

CAPACIDADE DE TESTAR E CAPACIDADE DE ADQUIRIR POR TESTAMENTO

*Sílvio de Salvo Venosa**

1 Capacidade de testar (capacidade testamentária ativa). 1.1 Incapacidade em razão da idade. 1.2 Incapacidade por falta de discernimento ou enfermidade mental. 1.3 Diferença entre Incapacidade de testar e vícios de vontade. 1.4 Surdos-mudos 2 Sobre outras incapacidades. 3 Capacidade de adquirir por testamento (capacidade testamentária passiva). 3.1 Situação do nascituro. 3.2 Atribuição testamentária à prole eventual. 4 Incapacidade relativa ou falta de legitimação para adquirir por testamento. 5 Simulação de contrato oneroso e interposição de pessoas.

RESUMO

O presente artigo trata da capacidade de testar, tanto ativa como passiva. No âmbito da capacidade testamentária ativa, aborda, especificamente, as incapacidades em razão da idade e em razão da falta de discernimento ou por enfermidade mental, os vícios de vontade e a situação dos surdos-mudos. No que tange à capacidade testamentária passiva, discute a situação do nascituro e a possibilidade de atribuição testamentária à prole eventual. Por fim, versa sobre a incapacidade relativa ou falta de legitimação para adquirir por testamento.

PALAVRAS-CHAVE: Capacidade testamentária. Incapacidade.

1 CAPACIDADE DE TESTAR (CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA ATIVA)

Há uma capacidade especial para testar que não se confunde com a capacidade em geral para os atos da vida civil. Quando a lei regula diferentemente a aptidão para determinados atos, trata-se, na verdade, de legitimação para o ato, em terminologia destacada da teoria do processo.

Se não são todas as pessoas que podem testar, importa, então, examinar quais as pessoas legitimadas a efetuar o ato. Também não há reciprocidade,

* Juiz aposentado do Primeiro Tribunal de Alçada Cível de São Paulo. Advogado em São Paulo/SP.

porque se, regra geral, todas as pessoas físicas ou jurídicas podem receber por testamento, só as pessoas físicas podem testar. As pessoas jurídicas têm outras formas de disposição de seu patrimônio quando de seu desaparecimento.

O agente capaz de testar tem legitimidade ativa para o testamento. Aquele que pode receber por testamento tem legitimidade passiva testamentária. Há certas pessoas, contudo, que não podem usar de certas formas de testamento. A lei lhes dá legitimidade mais restrita. O testador, por exemplo, não sabendo a língua nacional, não pode testar de forma pública, pois, para os instrumentos públicos, é essencial que sejam redigidos em português. O cego só pode testar sob a forma pública (art. 1.867; antigo, art. 1.637). Há também restrições acerca do alcance das disposições testamentárias (não se pode dispor da *legítima*), mas a certas pessoas (mas aqui se trata, na verdade, de falta de legitimação para receber a deixa testamentária). Essas situações heterogêneas, portanto, não têm a ver propriamente com a capacidade testamentária em geral. Para a prática de qualquer ato jurídico, primeiramente verifica-se a existência da capacidade em geral; uma vez existente esta, verificar-se-á se, para o ato em questão, a lei (ou mesmo a vontade da parte, quando isto é possível) não lhe tirou a capacidade. A regra geral é a capacidade. Nosso Código de 2002 regula a incapacidade ativa para o testamento no art. 1.860:

Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento.

Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos.

O Projeto n. 6.960/2002 tenta corrigir essa redação, que apresentava ranço do direito anterior, para dizer simplesmente que “além dos absolutamente incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem o devido discernimento”. Com essa dicção, fica claro que os maiores de dezesseis anos podem testar.

O Código anterior dispunha no art. 1.627 que eram incapazes de testar:

I – os menores de 16 (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.

1.1 Incapacidade em razão da idade

Quanto ao fato de se permitir que maiores de 16 anos se utilizem de testamento em ambos os diplomas, o interesse é, como regra, teórico, pois nessa idade dificilmente alguém pensará em ato de última vontade, mas a possibilidade existe e é isso que importa. As legislações comparadas também trazem idades mínimas

aproximadas ou igual a nossa. Assim, o relativamente capaz tem plena capacidade de testar. Trata-se, pois, de uma capacidade mais ampla do que a capacidade geral. Importa pensar que, para fazer testamento, a lei procura reconhecer no sujeito um certo grau de discernimento. Acertadamente, a lei entende que o maior de 16 anos tem esse discernimento para manifestar a vontade testamentária. Caso não fosse a lei expressa, necessitaria da assistência do pai ou responsável, tal o impossibilitaria de testar, dado o personalismo do ato já aqui estudado. A origem dessa capacidade vem do Direito Romano, quando se adquiria a capacidade em geral com a puberdade, não havendo, em princípio, uma idade predeterminada.

A capacidade para testar é examinada no momento em que o ato é praticado. No dia da feitura do testamento, o menor deve ter completado a idade legal. Não se leva em conta a hora do ato, pois isto traria instabilidade desnecessária. Se houver dúvida acerca da idade, a questão é meramente de prova.

Se o menor podia testar a partir dessa idade, ao completar 18 anos, no sistema anterior, com maior razão não necessitaria da emancipação para fazê-lo. Se o menor não possui discernimento mental para o testamento, sua capacidade não advirá da idade, mas do requisito legal que exige plena higidez mental.

