sua própria carência.

**Existe nulidade no testamento em benefício do Sr. R., com fundamento no art. 1.863 do Código Civil de 2002 (ou art. 1.630 do Código Civil de 1916)? Há ou houve alguma simulação no ato testamentário ou fraude praticada pelo consulente?**

Não. O testamento feito por S. mostra-se como negócio jurídico perfeito: 1) quer quanto à *suficiência dos elementos do suporte fático* que se albergam no *plano de existência* dos negócios jurídicos em geral; 2) quer quanto à *ineficiência dos atributos de validade* que dizem respeito a este plano ou dimensão negocial; 3) quer ainda, e por fim, quanto à presença dos *fatores de eficácia*, eis que a morte do testador liberou esta dimensão, pois que a produção dos efeitos do testamento se encontram dependentes da abertura da sucessão do titular da declaração de última vontade ali disposta, tudo conforme a mais consentânea lição de Pontes de Miranda (conferir o item 4 deste parecer). Não se trata de testamento conjuntivo, em absoluto, eis que não apresenta a característica fundamental deste tipo negocial, que é justamente o fato de ter sido elaborado em um único instrumento, por dois testadores emissores de vontades distintas, mas em benefício recíproco. No caso concreto, foram dois os instrumentos testamentários públicos, realizados sob a fé pública do tabelião, preenchidos todos os requisitos exigidos pela lei, cada um deles contendo as disposições de última vontade de cada um dos testadores. Um testamento para cada testador, o que garantiu, incontestavelmente, a perfeita revogabilidade de cada um deles, no tempo e pela forma que cada testador preferisse, caso quisesse fazê-lo. Não aconteceu, portanto, nenhuma simulação ou fraude que pudessem ser atribuíveis aos irmãos-testadores. Cada um deles, pois, conservou integralmente a sua liberdade de ação, de sorte que, *in casu*, não incidiu a proibição do art. 1.863 do Código Civil vigente, correspondente ao art. 1.630 do Código Civil anterior (conferir o item 6 deste parecer). Ainda sob a égide deste anterior Código, o Supremo Tribunal Federal proferiu exemplar e paradigmática decisão, em 1994, que é espelho e modelo para os julgamentos contemporâneos, eis que a prescrição legal proibitiva de 1916 é a mesma que a de 2002. Neste recurso extraordinário, cujo relator foi o Ministro Néri da Silveira, se decidiu que, em testamentos públicos distintos, feitos por marido e mulher, na mesma data, no mesmo local e perante as mesmas testemunhas e tabelião,

não ocorreu, no caso, testamento conjuntivo, *uno contextu*, ou de mão comum, mas foram feitos dois testamentos em separado, relativamente aos quais o tabelião, com sua fé, certificou, sem qualquer elemento de prova em contrário, a plena capacidade dos testadores e a livre manifestação de sua vontade.

O julgado traz ainda, na sua ementa, a não incidência

da proibição do art. 1.630 do Código Civil (1.916) [sobre] os testamentos de duas pessoas, feitos na mesma data, no mesmo tabelião e em termos semelhantes, deixando os bens um para o outro, pois, cada um deles, isoladamente, conserva a própria autonomia e unipessoalidade.

E a exemplar ementa ainda destaca:

cada testador pode livremente modificar ou revogar o seu testamento. A eventual reciprocidade, resultante de atos distintos, unilateralmente revogáveis, não sacrifica a revogabilidade, que é da essência do testamento. Não cabe, também, falar em pacto sucessório, em se tratando de testamentos distintos.

E finaliza registrando:

o fato de marido e mulher fazerem, cada qual, o seu testamento, na mesma data, local e perante as mesmas testemunhas e tabelião, legando um ao outro a respectiva parte disponível, não importa em se tolherem, mutuamente, a liberdade, desde que o façam em testamentos distintos. Cada um conserva a liberdade de revogar ou modificar o seu testamento. (STF. RE nº 93.603/GO. Rel. Min. Néri da Silveira, Primeira Turma, j. 31.5.1994. *DJU*, 4 ago. 1995. p. 22.643)

Este é exatamente o caso dos presentes autos, transplantada a circunstância para a esfera de dois irmãos. Não há testamento conjuntivo. Não há o que ser nulificado, relativamente ao testamento deixado por S.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Ação de rompimento de testamento público. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 17, p. 171-197, jul./set. 2018. Parecer.

---