

Paulo Lôbo

Direito Civil

Sucessões

volume 6

6ª edição
2020

saraiva  jur



saraiva
E D U C A Ç Ã O

saraiva grat

Av. Doutora Ruth Cardoso, 7.221, 1º andar, Setor B
Pinheiros – São Paulo – SP – CEP 05425-902

SAC

sac.sets@somoseducacao.com.br

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
ANGÉLICA ILACQUA CRB-8/7057

Lôbo, Paulo

Direito civil : volume 6 : sucessões / Paulo Lôbo. – 6. ed. –
São Paulo : Saraiva Educação, 2020.
336 p.

Bibliografia
ISBN 978-85-536-1317-5 (impresso)

1. Direito civil - Brasil 2. Direito das sucessões I. Título.

19-1612

CDU 347(81)

- Direção executiva** Flávia Alves Bravin
Direção editorial Renata Pascual Müller
Gerência editorial Roberto Navarro
Gerência de produção e planejamento Ana Paula Santos Matos
Gerência de projetos e serviços editoriais Fernando Penteado
- Consultoria acadêmica** Murilo Angeli Dias dos Santos
- Planejamento** Clarissa Boraschi Maria (coord.)
- Novos projetos** Melissa Rodriguez Arnal da Silva Leite
- Edição** Eveline Gonçalves Denardi (coord.)
Daniel Pavani Naveira
Estevão Bula Gonçalves
- Produção editorial** Fernanda Matajs (coord.)
Luciana Cordeiro Shirakawa
- Arte e digital** Mônica Landi (coord.)
Amanda Mota Loyola
Camilla Felix Cianelli Chaves
Claudirene de Moura Santos Silva
Deborah Mattos
Guilherme H. M. Salvador
Tiago Dela Rosa
- Projetos e serviços editoriais** Juliana Bojczuk Fermino
Kelli Priscila Pinto
Marília Cordeiro
Mônica Gonçalves Dias
- Diagramação** NSM Soluções Gráficas Ltda.
Revisão Adriana Bairrada
Capa Casa de Ideias / Daniel Rampazzo
Produção gráfica Marli Rampim
Sergio Luiz Pereira Lopes
Impressão e acabamento Gráfica Paym

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito civil 347(81)

Data de fechamento da edição: 1º-10-2019

Dúvidas? Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

CL 605975 CAE 704944

10.11. Substituição do Herdeiro ou Legatário

Substituição é a instituição de pessoa que receberá a herança se a pessoa designada faltar. Pode haver substituição de herdeiro testamentário ou de legatário, pelo testador, se um ou outro não aceitar a herança ou legado. Essa substituição, qualificada pelo Código Civil de vulgar, em homenagem à terminologia tradicional, também denominada direta pela doutrina, há de ser feita de modo expresso no testamento, com nomeação indiscutível da pessoa substituta. Pode, ainda, o testador escolher apenas uma pessoa para substituir todos os demais beneficiários, que não quiserem aceitar o legado ou a herança, ou, inversamente, estipular que o único instituído seja substituído por duas ou mais pessoas, em conjunto ou sucessivamente.

O substituto é herdeiro do testador e não de quem for por este instituído herdeiro ou legatário (substituído). A substituição é na designação e não na herança, pois, se o designado não aceitar ou não puder aceitar, há transmissão direta da herança ao substituto desde o momento da abertura da sucessão, em virtude da *saisine*. O direito sucessório foi direto do *de cuius* para o substituto.

Em dois casos pode haver substituição: se o designado herdeiro não quer, ou não pode ser. Ao contrário, se houver aceitação expressa ou tácita da herança ou do legado, a sucessão expira. Não pode haver aceitação quando o designado falece antes do testador, ou se for considerado sem legitimidade para suceder, ou se for considerado indigno. Se o designado falecer depois do testador e antes de manifestar aceitação, o direito de exercê-la passa para seus herdeiros. A substituição se extingue (caduca) quando o substituto morrer antes do testador.