Como o ordenamento estabeleceu regras próprias para a capacidade testamentária ativa, mesmo que o menor atinja plena capacidade civil pelos outros meios que a lei permite (pelo casamento, por exemplo, com suplementação judicial de idade), tal não concede legitimação para o ato de última vontade. Portanto, a capacidade para testar é independente da emancipação.¹

1.2 Incapacidade por falta de discernimento ou enfermidade mental

No momento da elaboração do testamento, o agente deve ter a capacidade de entender o ato e seu alcance. Desse modo, a expressão legal *loucos de todo gênero* não só era obsoleta na psiquiatria como também não se amoldava à verdadeira intenção do legislador. Por essa expressão, restritamente falando, só se pode entender aqueles que tinham interdição judicial. O interdito, é evidente, não pode testar. Não se esqueça, contudo, do que sempre repetimos: que toda afirmação peremptória em direito é arriscada.

No entanto, a saúde mental deficiente no momento da feitura da cártula pode ensejar a anulação do ato. Aqui se trata de aplicar o inciso III do dispositivo anterior: “os que, ao testar, não estejam em seu perfeito juízo”. Ou, como dispõe o vigente Código, os que no ato de testar *não tiverem pleno discernimento*. Não havendo sentença de interdição, eventual pedido de anulação por problema mental se insere aqui.

Orlando Gomes critica a orientação da lei:

quanto às condições mentais, melhor fora agrupá-las numa categoria única, usando expressões de recente codificação,

conforme as quais não podem testar os interditos por anomalia psíquica, evitando-se a prática abusiva das anulações de testamento por ter sido o testamento feito quando o testador não estava em seu perfeito juízo.²

Refere-se o autor ao vigente Código português, que diz serem incapazes de testar os interditos por “anomalia psíquica” (art. 2.189, *b*).

Todavia, os grandes problemas a respeito ocorrem justamente quando não há decreto de interdição. Os interessados pretenderão provar que o testador não tinha higidez psíquica quando da elaboração do testamento. A prova, evidentemente toda indireta, é custosa e difícil.

O atual Código, como vimos, englobou em fórmula única os incisos II e III, dizendo que, “além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem seu pleno discernimento” (art. 1.860).

A questão, porém, não se altera, pouco importando a redação atual da lei. A prova deve dizer se o agente estava no momento crucial na plenitude de suas faculdades mentais.

Não tem capacidade de testar tanto o demente como aquele que testou sob fugaz estado de alienação, como, por exemplo, sob efeito de alucinógeno, capaz de tolher o discernimento, ou em estado etílico que o leve a tal. Não se examina o estado psíquico do testador nem antes nem depois do testamento, mas *no momento do testamento* (art. 1.861; antigo, art. 1.628). A zona fronteira é sempre a mais nebulosa e sempre um grande escolho para o julgador, nesses casos. De qualquer modo, afere-se a capacidade do testador quando do ato: a incapacidade superveniente não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade, segundo os termos do art. 1.861.

Estando pendente processo de interdição, o exame da incapacidade, se não se lhe aguardar o resultado do processo, ou o período da interdição não atingir o momento da elaboração do testamento, faz-se no curso do pedido de nulidade. Mesmo que levantada a interdição por sentença, isto não inibe o interessado de provar que, no momento culminante, qual seja, o da elaboração do testamento, faltava discernimento ao testador. Tal não inibe que tivesse o agente uma recaída ou estivesse então atravessando um daqueles períodos de breve ou brevíssima incapacidade, como alcoolismo, sonambulismo, hipnotismo etc. Não há que se admitir capacidade testamentária a quem testa sob transe hipnótico, ou naqueles estados psíquicos que muitas ciências espiritualistas entendem que o sujeito não comanda seus atos. Nessas ações, muito importante, além dos pareceres dos psiquiatras, é todo o conjunto probatório que deve girar em torno do momento e da época em que o testamento foi feito e a situação de vida do testador. Questão das mais tormentosas é saber se, mesmo interdito, pode ele testar num estado de lúcido intervalo, ou quando a sentença de interdição não foi levantada, apesar de sua cura. Não resta dúvida que o interdito é um

incapaz absoluto de testar, mas, como sempre reiteramos, qualquer afirmação peremptória em direito é arriscada. Os casos concretos estão sempre a desafiar a própria ficção. O juiz deve sempre aplicar a lei com o temperamento que sua finalidade permite. A pergunta que se fará no caso é se é razoável privar do direito de testar (no caso, declarar nulo o ato) aquele que no curso de uma interdição recupera as faculdades mentais.³ Ou alguém, por exemplo, em estado de coma que retorna à consciência e realiza o testamento. A questão entrosa-se demais não só com a ciência médica e a ciência jurídica, mas também com valores mais altos da existência humana, que uma obra como esta deve aprofundar.

De qualquer modo, há que se presumir sempre a capacidade. Na dúvida, deve-se resolver pela validade do ato. A regra é de lógica jurídica, mas vem expressa no Código argentino, com detalhes (art. 3.616).

O respeitado civilista argentino Guillermo A. Borda⁴ chama a atenção para o cuidado com a prova nos casos de alienação. Não se esqueça de que, se a avaliação da prova é dirigida ao juiz, é importante que o advogado, sem ferir sua ética, proporcione tais meios. O testamenteiro tem importante dever no exame do testamento que lhe foi confiado e não se pode omitir no processo. A prova testemunhal, mais do que normalmente, deve sofrer um aprofundado exame crítico. O valor dessa prova é mais qualitativo do que quantitativo. É absolutamente relativa a declaração do oficial público de que o testador se apresentou na plenitude de suas faculdades mentais, mera declaração de estilo cartorário. Avultam de importância os testemunhos dos médicos que trataram do falecido na época do testamento. Como a perícia médica é indireta, seu valor é muito relativo. O perito só se valerá, praticamente, de todas as provas também ao alcance do juiz. Outra situação que deve ser examinada pelo juiz é a cártula testamentária em si. Como foi redigida; se vem em linguagem lógica ou não; o exame da caligrafia do testador, se se tratar de redação de próprio punho. Há técnicas apuradas que informam o estado psíquico de quem escreve. Tão-só o exame da assinatura já permite essa prova.

