

SILVIO RODRIGUES

Professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo. Doutor *Honoris Causa* da Faculdade
de Direito da Universidade de Paris XII.

DIREITO CIVIL

Direito das Sucessões

VOLUME VII

16ª edição, atualizada e ampliada

1989

 editora
SARAIVA

CAPÍTULO I

SUCCESSÃO TESTAMENTÁRIA. TESTAMENTO

SUMÁRIO: 51. Introdução. 52. Testamento. Conceito. 53. Da capacidade para fazer testamento. 53-A. Da captação da vontade como causa de anulação do testamento.

51. *Introdução.* — Ao lado da sucessão legítima, que se processa por força da lei e nos casos analisados, encontra-se a sucessão testamentária, que deriva da manifestação de última vontade, revestida da solenidade prescrita pelo legislador.

Com efeito, este permite a disposição de bens por testamento; apenas limita essa liberdade de disposição, no caso de ter o testador herdeiros necessários, ou seja, descendentes ou ascendentes, pois, nessa hipótese, só pode o testador dispor da metade de seus bens, visto que a outra metade constitui a reserva daqueles herdeiros que, fora o caso excepcional de deserção ou exclusão, a ela têm direito.

A possibilidade de transmitir bens por testamento, a despeito de atacada por alguns, representa, de um certo modo, um corolário do direito de propriedade, pois a lei completa a extensão desse direito, permitindo a seu titular, com uma amplitude maior ou menor, ditar o destino de seus bens para após sua morte.

Os autores são unânimes em acentuar a vetustez do direito de testar e não se cansam de pôr ênfase na importância que o mesmo ostentava no passado, principalmente entre os romanos, onde o testamento era usado já antes da Lei das XII Tábuas ⁶¹.

61. A propósito, escreve P. F. GIRARD: "A la différence des sociétés nombrées ou l'hérédité n'est déferée que par la loi, qui ne connaissent que la

Todavia, no Brasil é reduzida a difusão da sucessão testamentária, e o eminente Washington de Barros Monteiro, com sua enorme autoridade de grande juiz que foi, informa que, em cada dez sucessões legítimas que se abrem, ocorre uma sucessão testamentária, fixando-se, portanto, uma proporção de dez por um em favor da primeira.

Isso se deve, talvez, à excelência da sucessão legítima, na forma por que a disciplinou o legislador brasileiro, pois contempla justamente as pessoas da família do *de cujus* que este, efetivamente, desejaria contemplar. Principalmente quando se trata de hereditando com descendência. Aliás, a maioria dos casos de testamento se apresenta nas hipóteses de testadores sem filhos, que querem beneficiar o cônjuge em detrimento de ascendentes, ou afastar um cônjuge separado de fato, ou beneficiar, através de legados, determinadas pessoas. Raros são os testamentos retirando dos filhos parte importante da quota disponível.

A despeito da menor importância, entre nós, da sucessão testamentária, o legislador brasileiro a ela consagrou a parte maior do Livro referente às sucessões. Com efeito, dedicou-lhe cerca de vinte capítulos e cento e quarenta artigos, muitos dos quais se destinam a interpretar a vontade do *de cujus* e a esclarecer o conteúdo do testamento.

São normas de menor interesse social, que sobrevivem como produto de um excessivo, senão exagerado, respeito à pseudo vontade do testador.

A sucessão testamentária se processa através de testamento. Este capítulo cuida de defini-lo e de analisar a chamada *capacidade testamentária ativa*.

52. *Testamento. Conceito.* — O art. 1.626 do Código Civil, seguindo a orientação do legislador francês, define o testamento

succession ab intestat, à la différence d'autres sociétés où le testament est connu, mais où la succession ab intestat occupe le premier plan, la société romaine connaît le testament dès avant les XII Tables, et dès les XII Tables elle donne le pas à la succession testamentaire sur la succession ab intestat qui ne peut concourir avec elle, qui s'ouvre seulement à défaut de succession testamentaire" (*op. cit.*, pág. 784).

em termos bastante parecidos com os da definição napoleônica, ao dispor:

*Art. 1.626. Considera-se testamento o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte*⁶².