Também é admissível que o testador opte pela substituição recíproca. Essa modalidade de substituição ocorre quando o testador nomeia duas ou mais pessoas como herdeiros ou legatários e cada uma é substituta da outra, na hipótese de não aceitação ou impossibilidade legal de suceder. Por exemplo, nomeia o testador A e B como legatários de determinados bens, estipulando que, se um não aceitar o legado, o outro o substituirá. Essa hipótese configura mais direito de crescer, pois a herança de quem não a quis é acrescida à de quem a quis. Se um herdeiro ou legatário premorre ao testador ou renuncia à herança, o outro designado passa a ser o único herdeiro.

A doutrina também se refere à substituição compendiosa, assim denominada porque contém várias substituições sob forma de compêndio, isto é, resumo de palavras (Orlando Gomes, 1973, p. 226). Era prevista nas Ordenações Filipinas (Liv. 4, Tít. 87, 12), mas desapareceu no direito contemporâneo.

10.12. Fideicomisso

Fideicomisso é a destinação de bem, como propriedade resolúvel, feita pelo testador (fideicomitente) a uma pessoa de sua estrita confiança (fiduciário) para que o transmita ao destinatário final (fideicomissário), quando ocorrer determinado evento. O Código Civil de 2002 mudou, radicalmente, a finalidade do fideicomisso, que passou a ser em benefício apenas da prole eventual de pessoas designadas pelo testador, por força do art. 1.952, inexistente na legislação anterior. Outro requisito essencial, que também restringiu o fideicomisso, é o de que o fideicomissário (prole eventual) não esteja concebido na data da abertura da sucessão do testador. Essa regra inovadora remete, necessariamente, ao art. 1.800, § 4º, do Código, que estabelece o prazo de dois anos, após a abertura da sucessão, para a concepção do herdeiro (aqui, fideicomissário) esperado, findo o qual os bens passam à titularidade plena do fiduciário.

Assim, toda a tradicional construção doutrinária em torno dos direitos e deveres do fiduciário e dos direitos expectativos do fideicomissário ficam relativizados e conformados a esses eventos futuros e incertos, com eficácia resolúvel, ou seja, não existir o fideicomissário na data da morte do testador e ser concebido dentro de dois anos a partir dessa data.

Permanecem, todavia, os efeitos subjetivos essenciais do fideicomisso, de atribuição de dois direitos sucessórios distintos e simultâneos, isto é, de transmissão imediata do domínio e da posse dos bens ao fiduciário e da transmissão de direito expectativo ao fideicomissário esperado, ambas conjuntamente no momento da abertura da sucessão. Como titular de direito expectativo, o fideicomissário está legitimado a alienar esse direito eventual, a receber esse direito na partilha dos bens inventariados, a exigir caução do fiduciário, a aceitar a herança ou o legado se o fiduciário a eles renunciar.

É resolúvel a propriedade adquirida pelo fiduciário em relação aos bens que lhe foram confiados (CC, art. 1.359), pois essa titularidade resolve-se quando houver o implemento da condição ou o advento do termo que tenham sido estipulados pelo testador. A condição é resolutiva para o fiduciário, mas suspensiva para o fideicomissário, o qual fica dependente de seu implemento (por exemplo, obter graduação universitária) para que o direito expectativo que adquiriu se converta em aquisição plena do domínio.

Por essa razão é que Pontes de Miranda chama a atenção para a inexistência de substituição entre fiduciário e fideicomissário, pois há dupla e simultânea vocação testamentária, separando-os apenas o tempo. Cada um tem uma específica titularidade sobre a mesma coisa; ambos são herdeiros ou legatários da

mesma coisa. Tendo em vista sua natureza de propriedade resolúvel, o fideicomissário (por si, se capaz, ou por seu representante legal, se absolutamente incapaz ou ainda nascituro) pode reivindicar a coisa do poder do fiduciário, ou de terceiro. Sem atenção para essas peculiaridades do instituto, o Código Civil denominou o fideicomisso de “substituição fideicomissária”; porém, substituição não há.