1.3 Diferença entre incapacidade de testar e vícios de vontade

Não se confundem os casos de incapacidade de testar com os vícios que inquinam a vontade (erro, dolo, coação). Nada impede que se peça a declaração de nulidade por falta de discernimento e, subsidiariamente, a anulação do ato por vício. Assim, o exame dos vícios da vontade deve vir *a posteriori*, após estar assente que caso nenhum de nulidade existiu. Assim também, nem sempre os vícios de vontade anularão todo o testamento, podendo prejudicar apenas disposições em que o vício se manifestou. Aqui, tem validade o brocardo *utile per inutile non vitiatur*. Tudo que se falou a respeito do erro, dolo e coação em nosso *Direito civil: parte geral* aplica-se ao testamento, negócio jurídico que é.

Lembremos que o presente Código fixou em cinco anos o prazo decadencial para impugnar a validade do testamento, contado o prazo da data de seu registro (art. 1.859). Ao mencionar impugnação, o corrente diploma se refere

tanto aos casos de nulidade como de anulabilidade. Com isso, derroga a regra geral do art. 169, segundo o qual o negócio nulo não é suscetível de confirmação, nem convalidação pelo decurso do tempo. A natureza do testamento e as dificuldades que a regra geral da imprescritibilidade ocasionaria forçou essa tomada de posição pelo legislador. Essa exceção ao princípio geral vem demonstrar que não é conveniente essa regra geral de não-extintibilidade com relação aos negócios nulos. Melhor seria que se abraçasse a corrente doutrinária anterior que entendia que os atos nulos prescrevem no prazo máximo estabelecido no ordenamento. Nesse campo de nulidades, porém, há que se atentar para as hipóteses de inexistência de testamento, quando qualquer prazo extintivo se mostra inaplicável para sua declaração, como ocorre, por exemplo, na hipótese de perfeita ausência de vontade do testador. Como já enfocamos em nossa obra *Direito civil: parte geral*, a ausência de vontade torna o ato inexistente e isto pode ser declarado a qualquer tempo.

O Projeto n. 6.960/2002 sugeriu nova redação no art. 1.859:

Extingue-se em cinco anos o direito de requerer a declaração de nulidade do testamento ou de disposição testamentária, e em quatro anos o de pleitear a anulação do testamento ou a disposição testamentária.

Essa modificação, por um lado, torna claro que o prazo de cinco anos se aplica às hipóteses de nulidade. Por outro lado, o prazo de quatro anos procura harmonizar o texto com o art. 1.909, que dispõe serem anuláveis as disposições testamentárias inquinadas de erro, dolo ou coação. Tal como está no texto promulgado, há que se levar em conta que para esses vícios de vontade o prazo decadencial será sempre de quatro anos, o que causa certa perplexidade.

O erro pode viciar uma única disposição testamentária, ou todo o testamento, conforme o caso. É situação a ser examinada quando da interpretação das cláusulas testamentárias. Todavia, em matéria de testamento o dolo assume uma feição típica que é a *captação de vontade*. Freqüentemente, a captação de vontade não se resume a um único ato. Trata-se, geralmente, de uma conduta captatória, de uma manobra engendrada por aqueles que gravitam em torno do testador, muitas vezes moribundo, quando sua vontade, melhor dizendo, seu espírito já está enfraquecido. É indissociável no exame de um testamento duvidoso o exame das condições ambientais que cercaram o ato.

A captação por si não vicia o ato, tanto que Sílvio Rodrigues enfatiza que a captação dita inocente não o invalida.⁵ Se a pessoa que, sem demonstração maior de interesse, cuidou por muito tempo do testador, com amparo moral e material, e só por isso vem a ser retribuída no testamento, não há que se falar em dolo. A distinção é aproximadamente, *mutatis mutandis*, aquela que fizemos de dolo bom e dolo mau (veja nosso *Direito civil: parte geral*, seção 22.4.2).

O testamento deve anular-se quando a captação de vontade do disponente ocorreu com meios e procedimentos reprováveis: mentiras, armadilhas emocionais, calúnias para com terceiros relacionados com a herança, atitude de dominação para com o testador etc. Tudo isso deve ser sopesado na prova. Sem dúvida que se tornam campo propício para a captação dolosa a fraqueza de espírito, a solidão e a idade avançada, a enfermidade, embora nenhum desses aspectos possa e deva ser considerado definitivo. O dolo, nessas circunstâncias, deve anular o testamento, seja para beneficiar o próprio causador, seja para beneficiar terceiros. O que se combate é o dolo em si, e não a captação, que é espécie de dolo. Não se esqueça, outrossim, de que os princípios estudados na Parte Geral aqui se aplicam. Deve o dolo ser a causa do ato. O dolo acidental não invalida o negócio.

Também por coação, como qualquer ato, se anula o testamento. Contudo, como lembra Guillermo Borda, há uma particularidade em matéria de testamento:

como o testamento é essencialmente revogável e a revogação pode surgir de um ato secreto, como é o testamento particular ou cerrado, se faz difícil admitir a violência como causa de nulidade, se não se prova que ela se manteve continuamente até o momento da morte.⁶

O juiz deve examinar se a violência cessou e permitiu que o testador pudesse ter feito outro testamento ou revogado aquele. Os vícios de vontade, cumpre não esquecer, podem ser causa de indignidade ou deserção (arts. 1.814, III, e 1.961; antigo, arts. 1.595, III, e 1.741).