Tal definição tem suscitado muita crítica, não só por omitir a circunstância de ser o testamento ato pessoal, unilateral, solene e gratuito, como também por circunscrever o objeto do testamento à mera disposição de bens.

O consagrado Beviláqua (*Código Civil...*, cit., obs. 1 ao art. 1.626), que lidera a censura à definição legal, aponta que o testamento pode conter disposições extrapatrimoniais ou mesmo limitar-se a elas, como o testamento em que o testador apenas efetua o reconhecimento de filhos ilegítimos. É inquestionável a procedência da crítica, embora, como observa esse mesmo jurista, para os fins da lei, a definição seja adequada, convém, entretanto, insistir nos principais característicos do ato de última vontade. O testamento é um ato jurídico unilateral, de caráter personalíssimo, solene, gratuito e eminentemente revogável.

Trata-se de ato jurídico *unilateral*, pois se aperfeiçoa com a exclusiva manifestação de vontade do testador. De ato *personalíssimo*, pois sua feitura reclama a presença do testador, afastada a interferência de procurador.

O testamento é ato *solene*, pois a lei estabelece forma rígida para sua feitura. A desobediência a qualquer das formalidades legais pode conduzir à invalidade do ato. A excessiva formalidade do testamento visa assegurar a autenticidade do ato e a liberdade do testador, bem como chamar a atenção do autor para a seriedade do ato que está praticando. Aliás, o

62. Transcrevo, para efeito de comparação, o art. 895 do Código Civil francês:

“Art. 895. Le testament est un 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”.

legislador acentua, em sua definição, que o testamento é ato feito de conformidade com a lei.

O testamento é ato *gratuito*, pois o testador não visa, em troca de sua liberalidade feita *causa mortis*, nenhuma vantagem correspectiva.

Finalmente, o testamento é ato *revogável*, e esse característico é elementar no seu conceito, pois, através da concessão de ilimitada prerrogativa de revogar o ato de última vontade, assegura o legislador, a quem testa, a mais ampla liberdade. Assim, a mera existência de um testamento ulterior válido revoga o testamento anterior, visto que o direito de dispor de seus bens *causa mortis* e de mudar as disposições passadas só se exaure com o falecimento da pessoa.

Ao lado do testamento, e também como instrumento hábil para transmitir bens *causa mortis*, admite o legislador o codicilo.

O *codicilo* é ato revestido de menores solenidades, pois o único requisito para sua validade é o de se fazer por escrito, datado e assinado pelo disponente. Entretanto, seu alcance é inferior ao do testamento, pois a lei só lhe dá eficácia, no que diz respeito a valores patrimoniais, para dispor de esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres do lugar, ou para fazer legados de móveis, roupas ou jóias não muito valiosas, de uso pessoal.

53. *Da capacidade para fazer testamento.* — O testamento, ato jurídico que é, obedece à regra geral que abrange todos os negócios jurídicos, segundo a qual sua validade requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (Cód. Civ., art. 82). Portanto, para que o testamento seja válido, mister se faz tenha o testador capacidade testamentária.

A capacidade testamentária ativa constitui a regra, e a incapacidade a exceção, o que vale dizer que, afora as pessoas que a lei expressamente proíbe, todas as demais podem fazer testamento válido — *Omnes testamentum facere possunt qui non prohibentur*⁶³.

63. Cf. CARLOS MAXIMILIANO, *op. cit.*, vol. I, n.º 304, e OROZIMBO NONATO, *Estudos sobre a Sucessão Testamentária*, Rio, 1957, vol. I, n.º 306.