Não há qualquer sucessão entre o fiduciário e o fideicomissário, pois, após a concepção deste, os dois direitos convivem, até que haja o advento do termo ou o implemento da condição estipulados pelo testador (concepção do fideicomissário, nascimento do fideicomissário, determinado tempo, aquisição da capacidade civil pelo fideicomissário etc.), que resolvem o domínio. Antes da ocorrência do evento, o fideicomissário não pode reivindicar a coisa em face do fiduciário, pois seu direito subjetivo é expectativo e eventual.

O STJ declarou inexigível o imposto de transmissão sobre a extinção de fideicomisso, sob o entendimento de que o único ato de transmissão se verificou na instituição do fideicomisso, operação já tributada. Em seu recurso, a Fazenda Estadual afirmava que no fideicomisso existiriam duas transmissões, a do testador para o fiduciário e a do fiduciário para o fideicomissário, motivo por que deveria incidir, também na segunda hipótese, o imposto sobre transmissão (REsp 1.004.707). Correta a decisão, que evidencia o equívoco da Fazenda Estadual, repercutindo a imprecisão doutrinária sobre a matéria, quanto a inexistir sucessão entre fiduciário e fideicomissário.

Para a V Jornada de Direito Civil, sob os auspícios do CJF/STJ, e de acordo com seu enunciado 529, o fideicomisso, previsto no art. 1.951 do Código Civil de 2002, somente pode ser instituído por testamento e não por outro ato jurídico.

Durante muito tempo, a distinção entre os efeitos do fideicomisso e os do usufruto levou a intensas controvérsias. A lei brasileira atual (parágrafo único do art. 1.952 do Código Civil) optou por converter o fideicomisso em usufruto, quando o fideicomissário tiver nascido antes da morte do testador, passando o fiduciário a exercer os direitos de usufrutuário e o fideicomissário investindo-se por força de lei em nu-proprietário. O usufruto será vitalício, em favor do fiduciário/usufrutuário, se o testador não tiver estipulado fideicomisso temporário; nesta hipótese, converte-se em usufruto temporário o fideicomisso temporário, de acordo com o limite temporal fixado pelo testador. Para efeito da conversão do fideicomisso em usufruto, importa a data do nascimento do fideicomissário esperado e não a de sua concepção, que é o critério utilizado pela lei para produção dos efeitos integrais do fideicomisso.

A distinção entre as figuras jurídicas do fiduciário e do usufrutuário, tão sublinhada pela doutrina anterior, se esvanece ante a opção do Código Civil de 2002 de converter o primeiro no segundo, quando o fideicomissário nascer antes da abertura da sucessão do testador/fideicomitente. Parte-se a propriedade em nua-propriedade do que tinha sido designado fideicomissário e em usufruto do designado fiduciário. Essa conversão é por força de lei, não podendo o testador, valendo-se da autonomia privada, estipular em sentido contrário. As regras, portanto, não são mais dispositivas. Os figurantes, como designados pelo testador, apenas persistem se o fideicomissário for concebido após a abertura da sucessão e até dois anos dessa data, em virtude de ser contemplada apenas a prole eventual; somente nessa hipótese, o fideicomisso se concretiza.

Os bens transferidos ao fiduciário configuram domínio e posse resolúveis, dependentes da concepção do fideicomissário, dentro de dois anos a partir da morte do testador. Se não se der a concepção nesse prazo, aplica-se analogicamente o art. 1.958 do Código Civil, com os efeitos da caducidade, consolidando-se a plena propriedade no fiduciário. A incidência do § 4º do art. 1.800 do Código Civil é de rigor, relativamente ao prazo máximo para ocorrência da concepção, não se admitindo tempo indeterminado para que se dê, considerando-se que o fideicomisso é disposição testamentária excepcional, exigente de interpretação restrita.