1.4 Surdos-mudos

Enquanto a Parte Geral do Código de 1916 dava como absolutamente incapazes os surdos-mudos que não pudessem *expressar* sua vontade (art. 5º, III), a incapacidade para fazer testamento reporta-se àqueles que não puderem *manifestar sua vontade* (art. 1.627, IV).

Para fazer testamento, não basta que o surdo-mudo possa expressar-se. O testamento requer que ele saiba manifestar uma vontade testamentária idônea. Tão-só a linguagem técnica ensinada aos surdos-mudos não é suficiente para testar, uma vez que, havendo necessidade de alguém que a interprete e traduza, tal iria contra a característica de ato personalíssimo do testamento. Dessa forma, mesmo que educados pelos modernos métodos científicos e considerados aptos para a vida civil, isto é, para aqueles atos em que a audição e a fala não são essenciais (veja nosso *Direito civil: parte geral*, seção 9.3.3), para o testamento é imprescindível que o surdo-mudo saiba escrever, podendo testar sob a forma

cerrada (art. 1.873; antigo, art. 1.642), assinando-o de sua mão e escrevendo na face externa do papel ou do envoltório que aquele é seu testamento. Podem, em princípio, mormente se for apenas surdo, testar pela forma pública, na forma do art. 1.866 do atual Código (antigo, art. 1.636): “O indivíduo inteiramente surdo, sabendo ler, lerá o seu testamento, e, se não o souber, designará quem o leia em seu lugar, presentes as testemunhas.”

Não podem testar sob a forma particular, porque não poderão ler o instrumento perante as testemunhas (art. 1.876, § 1º; antigo, art. 1.645, III). Se já foi educado suficientemente para que possa falar, podendo fazer a leitura, será apenas surdo, o que não o impedirá de testar dessa última forma. Na verdade, a lei referia-se ao surdo-mudo analfabeto. Com mais propriedade, o Código argentino fala na Parte Geral (art. 153) que são incapazes os surdos-mudos que não se podem fazer entender por escrito. Esse é o real sentido dessa incapacidade testamentária. Como assinala Borda,

o que interessa aos efeitos de convalidar o testamento (como qualquer outro ato jurídico) não é uma atitude rudimentar e quase automática para descrever letras e palavras; é necessário uma escritura que permita exteriorizar o pensamento e a vontade, e que indique, ademais, uma plena compreensão do que se escreve.⁷

Não faltando o sentido da audição, não existe incapacidade de testar, ainda que o agente se exprima mal, ou com dificuldade, mas de forma suficientemente compreensível.

2 SOBRE OUTRAS INCAPACIDADES

Como vimos, a capacidade de testar não coincide sempre com a capacidade em geral. Em alguns casos, são mais amplas, como aquele do maior de 16 anos; em outros casos, são mais restritas, como a questão dos surdos-mudos. Como para o testamento se exige a mais perfeita razão, a lei há de ser exigente nesse ponto, permitindo ao juiz que verifique, em cada caso, a capacidade no momento de testar. Afora, porém, as incapacidades enumeradas, não há outras. A capacidade é sempre a regra, a incapacidade, exceção. A velhice, por si só, não gera incapacidade. Enquanto houver discernimento, há capacidade. O mesmo se diga a respeito do enfermo, ainda que moribundo. Há pessoas longevas e enfermos graves que conservam a perfeita lucidez até a expiração. *A capacidade de testar requer a capacidade de mente, não do corpo.* Da mesma forma, a ira, a cólera, o ódio, ou euforia e alegria não constituem fatores isolados de nulidade. A questão sempre se resumirá no exame do discernimento no momento da feitura do testamento e, em última análise, poderá servir de auxiliar na interpretação da vontade testamentária.

Não existe incapacidade para o suicida. A autodestruição, por si só, não significa deficiência de vontade. Assim também não há incapacidade para o falido, o insolvente e o ausente, por exemplo. A lei permite o testamento ao cego, pela forma pública (art. 1.867; antigo, art. 1.637), assim também ao analfabeto (art. 1.865; antigo, art. 1.633).

Como lembra Carlos Maximiliano, no direito atual não se fulmina mais de nulidade, como no direito anterior à codificação, o ato sob efeito de um violento acesso de ira: “hoje é, sempre, necessário provar que a cólera, qualquer paixão violenta, ou forte acesso de ciúme, perturbava, de modo sério, a mente do *de cujus* no tempo em que dispôs do patrimônio”.⁸

Destarte, não havendo incapacidade expressa, não se amplia a fixação legal. Assim, nem mesmo o pródigo está inibido de dispor por última vontade, embora tenha restrição de disposição patrimonial em vida, salvo se essa prodigalidade lhe afete a mente de modo que se constitua numa enfermidade mental. Aí, porém, a inibição de testar não advém do fato exclusivo de ser pródigo.

O Código não colocou os silvícolas como incapazes de testar, porque tão-só o fato de poderem manifestar vontade testamentária será suficiente prova de estarem plenamente enquadrados em sociedade.⁹

3 CAPACIDADE DE ADQUIRIR POR TESTAMENTO (CAPACIDADE TESTAMENTÁRIA PASSIVA)

Examinamos, agora, a aptidão para receber pelo testamento. A capacidade passiva é a aptidão de alguém poder ser instituído herdeiro ou legatário pela vontade do testador.