Por conseguinte, dentro do quadro do direito brasileiro, só não podem testar as pessoas enumeradas no art. 1.627 do Código Civil, que diz:

Art. 1.627. São incapazes de testar:

- I — Os menores de dezesseis anos.*
- II — Os loucos de todo o gênero.*
- III — Os que, ao testar, não estejam em seu perfeito juízo.*
- IV — Os surdos-mudos, que não puderem manifestar a sua vontade.*

Confrontando-se o dispositivo supra com o do art. 5.º do mesmo Código, vê-se que são extremamente parecidos e que, afora o caso do inciso III do texto transcrito, o legislador só nega capacidade testamentária ativa aos absolutamente incapazes para a prática dos atos jurídicos em geral, de modo que a tolerância do legislador é muito maior em matéria testamentária do que no campo dos demais negócios jurídicos, pois permite, por exemplo, que o menor entre dezesseis a vinte e um anos teste, mesmo desassistido de seu representante, sem que seu testamento seja suscetível de ser anulado.

A razão dessa maior tolerância se encontra em que, devendo o testamento produzir efeito após a morte do testador, tal ato, em rigor, não lhe pode resultar prejudicial, não havendo, portanto, razão para incidir a regra sobre incapacidade, cujo sentido protetivo constitui a sua única justificativa.

De um modo geral, vê-se que a incapacidade testamentária ativa só é negada às pessoas que, por defeito de idade, ou de entendimento, ou de meio de expressão, têm sua vontade desprezada pelo legislador, pois, como já vimos anteriormente, a lei despreza a vontade do absolutamente incapaz, não encontrando nela a consistência necessária para gerar ato jurídico (v. vol. I, n.º 19).

Essa a razão pela qual o legislador nega aptidão aos absolutamente incapazes para fazer testamento. Sendo o testamento

um ato de vontade, e desprezando a lei a vontade dos absolutamente incapazes, é óbvio que estes não podem testar. E, se o fizeram, seu testamento será nulo.

A grande questão que este Capítulo enseja, objeto de longa, disputada e antiga controvérsia, é a suscitada pelo inciso III do citado art. 1.627, que declara incapazes os que, ao testar, não estejam em seu perfeito juízo.

Não se trata, fora de dúvida, de pessoas que caibam na categoria dos *loucos de todo o gênero*, abrangidas pelo inciso anterior, mesmo que ainda não hajam sido interditadas.

Realmente, quando o psicopata já estiver interditado é óbvio que basta a demonstração de sua interdição para que o testamento por ele feito seja considerado de nenhuma valia, dada a indiscutível incapacidade de seu autor.

Se, ao contrário, tratar-se de amental ainda não interditado, quem alega a doença de espírito deve prová-lo de maneira cabal. Aceita em juízo tal prova, nulo será o testamento. Mas o juiz decretará a nulidade com estribo no inciso II do art. 1.627 do Código Civil, incluindo o testador na categoria dos *loucos de todo o gênero*.

O inciso III, por sua vez, cuida dos que, ao testar, não estariam em seu juízo perfeito, ou por lhes alterar a reflexão a ira desmedida, ou o álcool, ou a emoção, ou mesmo o hipnotismo, e outras causas semelhantes.

Não é raro um herdeiro, que foi privado de toda ou de parte da sucessão por um testamento do falecido, vir a juízo, com base no dispositivo em causa, para pleitear a nulidade do testamento, alegando que o testador, ao fazer o testamento, não estava em seu juízo perfeito. Os casos se multiplicam, na jurisprudência.

Hipótese interessante se encontra em ilustrativo aresto do Tribunal do Ceará, transcrito por Dimas Rodrigues de Almeida (*op. cit.*, vol. I, n.º 153). Alguns filhos da falecida pediam declaração de nulidade do testamento com que a mesma falecera, alegando não estar ela em seu juízo perfeito, por ocasião de sua feitura. E aduziam, para evidenciar sua razão, o fato

de a testadora haver feito sete testamentos nos últimos cinco anos de sua vida, sendo que quatro no intervalo de seis meses e os dois últimos em dois dias seguidos. Isso revelava a sua instabilidade intelectual e a incerteza que a dominava, ou seja, o fato de não estar a testadora, por ocasião do ato, em seu juízo perfeito.