É esclarecedora a lição de Pontes de Miranda (1973, v. 58, § 5.833), a respeito do significado da nulidade de fideicomissos “além do segundo grau”, pois é perfeitamente válido que o testador se valha da substituição vulgar no fideicomisso, sem quebra do modelo legal, quando estipula que o fiduciário será substituído por outro, se não puder aceitar, ou não quiser aceitar ou se falecer antes do testador. Os graus são relativos a fiduciário e fideicomissário, isto é, não pode o testador estipular transmissão dos direitos do fideicomissário para outro fideicomissário (terceiro grau). Como ele explicita, não se aumenta o grau do fideicomisso se aos figurantes (fiduciário ou fideicomissário) o testador nomear substitutos.

Assim, há compatibilidade do fideicomisso com a substituição vulgar, sem se incorrer na nulidade prevista no art. 1.959 do Código Civil de 2002. Por exemplo, a) na falta ou renúncia do fiduciário, ele será substituído por outra pessoa nomeada; b) e a pessoa nomeada não puder ou não quiser ter filhos, no prazo de dois anos após a abertura da sucessão, fiduciário será o filho ou filhos concebidos de outra pessoa no mesmo período. O STJ (REsp 1.221.817) considerou válida a cláusula testamentária que deu substituto ao fideicomissário, para o caso de este vir a falecer antes do fiduciário ou se se realizasse determinada condição resolutiva.

Segundo o STJ, para caracterização do instituto da substituição fideicomissária é preciso a identificação dos seguintes requisitos: a) caráter eventual; b) que os bens sejam sucessivos; c) capacidade passiva do fiduciário e do fideicomissário; c) obrigação de conservar a coisa fideicomissada para, posteriormente, restituí-la ao fideicomissário (REsp 757.708). Contudo, para o modelo do Código Civil de 2002, que apenas contempla a prole eventual, não concebida antes da morte do testador: a) dispensa-se o requisito da capacidade passiva do fideicomissário; b) não há sucessão entre fiduciário e fideicomissário, pois são titulares de direitos distintos e nascidos simultaneamente com a abertura da sucessão; c) o dever do fiduciário não é de restituir, mas de entregar a coisa ao fideicomissário.

A instituição do fideicomisso não pode gravar toda a herança, pois a parte legítima é inviolável, evidentemente se há herdeiros necessários (descendentes, ascendentes, cônjuge e companheiro quando concorrer com aqueles). A lei (CC, art. 1.951) alude à faculdade de o testador “instituir herdeiros ou legatários”, compreendendo-se como herdeiros apenas os testamentários, mas não os legítimos e, principalmente, os necessários. Essa é a interpretação possível em conformidade com o princípio constitucional do direito à herança (CF, art. 5º, XXX). O fideicomisso ficou restrito à prole eventual de pessoas designadas pelo testador, cuja concepção deve se dar após a abertura da sucessão, o que também afasta a possibilidade de o fideicomissário ser herdeiro (é herdeiro da pessoa indicada pelo testador, ou seja, seu pai ou sua mãe), em virtude do princípio da coexistência (CC, art. 1.798), ou seja, apenas se legitimam a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. O fideicomissário, por ser concebido após a abertura da sucessão, adquire o direito em virtude de sucessão testamentária e não da sucessão legítima.

Se apenas pode ser fideicomissário o não concebido ao tempo da morte do testador e se o fideicomisso se converte em usufruto, em favor do fiador, na hipótese de o fideicomissário nascer antes da morte do testador, que direito adquire o fideicomissário concebido, mas não nascido antes da morte do testador? A lei é omissa. Para que não se vergue a coerência do sistema, considerando que o requisito para o fideicomisso é a prole eventual (portanto não existente) da pessoa nomeada pelo testador, considerando ainda que os já concebidos na abertura da sucessão são legitimados à herança, há de ser aplicada, por analogia, a regra da conversão do fideicomisso em usufruto, que já assegura ao que fora nomeado fideicomissário o direito à nua-propriedade, quando da abertura da sucessão.