Da mesma forma que há uma legitimação para testar, que restringe ou amplia a capacidade ativa em certas circunstâncias, há situações de incapacidade absoluta para adquirir por testamento. Existem também outras situações, em que certas pessoas, sob determinadas condições, não podem receber em determinado testamento, isto é, não estão legitimadas naquela situação, e só naquela, para serem herdeiros testamentários ou legatários. Há, pois, uma incapacidade absoluta para receber por testamento e uma incapacidade relativa, só com relação a certos testamentos, o que nada mais é do que uma falta de legitimação.

Também aqui, a regra geral é que qualquer pessoa é capaz de receber por testamento, seja física ou jurídica. Só a pessoa tem capacidade no direito e não é diferente no direito testamentário. Coisas e animais não podem receber por testamento, a não ser indiretamente por meio dos cuidados de um herdeiro ou legatário. Vimos na Parte Geral que uma das formas de constituição de uma fundação é por testamento. Destarte, como se vê, mesmo ainda não existente, pode uma pessoa jurídica ser aquinhoadada. A criação de uma fundação vem expressa em nossa lei, no art. 62 (antigo, art. 24) do Código Civil. A forma de administração dessa dotação de bens é regulada pelo direito que

diz respeito às fundações, conforme estudamos em nossa obra *Direito civil: parte geral*, seção 13.12.

Se para a fundação há preceito expresso, discute-se se uma pessoa jurídica ainda não existente pode ser beneficiada. A matéria não é estreme de dúvidas. Se, porém, a lei permite que o nascituro seja sucessor, nada impediria que a pessoa jurídica, em vias de formação, também possa ser beneficiada, pois sua situação se equipara à do nascituro. Tal posição não é unânime, mas Washington de Barros Monteiro aduz que as sociedades e associações não dependem de prévio registro de seus contratos, estatutos ou atos constitutivos.¹⁰ Se, quando da morte, a pessoa jurídica já existe de fato, ou está em vias de formação, não há que se negar capacidade testamentária passiva a essas entidades, pois o paralelismo com o nascituro é evidente. Tanto é assim que nosso CPC confere personalidade processual a essas entidades (art. 12, VII) (ver nosso *Direito civil: parte geral*, Cap. 13). O vigente Código também contempla a sociedade não personificada (arts. 986 a 990).

O que não é possível é a deixa testamentária ser destinada à criação de uma pessoa jurídica ainda não existente nem mesmo embrionariamente, afóra o caso expresso da fundação. Se já existe uma pessoa jurídica em formação, existe sujeito de direito para assumir o patrimônio. Da mesma forma que para o nascituro, haverá alguém para zelar por seus bens até seu nascimento com vida.¹¹

A primeira regra absoluta em muitas legislações é que, para adquirir por testamento, a pessoa deve existir ao tempo da morte do testador (art. 1.717 do Código de 1916). No entanto, nossa lei permite que não só o já concebido quando da morte (o nascituro) possa receber pelo testamento, como também prole eventual de pessoas designadas pelo testador e existentes ao abrir-se a sucessão (art. 1.799, I; antigo, art. 1.718).

Há que se levar em conta ainda a nova problemática trazida pela reprodução assistida e o fato de o sucessor nascer muito tempo após a morte do testador. O legislador deverá cuidar dos problemas que no futuro advirão a esse respeito. Veja o que falamos a respeito em nosso *Direito de família*. Ademais, o art. 1.799, já por nós mencionado, permite que os filhos ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, sejam chamados a suceder, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão. Abre-se, portanto, uma nova perspectiva em matéria de sucessão de pessoas ainda não concebidas à época da morte do testador, cujo regramento, com certeza, deverá obedecer a novos princípios no futuro de nossa legislação.

Seres indeterminados e disposições genéricas não podem ser admitidos. Não é válida, por exemplo, a deixa testamentária aos pobres de determinado lugar.

3.1 Situação do nascituro

Embora o Código não confira expressamente personalidade ao nascituro, há várias disposições que o protegem. O art. 1.799 (antigo, art. 1.718) ressalva

a possibilidade de aquele já concebido quando da morte do testador receber por testamento. Como dissemos no estudo da Parte Geral, o nascituro tem um direito protetivo na lei, que resguarda essa situação de potencialidade, que é o nascimento com vida. Trata-se de *direito eventual*. Realmente, esse direito eventual se materializará em direito pleno, no nascimento com vida. A atribuição de herança ao nascituro não deve ser considerada, portanto, como uma disposição condicional, embora a situação seja muito semelhante. Se, porém, o concebido nasce morto, não existiu herdeiro, porque o natimorto não foi pessoa (art. 4º). Pelo princípio da *saisine*, como o nascituro nunca foi herdeiro, a herança passa diretamente do morto para os herdeiros legítimos, ou para quem o testador tenha substituído ao nascituro (caso tivesse previsto a hipótese).¹² Quando o nascituro nasce com vida, seu direito sucessório também se realiza no momento da abertura da sucessão. Se não há nascimento com vida e os herdeiros da ordem legítima recolhem a herança, a situação é a mesma da renúncia da herança, já que o renunciante é considerado como se nunca tivesse sido herdeiro. A ficção da *saisine* opera do mesmo modo aqui. Em ambos os casos, no ínterim, a herança estará sendo administrada por alguém, quer seja o inventariante, quer seja um curador ou administrador provisório.

3.2 Atribuição testamentária à prole eventual

O art. 1.718 do antigo Código reportava que o testador designasse “prole eventual” de pessoas por ele designadas e existentes no momento da morte. No atual Código, a regra encontra-se no art. 1.799, I.