O Tribunal repeliu o pleito e manteve o ato de última vontade, que destinava a quota disponível da testadora a duas filhas preferidas, entendendo que a circunstância apontada não evidenciava imperfeição do juízo nem podia desmentir testemunho de médicos que examinaram a testadora na ocasião e que afirmaram a excelência de sua saúde mental.

Como esta, são muitas as ações em que se pretende a nulidade do testamento, procurando infirmar a convicção de estar o testador em seu siso, ou em virtude de sua avançada idade, ou de moléstia prolongada etc.

Em geral, revelam-se muito cautelosos os tribunais, sendo bem maior o número de decisões que repelem a demanda de nulidade do que os acórdãos em sentido contrário, porque a presunção de capacidade milita em favor de quem testa e só pode ser afastada quando a incapacidade ficar veementemente provada (*Rev. dos Tribs.*, 163/694). Caso isso não ocorra, deve o testamento prevalecer, para efeito de se cumprir a disposição de última vontade, pois esse é um direito que a lei lhe confere.

A capacidade para testar deve ser aferida no momento em que o testamento é elaborado, pois a incapacidade superveniente não invalida o testamento eficaz, nem o testamento feito por alguém, enquanto incapaz, se válida com a superveniência da capacidade (Cód. Civ., art. 1.628).

Assim, se o testador, após a feitura de seu testamento, foi vítima de moléstia que lhe roubou a razão, seu testamento continua válido e eficaz, não podendo ser descumprido com base na incapacidade posterior.

Se, por outro lado, um menor de dezesseis anos faz testamento e morre oitenta anos depois, nem por isso seu testamento, que era nulo, chega a convalescer. O argumento de que o tes-

tador o queria ver cumprido, tanto que o não revogou durante sua longa vida, é improcedente, pois o ato nulo não convalesce com o transcurso do tempo — *Quod nullum est non potest tractu tempore convalescere* ⁶⁴.

53-A. *Da captação da vontade como causa de anulação do testamento.* — Não havendo encontrado melhor lugar para cuidar de tal matéria, e acreditando imprescindível discuti-la, trouxe para este capítulo a análise do tema.

O testamento, como todo ato jurídico, é anulável por vício do consentimento, isto é, por erro, dolo, ou coação. Ora, a captação da vontade só vicia o testamento como espécie de dolo, de modo que, em rigor, não havia necessidade de abrir-se um parágrafo, dentro deste volume, para análise de um assunto que se encontra tratado, genericamente, no volume inicial desta obra e dentro do capítulo sobre os defeitos dos atos jurídicos.

Como o assunto, entretanto, diz respeito especificamente aos testamentos, ainda que corra o risco de ser criticado por assim proceder, proponho, sucintamente, a questão.

Clóvis Beviláqua define *captação* como “o emprego de artifícios para conquistar a benevolência de alguém, no intuito interessado de obter liberalidades de sua parte, em favor do captante ou de terceiros” ⁶⁵.

Esse ato, todavia, pode ser inocente ou culposos, e só na última hipótese é que se configurará o vício de consentimento, suscetível de anular o testamento. De fato, a captação em si não é defeito, nem o direito a poderia condenar, quando jejuna

64. Segundo LAURENT, “le testateur doit être capable lorsqu’il teste, puisque c’est alors qu’il manifeste sa volonté. Si à ce moment il est incapable, le testament est nul. Cela est aussi fondé en raison. C’est lors du testament que le testateur dispose de ses biens; or, pour disposer, il faut avoir la capacité de disposer. Il est vrai que la disposition ne produit ses effets qu’à la mort, mais si le testament produit effet à ce moment, c’est parce que le testateur a persévéré dans sa volonté; donc le testament est la volonté exprimée lors de l’acte et continuée jusqu’à la mort; or pour qu’une volonté continue, il faut qu’elle existe, et elle n’existe pas si le testateur est incapable. Voilà pourquoi le testament d’un mineur âgé de moins de seize ans est nul, quoique le testateur meure après sa majorité” (*op. cit.*, vol. II, n.º 221).