A aceitação no fideicomisso não difere das modalidades de aceitação da herança, incluindo legado, admitidas pelo direito brasileiro, sendo frequentemente tácita. O direito brasileiro distingue-se de outros sistemas jurídicos porque

admite a transmissão automática, sem necessidade de consentimento ou aceitação dos herdeiros ou legatários beneficiados ou decisão de qualquer natureza. A essência da norma brasileira é que a morte da pessoa não gera um vazio de titularidade sobre a herança que deixou. Em virtude da *saisine*, a aceitação tácita ou expressa do fiduciário ou do fideicomissário não é constitutiva da transmissão da herança, tendo efeito de confirmação, quando expressa. Mas, a renúncia, sempre expressa, tem eficácia retroativa. Diferentemente da renúncia, a aceitação do fiduciário ou do fideicomissário não produz efeitos retroativos, pois não há qualquer alteração quanto à origem e ao alcance da herança testamentária ou do legado que receberam. A previsão legal da aceitação, com sua natureza declaratória de confirmação, é reforço do direito do herdeiro ou legatário de renunciar à herança ou ao legado.

A aceitação expressa do fideicomissário não é necessária, máxime por ser apenas concebido após a abertura da sucessão, e apenas é possível quando adquirir capacidade de exercício. Enquanto for nascituro ou pessoa incapaz, a aceitação expressa é dada pelo representante legal exclusivamente ou como assistente do fideicomissário relativamente incapaz. A aceitação tácita ou expressa investe o fideicomissário no direito aos acréscimos ao bem objeto do fideicomisso (melhoramentos, acessões, benfeitorias), que porventura ocorrerem, durante o período da titularidade do fiduciário.

Enquanto não for concebido o fideicomissário, dentro do prazo de dois anos a partir da abertura da sucessão, a aceitação expressa ou a renúncia podem ser feitas por seus futuros genitores, que assumem função analógica à de curadores de nascituro. O Código Civil introduziu regra (art. 1.954) explicitando o poder de o fideicomissário, ou seu representante legal, aceitar a herança ou legado, na hipótese de o fiduciário a estes renunciar. O efeito dessa aceitação expressa é a consolidação da propriedade plena na titularidade do fideicomissário, evidentemente se for concebido no período de dois anos após a abertura da sucessão. Se tal não se der, ou se o fideicomissário também renunciar à herança ou ao legado, extingue-se o fideicomisso, permanecendo o bem ou os bens respectivos sob a titularidade dos herdeiros legítimos do testador. Esta não é hipótese de caducidade, mas de extinção do fideicomisso. O efeito extintivo da renúncia pode ser obstado pelos credores dos renunciantes, que podem aceitar em seus nomes, até os limites do crédito, habilitando-se em até trinta dias seguintes ao conhecimento da renúncia (CC, art. 1.813).

Aplicam-se ao fideicomisso os efeitos da posse de boa-fé e de má-fé (CC, arts. 1.210 a 1.222), notadamente os relativos aos frutos e às benfeitorias que o fiduciário tiver realizado (indenização das necessárias e úteis). Com o advento do

termo ou com o implemento da condição, o fiduciário que não entregar a posse da coisa ao fideicomissário converte-se em possuidor de má-fé.

A responsabilidade específica do fideicomissário é em relação aos encargos regulares incidentes sobre a coisa, incluindo as obrigações, no momento em que se resolve a propriedade em relação ao fiduciário. O Código Civil de 2002 alude a “sobrevir a sucessão”, mas de sucessão do fiduciário ao fideicomissário não se trata e sim de transmissão automática ao fideicomissário, cujo direito expectativo converte-se em direito pleno de propriedade da coisa.

Aplicam-se ao não concebido, por analogia, os mesmos princípios que se aplicam à curadoria do nascituro, pois tanto o não concebido como o nascituro não são pessoas, mas já são sujeitos de direitos. A regra da *saisine* impõe a transmissão, desde a abertura da sucessão, da propriedade resolúvel ao fiduciário e do direito expectativo ao fideicomissário ainda não concebido.