Algumas legislações, como a italiana, têm também essa exceção ao princípio de coexistência quando da morte do autor da herança. Tantos são os problemas que essa possibilidade pode causar que melhor seria extingui-la, mantendo-se o fideicomisso, que atinge a mesma finalidade, com maior segurança. Trata-se também de uma proteção ao nascituro, só que ao ainda não concebido. São pessoas que virão a nascer, geradas por pessoas designadas pelo testador, estas sim existentes quando da morte. A matéria ganha maior importância agora, com as técnicas de reprodução assistida. Na ilustrativa afirmação de Pontes de Miranda,

o que se tem por fito, com o art. 1.718, in fine é permitir um pulo por sobre uma pessoa (que por si não mereça, ou não precise, para lhe beneficiar a descendência, e acrescenta) o exemplo, que logo ocorre, é o do irmão dissipador ou inimigo do testador.¹³

Assim, não quer o testador deixar a herança para o irmão solteiro e sem filhos, vendo-o como um dilapidador ou não digno de confiança. Atribui, então, o quinhão a sua eventual *prole*. Se o irmão, vivo quando da abertura da

sucessão, não vier a ter filhos, a disposição é ineficaz, caduca. Busca-se, então, como dissemos, a ordem legítima, se não foi outra a destinação preferida pelo testador. Como se vê, nesses casos a lei nem mesmo exige a concepção quando da morte. A lei fala em *prole* eventual. Se o testador não esclarecer, todos os filhos da pessoa designada herdam por igual. Recebem a herança diretamente do *de cuius*, a exemplo dos casos do nascituro e da renúncia de herança. Não há dupla transmissão. O termo *prole* só se refere a filhos; os netos não se incluem na dicção legal, nem haveria razão para tal extensão.¹⁴ O testador, não fazendo referência (e sua vontade deve ser respeitada), não se faz distinção quanto à filiação: recebem os filhos legítimos ou ilegítimos, isto é, na nova sistemática, filhos provenientes ou não de união com casamento. Afirmava-se que os adotivos não se incluíam nessa possibilidade, a menos que houvesse referência expressa do testador.¹⁵ Contudo, entendemos que a evolução da situação sucessória do adotivo não permite mais essa afirmação peremptória. Lembre-se de que houve sucessivas alterações de direito sucessório em favor do filho adotivo. A intenção do legislador foi, sem dúvida, possibilitar a contemplação dos filhos de sangue. A pessoa indicada poderia adotar exclusivamente para conseguir o benefício testamentário. Contudo, já a legitimação adotiva e a adoção plena das leis revogadas não mais permitiam diferença entre a filiação natural e a filiação civil.

Creemos que na atual legislação incumbe ao testador excluir expressamente os filhos adotivos se não desejar incluí-los, por força do art. 41 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente):

a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive acessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Com a mesma conotação apresenta-se a adoção no atual Código Civil. Desse modo, o filho adotivo, conforme nosso ordenamento, se insere no conceito de *prole*, aliás atendendo ao que a atual Constituição pretendia. Essa também é a opinião de A. Cicu, ao comentar a lei italiana, que equipara os adotivos aos legítimos.¹⁶ É evidente que as leis não foram criadas para serem fraudadas. A intenção do legislador foi a melhor, ou seja, não permitir qualquer diferença entre as espécies de filiação. Se a adoção, mesmo na nova legislação, ocorre com a finalidade precípua de se inserir alguém na deixa testamentária, incumbe ao juiz impedi-lo.

Essa *prole* eventual mencionada pela lei pode já existir ou não quando da abertura da sucessão. Ela refere-se a filhos havidos antes ou depois do testamento, antes ou depois da morte. Não existindo ainda essa *prole*, por um período, mais ou menos longo, os bens desse quinhão deverão ficar sob guarda provisória. Há ainda uma *partilha provisória*, que depois poderá transformar-se em definitiva. Há ainda o problema de se saber de quantos filhos se constituirá

essa *prole*. Essa provisoriedade poderá perdurar por tempo indeterminado. Deve o patrimônio cabente à prole eventual ficar sob a guarda de um administrador, que o vigente Código denomina curador, que, se nada o impedir (a vontade testamentária poderá fazê-lo), poderá ser o pai ou mãe da futura prole¹⁷, uma vez que os pais administram, por lei, os bens dos filhos menores, tendo seu usufruto legal. Essa disposição, aliás, consta do art. 1.800, § 1º. Lembre-se de que o Código Civil de 2002 estabeleceu o prazo de dois anos para a concepção do herdeiro esperado, salvo disposição em contrário do testador (art. 1.800, § 4º). O testador, portanto, pode fixar prazo diverso. Conforme o art. 1.800, § 3º, nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador. Como, destarte, é relevante a administração do curador no tocante a esses bens, sujeita-se ele a todas as responsabilidades inerentes à curatela de incapazes (art. 1.800, § 2º). Essa matéria pode, como se nota, trazer incontáveis problemas na prática.