65. *Direito das Sucessões*, 1.ª ed., Bahia, 1899, § 55.

de fraude. Ela, então, consistiria no fato, de resto normal, de alguém se fazer estimar por outra pessoa, despertar nela um sentimento de simpatia, de modo a que, movida por tal bem querer, viesse a contemplar em seu testamento a criatura estimada⁶⁶.

De fato, o vício do consentimento só aparece quando a captação se perfaz por meio de recursos menos lícitos. O legislador perdoa o captador, mesmo que tenha simulado afeição pelo testador e que todo o carinho externado, toda a atenção dispensada não passe de fingimento, tendente tão-só a provocar no testador uma disposição favorável ao falso amigo. Tal comportamento, se censurável dentro do âmbito rigoroso da moral, surge como indiferente na órbita mais tolerante do Direito. Mister que a captação ou sugestão⁶⁷ venham acompanhadas de malícia⁶⁸.

Aliás, esse era, de certo modo, o critério das Ordenações (Liv. IV, Tít. 84, § 4.º), que entendiam lícita a captação da vontade de um dos cônjuges pelo outro, feita através de afagos e carinhos, com o escopo de, amainando em seu espírito um sentimento hostil, conduzi-lo a substituir um testamento que o deserdava, feito após uma desavença, por outro que o instituíra sucessor.

Se, entretanto, além de exercer a simpatia pessoal o captador reforça seus atos persuasivos com medidas fraudulentas, con-

66. Cf. nesse sentido, a lição de FRANCISCO CAMPOS: "A captação em si mesma, (...) que se exerce sem recursos a manobras fraudulentas, ou pela influência direta dos dons pessoais, de natureza física, intelectual ou moral, é um fenômeno geral, ordinário e comum e se exerce diariamente entre os homens, nos mais variados domínios das relações humanas, só incorrendo na censura da lei quando aquela influência, só por si, não se revelou suficiente, tornando-se necessário, para reforçá-la, o recurso à fraude, ao dolo, ou a prática de atos ilícitos" (*Direito Civil*, Rio, 1956, Cap. XXIX).

67. PLANIOL ET RIPERT (*op. cit.*, t. V, n.º 187) ensinam que tanto a doutrina como a jurisprudência modernas entendem não haver diferença entre captação e sugestão.

68. Para AUBRY ET RAU, "la captation et la suggestion dont le testateur peut avoir été l'objet n'autorisent à demander l'annulation d'un legs, qu'autant qu'elles ont été empreintes de dol, c'est-à-dire accompagnées de pratiques artificieuses ou d'insinuations mensongères, et qu'il résulte des circonstances que le testateur n'eut pas disposé s'il avait connu la vérité des faits" (*op. cit.*, vol. VII, § 654).

figura-se de pronto a hipótese de captação dolosa, e o ato é passível de anulação. O que se procura combater não é a captação, mas o dolo.

Os escritores têm, com exemplos, procurado caracterizar o sentido dessas manobras dolosas, capazes de tornar anulável o ato de última vontade. Como tal, arrolam as mentiras, as calúnias levantadas contra herdeiros legítimos, a interceptação de cartas, o abuso de influência ou de autoridade (cf. Colin e Capitant, *op. cit.*, vol. III, pág. 716), o afastamento propositado de membros da família e dos amigos do testador, a despedida de seus criados, a ingerência assídua em seus negócios (cf. Planiol e Ripert, *op. cit.*, t. III, n.º 188).

Ademais, para que a captação dolosa da vontade seja causa de anulação do testamento, mister se faz que tenha sido a geratriz da disposição combatida, pois, como já disse, a captação é uma espécie do gênero *dolo*, e este, para anular o negócio jurídico, há de ser a sua causa (Cód. Civ., art. 92).