Pontes de Miranda (1973, v. 58, § 5.844) sustentava a possibilidade de o testador estipular cláusulas restritivas aos direitos do fiduciário e do fideicomissário. O direito atual apenas admite que as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sejam apostas aos bens da legítima, se houver justa causa declarada no testamento. Essa regra também se aplica aos fideicomissos. Nessa direção de restrição ao poder do testador e maior respeito ao direito à herança, é que se tem como atual a advertência de Pontes de Miranda quanto à cláusula de inalienabilidade, que não pode ter ultraeficácia, ou seja, se aposta ao título do fiduciário não se transmite ao do fideicomissário. Com o advento do termo ou o implemento da condição, o fideicomissário passa a ser pleno proprietário, sem tais restrições.

10.13. Hipóteses de Caducidade do Fideicomisso

São duas as causas de caducidade do fideicomisso, legalmente previstas: a renúncia do fideicomissário e a morte do fideicomissário antes do fiduciário, ou antes do implemento da condição resolutiva que porventura tenha sido estipulada pelo testador.

Quando o fideicomissário renunciar à herança ou ao legado consolidar-se-á no fiduciário a propriedade plena da coisa, segundo o art. 1.955 do Código Civil. Essa regra veio da legislação anterior, voltada essencialmente ao fideicomissário capaz. Porém, atualmente, o fideicomissário é o concebido após a morte do testador, o que leva à dificuldade decorrente para manifestação de sua renúncia, que apenas pode ser expressa, mediante escritura pública ou termo

judicial, por seu representante legal. O pai, a mãe, o tutor e o curador não podem alienar bens imóveis de seus filhos, pupilos e curatelados, sem prévia autorização do juiz. Pela mesma razão, não podem renunciar à herança ou ao legado desses bens, incluindo-se os gravados com fideicomisso, em nome das pessoas protegidas, salvo por motivo justificado e após autorização judicial. De qualquer modo, se houver colisão de interesses entre os pais e o filho fideicomissário, cabe ao juiz dar a este curador especial (CC, art. 1.692). Considerando que o fiduciário é apenas o concebido após a morte do testador e até dois anos desta data (§ 4º do art. 1.800 do CC/2002), a renúncia é ato expresso de seu representante legal, dependente de autorização judicial, depois de ouvido o Ministério Público.

A caducidade também ocorre quando o fideicomissário morrer antes do fiduciário. Para compatibilizar essa regra tradicional com o modelo adotado pelo Código Civil, de contemplar como fideicomissário apenas o concebido após a abertura da sucessão do testador, para que haja caducidade é necessário que o fideicomissário, desse modo concebido, venha a falecer antes do advento da condição ou do termo que o testamento tenha fixado como marco para tal. A regra da caducidade também é aplicável à hipótese de o nascituro fideicomissário nascer morto. Para os fins da caducidade, equivale à morte do fideicomissário sua não concepção no prazo legal de dois anos. A morte do fideicomissário (ou sua não concepção) antes do implemento da condição resolutiva, hipótese aludida no art. 1.958 do Código Civil, pode ocorrer após a morte do fiduciário, quando este for sucedido por seus herdeiros, que assumem a titularidade da propriedade resolúvel, desde que o fideicomisso não tenha sido personalíssimo. A morte do fiduciário, em fideicomisso personalíssimo, não permite a sucessão a seus herdeiros, pois a caducidade opera, inversamente, em favor do fideicomissário, que consolida a propriedade em seu nome. Se o fideicomissário tiver nascido antes da morte do testador e morrido antes da morte do fiduciário, o fideicomisso terá se convertido, por força de lei (CC, parágrafo único do art. 1.952), em usufruto. Nessa hipótese, o fideicomissário adquire a nua-propriedade da coisa e essa titularidade é objeto de transmissão a seus herdeiros. Por não se tratar mais de fideicomisso, inexistente caducidade.

Em caso de morte de fideicomissário, decidiu o STJ (REsp 820.814), em virtude da consolidação da propriedade na titularidade do fiduciário, por caducidade, que o falecimento deste sem deixar testamento impõe estrita obediência aos critérios da sucessão legítima, transmitindo-se a herança, desde logo, aos herdeiros legítimos do fiduciário, inexistindo herdeiros necessários.