Pontes de Miranda defendia, no sistema anterior, que na falta de disposição testamentária a administração caberia ao testamenteiro, opinião que se harmoniza com a lei.¹⁸ De fato, cabe ao testamenteiro fazer cumprir o testamento. Todavia, melhor será que o juiz verifique no caso concreto qual a melhor solução, pois a posse provisória de bens é de grande interesse para os interessados e requer os maiores cuidados de preservação. Note que não se trata de fideicomisso. O administrador, ou curador, como agora denomina a lei, é nomeado pelo testador ou pelo juiz. Não existe a figura do *fiduciário*, que exerceria, no caso de fideicomisso, o direito de propriedade. Os nascituros e a prole eventual recebem o quinhão com todos os frutos e acréscimos, desde a abertura da sucessão. Dada a grande responsabilidade do administrador, que pode não ser o pai ou a mãe dos menores, sua função deve ser remunerada, se não foram estes. Se for o testamenteiro, tal deve ser levado em conta em sua vintena. Note que, embora o presente Código preveja a nomeação desse curador na pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro (art. 1.800, § 1º), a disposição testamentária ou mesmo a inconveniência apurada pelo juiz no caso concreto poderá fazer com que outros sejam nomeados. A atual lei indica que se obedeça à ordem de nomeação estabelecida no art. 1.775 para a curatela, a qual, como sabemos, não é inflexível. O Projeto n. 6.960 preferiu que seja seguida a ordem estabelecida no art. 1.797, qual seja, a destinada ao administrador da herança.

4 INCAPACIDADE RELATIVA OU FALTA DE LEGITIMAÇÃO PARA ADQUIRIR POR TESTAMENTO

Vimos aqui que a capacidade para adquirir por testamento é geral. Amplia-se até mesmo para quem ainda não nasceu quando da morte do autor da herança.

O art. 1.801 (antigo, art. 1.719) do mais recente Código Civil trata de incapacidades específicas para determinado testamento, melhor dizendo, para determinada situação testamentária. Assim dispõe a lei:

Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:

I – a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;

II – as testemunhas do testamento;

III – o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;

IV – o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

O Projeto n. 6.960/2002 tenta suprimir o prazo de cinco anos do inciso III, que se mostra inconveniente no exame do caso concreto. Tais pessoas, à exceção do concubino, por estarem muito próximas do ato testamentário, poderiam conduzir, direta ou indiretamente, a vontade do testador. A proibição ao concubino vem imbuída de índole moral.

Nosso Direito permite o testamento a rogo sob a forma cerrada, ou para o testamento marítimo. A incapacidade persiste ainda que não tenha sido o fato declarado na cédula. Evidente que essa pessoa poderia redigir diferentemente do desejado pelo testador. Aqui não se trata do caso de quem redige uma minuta ou rascunho para o testador, que o escreve de próprio punho, ou por meios mecânicos. Nada impede o disponente de valer-se de técnicos, de um advogado, para dispor corretamente de seus bens.

Como bem lembra Orosimbo Nonato, essa incapacidade se estabeleceu para evitar abusos e sugestões de quem escreve o testamento cerrado. Tratando-se de restrição, não há que se estender a incapacidade aos afins do redator da cédula.¹⁹

As testemunhas do testamento também não podem ser beneficiadas, pois devem guardar absoluta distância das disposições testamentárias. Poderiam influenciar a vontade do testador.

O Código anterior tratava da *concubina do testador casado*. O corrente diploma abrandou a regra, devendo ser levado em consideração que o novel legislador denomina concubinato a união impura ou adúlterina.

No sistema anterior, deveriam estar presentes dois requisitos: que o testador fosse casado com outra pessoa, quando do ato, e que existisse concubinato entre ele e a herdeira ou legatária. Não se podia ampliar a restrição. O separado judicialmente e o divorciado não estavam inibidos. O separado de fato continua casado.

O Código de 2002 não mais se reporta à concubina, que era uma discriminação contra a mulher. O Código de 1916 não aplicava a restrição ao *concubino da testadora casada*. Portanto, pela dicção legal, nada impedia que o concubino

viesses a ser sucessor testamentário da testadora casada. Tal distinção demonstra o espírito do Código redigido no alvorecer do século XX, talvez por se entender que era muito raro o adultério da mulher.²⁰

No sistema atual, o concubino em geral do testador casado, homem ou mulher, não pode ser nomeado herdeiro ou legatário. O atual Código, no entanto, no sentido de abrandar a norma, introduz situação de fato que deverá trazer muita discussão no caso concreto. A restrição não se aplica se o concubino estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos, sem culpa sua. Vimos que esse prazo de cinco anos apresenta-se como um dificultador da prova. Serão incontáveis as demandas que discutirão o prazo de cinco anos e a ausência de culpa do concubino. O dispositivo é inconveniente porque traz muita incerteza à disposição. O Projeto corrige-o em parte.

A incapacidade deve ser vista na época da feitura do testamento, mas a situação fática do concubinato deve ser apreciada em cada caso. A caracterização do concubinato dependerá do exame dos requisitos estudados no direito de família.

A última restrição se refere ao oficial público, ou assemelhado perante o qual se fizer o testamento, assim como para o agente que fizer ou aprovar o negócio *causa mortis*. A situação visa também coibir abusos e distorções.

A sanção, quando se beneficia qualquer dessas pessoas, não é tornar nulo o testamento, mas apenas *tornar nula a disposição que inclui os impedidos*. É o que deflui do art. 1.802 (antigo, art. 1.720). O testamento vale, mas os incapacitados não recebem.

5 SIMULAÇÃO DE CONTRATO ONEROSO E INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS

O art. 1.802 (antigo, art. 1.720) dispõe que também são nulas as disposições feitas aos não legitimados a suceder ainda quando simulem a forma de um contrato oneroso ou os beneficiem por interposta pessoa. Trata-se de caso de fraude expresso em lei. Vimos em nosso *Direito civil: parte geral*, seção 26.3, que a fraude pode apresentar-se de múltiplas maneiras. Definimos a fraude como todo artifício malicioso que uma pessoa emprega com a intenção de transgredir o Direito ou prejudicar interesses de terceiros. Portanto, a fraude é aquela conduta que ilude a lei ou terceiros por via indireta, sem que haja um ato ostensivo de desrespeito ao direito.