Fazendo remissão expressa aos arts. 1.955 e 1.958 do Código Civil de 2002, decidiu o STJ que o fideicomisso caduca se o fideicomissário morrer antes dos

fiduciários, caso em que a propriedade destes consolida-se, deixando, assim, de ser restrita e resolúvel, transmitindo-se aos herdeiros dos fiduciários (REsp 820.814).

10.14. Revogação do Testamento

O testamento pode ser revogado pelo testador, a qualquer tempo, nunca produzindo seus efeitos, apesar de ter juridicamente existido e ser considerado válido. O ato de revogação é inteiramente discricionário, é manifestação unilateral de vontade não havendo necessidade de o testador motivá-lo e não tendo qualquer efeito cláusula de sua irrevogabilidade. Como para qualquer ato jurídico, exige-se que o testador, no momento da revogação, esteja no exercício pleno de sua legitimidade para testar.

A revogação pode ser expressa ou tácita. É expressa quando o testador declara diretamente que revoga o testamento que tinha feito. Para que possa valer, a revogação expressa deve estar contida em documento escrito particular, ou em instrumento público específico ou em documento particular cerrado e aprovado por tabelião. A lei estabelece que a revogação apenas pode utilizar uma das formas em que o testamento pode ser feito. A revogação expressa é, em verdade, como diz Pontes de Miranda (1973, v. 59, § 5.939), outro testamento, talvez só negativo. Não há necessidade, contudo, de ser a mesma forma escolhida para o testamento; assim, se o testamento é público, pode ser revogado por instrumento particular. A revogação expressa, no direito brasileiro, é mais simples que em outros ordenamentos jurídicos, como o alemão, cujo Código Civil exige que apenas se faça mediante outro testamento específico (§ 2.254). No Brasil, não precisa de testamento nem de que o documento tenha nome determinado; o que se exige é que se observe o “mesmo modo e forma como poder ser feito” o testamento. Na hipótese do instrumento particular, em simetria com o art. 1.876 do Código Civil, deve ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico, lido pelo testador e assinado por ele e por três testemunhas que o ouvirem. Basta apenas dizer “fica revogado o testamento x”.


A própria revogação pode ser revogada, restaurando-se o testamento revogado; o testamento vale como se nunca tivesse sido revogado. Válido é o testamento anterior. Para Zeno Veloso (2003, p. 357), no entanto, a revogação da revogação não restaura o testamento antigo, salvo se o testador assim dispuser; a repristinação automática não poderia ocorrer, por falta de uma regra imperativa, como a contida no Código Civil alemão.

A revogação é tácita quando o testador faz outro testamento dispondo sobre seus bens, mesmo sem se referir ao testamento anterior. Não se exige que utilize a mesma forma do testamento anterior, porque não há hierarquia entre as formas de testamento. Assim, testamento público pode ser revogado por testamento particular e vice-versa. Se o novo testamento foi revogado pelo testador, reafirma o primeiro, pois, segundo Pontes de Miranda (1973, v. 59, § 5.942), o sistema mais generalizado é o de reviver o testamento anterior se foi revogado o posterior, porque a revogação total tem de ser expressa.

Também é tácita a revogação quando o testador abrir ou dilacerar o testamento cerrado, aprovado por tabelião, ou permitir que terceiro o faça, pois sua inviolabilidade é essencial para que possa produzir os efeitos após a morte do testador. Há presunção de que o testamento encontrado aberto ou dilacerado o tenha sido pelo próprio testador, mas pode ser provado o contrário pelos interessados, ou seja, tal fato teve autoria de terceiro, o que não conduz à sua revogação. O ônus da prova da revogação é dos interessados na sucessão legítima. Há o obstáculo do art. 1.875, pelo qual o juiz pode deixar de registrar o testamento cerrado se achar vício externo que o torne eivado de nulidade ou suspeito de falsidade, o que não ocorre se a deterioração for natural, em virtude do tempo ou do local onde foi encontrado.