Quando o legislador entende que a disposição legal abre brechas e desprotege em muito eventuais prejudicados, coíbe a fraude expressamente. É o que aqui ocorre.

Quando há simulação de um ato oneroso para aquinhoar as pessoas incapazes, presume-se a fraude. O testador confessa, por exemplo, ser devedor de uma dívida inexistente. A presunção é relativa. Se o ato é real, evidentemente,

não há fraude. Aqui não há dúvida da relatividade da presunção, porque, se não existe simulação, não há fraude. Aplicam-se os princípios da simulação em geral.

Já no tocante à interposição de pessoas, a colocação de um “testa-de-ferro”, a doutrina não tem dúvidas em concluir por uma presunção absoluta quando se trata de pessoa interposta descrita pela lei. Dispõe o parágrafo único do art. 1.802 (antigo, art. 1.720): “Presumem-se pessoas interpostas os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro do não legitimado a suceder”. Se, porém, a pessoa interposta for estranha a essa relação, a situação dependerá de prova, uma vez que a questão se situa no plano da simulação.

A questão da deixa testamentária ao filho da concubina ou do concubino mereceu a edição da Súmula 447 do Supremo Tribunal Federal: “É válida a disposição testamentária em favor de filho adulterino do testador com sua concubina”. A conclusão sumulada não permitia a conclusão de excluir a nulidade quando se tratava tão-só de filho de concubina, pois nesse caso ficaria claro o intuito de favorecer a progenitora. O vigente Código é expresso a esse respeito, sintetizando o espírito dessa súmula no art. 1.803: “É lícita a deixa ao filho do concubino, quando também o for do testador”. Desse modo, nessa hipótese, a atribuição testamentária a esse herdeiro comum retira a ilicitude do ato e a presunção de interposição de pessoa.

As pessoas consideradas interpostas podem receber normalmente, se o beneficiário já faleceu, uma vez que a interposição se torna assim impossível.²¹

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil: sucesiones*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987, v. 2, p.161.

CICU, Antonio. *Sucessioni per causa di morte*. Milão: Giuffrè, 1954.

FASSI, Santiago C. *Tratado de los testamentos*. Buenos Aires: Depalma, 1970, v. 1, p. 75.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 94.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, v. 1, p. 395.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 6, p. 203.

NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão civil testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, v. 2, p. 26.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, v. 58, p. 14.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito das sucessões*. 23 ed. São Paulo, Saraiva, 1978, v. 7, p. 108.

WALD, Arnaldo. *Direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 92.

¹ CICU, Antonio. *Sucessioni per causa di morte*. Milão: Giuffrè, 1954, p. 152.

² GOMES, Orlando. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 94.

³ FASSI, Santiago C. *Tratado de los testamentos*. Buenos Aires: Depalma, 1970, v. 1, p. 75.

⁴ BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil: sucesiones*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987, v. 2, p. 161.

⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito das sucessões*. 23 ed. São Paulo, Saraiva, 1978, v. 7, p. 108.

⁶ BORDA, *op. cit.*, p. 175.

⁷ BORDA, *op. cit.*, p. 166.

⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, v. 1, p. 395.

⁹ WALD, Arnaldo. *Direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 92.

¹⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 6, p. 203.

¹¹ CICU, *op. cit.*, p. 243.

¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, v. 58, p. 14.

¹³ *Ibid.*, p. 19.

¹⁴ MONTEIRO, *op. cit.*, p. 204. No mesmo sentido: NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão civil testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, v. 2, p. 26. PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 23.

¹⁵ WALD, *op. cit.*, p. 94.

¹⁶ CICU, *op. cit.*, p. 228.

¹⁷ WALD, *op. cit.*, p. 95.

¹⁸ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 24.

¹⁹ NONATO, *op. cit.*, p. 51.

²⁰ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 195.

²¹ WALD, *op. cit.*, p. 98.

LEGAL CAPACITY FOR BEING TESTATOR AND TO ACQUIRE BY TESTAMENTARY DISPOSITION

ABSTRACT

This paper tackles the issue of the legal capacity for being testator and for acquiring by testamentary disposition.

Regarding the legal capacity for being testator, it focus especifically on the incapacity due to age, lack of discernment or mental illness, defects in personal will and the situation of deaf-mute persons. As of the legal capacity for acquiring by testamentary disposition, the author discusses the situation of the unborn child and the possibility of making a will in favour of the eventual children to be born. At the end, deals with the partial incapacity or the lack of legitimation to acquire by testamentary disposition.

KEYWORDS: Legal capacity for being testator. Incapacity.

CAPACITÉ DE FAIRE UN DISPOSITION TESTAMENTAIRE ET CAPACITÉ D'ACQUERIR PAR TESTAMENT

RÉSUMÉ

Il s'agit d'un article sur la capacité concernant un testament, soit active (testateur) soit passive (légataire). Dans le contexte de la capacité testamentaire active, le texte traite spécifiquement des incapacités en raison de: l'âge, l'absence de discernement, maladie mentale, vice de volonté et de la situation des sourds-muets. Pour la capacité testamentaire passive, on discute la situation de l'enfant à naître ainsi que la possibilité d'attribution testamentaire à la progéniture future éventuelle. Finalement, on traite de l'incapacité relative ou l'absence de légitimité pour acquérir par testament.

MOTS-CLÉS: Capacité testamentaire. Incapacité.