O testamento pode ser revogado total ou parcialmente, tanto na revogação expressa quanto na revogação tácita. É parcial quando a revogação expressa ou o novo testamento apenas refere a parte dos bens deixados ou exclui determinado herdeiro testamentário ou legatário. É total quando a revogação expressa menciona o testamento sem ressaltar parte da herança, ou quando o novo testamento abrange toda a herança. Se a revogação expressa for parcial, o testamento subsiste no que não for por ela alcançado. Se o novo testamento não abranger toda a herança, o antigo subsiste ao lado daquele, no que não contrariá-lo; nesta hipótese, vão os dois testamentos para registro judicial e inventário, devendo o juiz conferir o que é incompatível no antigo com o que dispôs o novo. A última disposição é que prevalece. Por exemplo, no primeiro testamento o testador deixou um imóvel para A e no segundo lega metade desse mesmo imóvel a B; A e B serão condôminos em igualdade. Se o novo testamento não contradiz o antigo, este permanece íntegro ao lado do novo.

A revogação não produz efeitos quanto às declarações incidentais contidas no testamento que não digam respeito à herança. Por exemplo, o reconhecimento de filho havido fora do casamento declarado incidentalmente no testamento sobrevive à revogação deste (CC, art. 1.610), ou a confissão de dívida, ou a nomeação de tutor.



A revogação tácita tem força própria e não depende do destino do testamento que a contiver. Se o novo testamento incidir em hipótese de caducidade, tal fato não afetará o efeito da revogação. Se o único ou os únicos herdeiros testamentários não puderem suceder, por indignidade, ou renunciarem à herança, ou forem considerados ilegítimos a suceder, ainda assim, o testamento dito caduco produz seus efeitos de revogação do anterior, devendo a herança ser objeto da sucessão legítima. Porém, fora das hipóteses de caducidade, a invalidade do novo testamento, por violação de solenidades essenciais ou por vícios intrínsecos, também invalida a revogação nele contida, impedindo seus efeitos, permanecendo o testamento anterior. O nulo é nenhum de efeitos.

10.15. Rompimento ou Ruptura do Testamento

O testamento pode ser ineficaz, quando se der a abertura da sucessão, em virtude de circunstâncias desconhecidas do testador, quando fez o testamento. Diz-se rompimento ou ruptura do testamento, que não pode prevalecer quando colidir com os direitos de herdeiros necessários.

São requisitos cumulativos para o rompimento do testamento: a) existência de descendente sucessível não contemplado no testamento; b) desconhecimento da existência do descendente, por parte do testador; c) sobrevivência do descendente ao testador. O rompimento resulta em ineficácia e não em invalidade (anulabilidade ou nulidade) do testamento. O testamento é válido, porém ineficaz em relação ao descendente não contemplado.

Ineficaz é o testamento, por ruptura, quando nascer posteriormente filho do testador e este não modificar o testamento. Ou, em vida do testador e após o testamento, falecer filho deixando neto daquele. Também há ruptura quando qualquer desses descendentes já tinha nascido antes do testamento, mas o testador desconhecia esse fato. Exemplifique-se com relacionamento sexual eventual, que levou à gravidez da mãe, tendo este omitido o fato ao testador. A ineficácia do testamento também ocorre quando a investigação judicial da paternidade se iniciou ou se concluiu após a abertura da sucessão. O único requisito legal é que o descendente tenha sobrevivido ao testador, ou seja, tenha nascido ou sido concebido antes de sua morte. Nesse sentido é a decisão do STJ (REsp 539.605), para o qual o surgimento de novo herdeiro não rompe o testamento, com intuito de beneficiar o cônjuge sobrevivente, se o testador tinha outros herdeiros e se ateu à parte disponível.

Também há ineficácia do testamento se houver outros herdeiros necessários, cuja existência era desconhecida do testador quando fez o testamento. Os outros