

di-lo o § 7.º, combinado com o § 5.º, letra *b*, ambos do art. 73, da Constituição.

15. O § 8.º, desse art. 73, tem por finalidade obrigar a que passem pelo crivo do Tribunal de Contas as concessões iniciais das aposentadorias, reforma e pensões no concernente à legalidade. As melhorias posteriores e demais despesas não estão sujeitas a essa exigência.

16. O Tribunal de Contas é órgão auxiliar do Congresso Nacional no tocante à fiscalização financeira e orçamentária (Constituição Federal, arts. 71 e segs). Tem competência para sustar a execução de atos ilegais relativos a despesas, exceto os contratos. Ao Presidente da República é facultado, *ad referendum* do Congresso Nacional, autorizar que se prossiga na execução do ato sustado pelo Tribunal. Do conseguinte, não há hipótese na qual o Congresso não possa controlar o ato decisório de seu Órgão Auxiliar, é o que se depreende da exegese do art. 73 e seus parágrafos, da Constituição" (fls. 34 dos autos).

12. Pelo exposto, e em conclusão, somos de parecer de que deve ser concedida a presente segurança.

Brasília, 28 de agosto de 1973

JOSE CARLOS MOREIRA ALVES
Procurador Geral da República

TESTAMENTO

Tribunal de Justiça

Embargos de Nulidade e Infindentes na Apelação Cível N.º 64.119

Embargante: Vicente Zamitti Mammana

Embargado: Maria Dolabella Zamiti Mammana

Testamento: «Somente uma certeza plena, isenta de qualquer dúvida, não contrariada por nenhum elemento de que se possa inferir o discernimento do testador, poderá conduzir à anulação do testamento por ele feito».

PARECER

Nos termos da parte final do art. 833 *caput* do C.P.C., se o desacordo no julgamento for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência. Aqui o desacordo foi parcial: houve unanimidade ao repelirem-se todas as *causae petendi* invocadas pela autora para a anulação do testamento e apenas se acolheu por maioria uma delas, falta de perfeito juízo do testador ao testar.

2. Dando-se ao art. 1627 do Código Civil uma inteligência de sistema, há de entender-se que o *não estar em seu juízo perfeito*, do inciso III, é aquele estado que, embora não seja demencial, deixa o paciente numa situação semelhante, quanto ao juízo, a do menor de 14 anos ou ao louco de todo gênero, mencionados nos incisos I e II. A hipótese do inciso é a de uma enfermidade que, ainda seja acidental ou transitória, priva o paciente do uso da razão, de modo que se não possa considerá-lo naquele momento mentalmente são. Nas palavras de VITALI: "*al tempo, in cui fece testamento non era sano di mente, cosi non é mestieri, che esista nel dispoente un'infermità abituale, ma basta che sia tale, che la privi dell'uso della ragione sia che questa privazione proceda da causa volontaria, sia da causa involontaria, dipenda da un abito personale del testatore, o do mera causa accidentale (Delle Successione Legittime e Testamentarie, v. I, p. 496, n. 579)*". Desde que a doença, o vício de tóxicos, as paixões, deixam ao paciente os seus sentimentos normais, a sua liberdade de agir, o seu livre querer, não há por que negar-lhe a *testamenti factio activa*. Disse-o bem POLACCO: "*Sana la mente, l'infermità di corpo non nuoce*" (*Successione*, p. 160). E para que a paixão ou o ódio ou a desafeição se possam incluir no inciso III do art. 1627 do Código Civil, "para que a paixão possa inutilizar o testamento, força é domine às completas o testador e lhe cause perturbações mentais sérias e profundas" (OROSIMBO NONATO, *Estudos Sobre a Sucessão Testamentária*, v. I, p. 407, n. 332).

3. Não é preciso dizer que a falta de juízo perfeito não se presume e que para ser acolhido tem de ser provada acima de qualquer dúvida razoável. Como muito bem decidiu a E. 5.^a C.C. em acórdão unânime na apelação cível 37.652: "Somente uma certeza plena, isenta de qualquer dúvida, não contrariada por nenhum elemento de que se possa inferir o discernimento do testador, poderá conduzir à anulação do testamento por ele feito" (fotocópia à fls. 513).

4. Há aqui essa prova cristalina, peremptória, da falta de juízo perfeito do testador? De nenhum modo. Basta dizer que os médicos que assistiram o testador durante o período da doença que o

vitimou são contestes e unânimes em declarar-lhe a lucidez e o perfeito juízo. Para concluir de modo contrário o laudo de fls. 331 a 385, valeu-se do depoimento do professor OSCAR STEVENSON, de pequenos e insignificantes detalhes das declarações testamentárias e de fatos que, exaustivamente ficou demonstrado no magnífico parecer do preclaro professor JOSÉ LEME LOPES, não autorizavam tal conclusão.

5. O depoimento do professor STEVENSON na parte que mereceu o destaque do laudo em que se baseou o v. acórdão embargado é o seguinte:

“Que no dia 16 de junho de 1966 indo visitar o Dr. Carmello de quem era amigo e advogado, encontrou-o “em estado de grande prostração e derrame mesmo de pranto”, tendo sido informado pelo próprio Carmello que este apresentara, no dia 14, uma espécie de disbazia, descontrole dos movimentos e membros; que também Carmello lhe mostrou que não podia pegar o nariz porque a mão se desviava para um dos olhos, e estas duas circunstâncias o enchiam de pavor da morte”.

Essas declarações, disse-o acertadamente o prof. LEME LOPES, descrevem “um estado emocional, que não impede uma firme observação sobre o comportamento corporal e uma consciência clara, capaz de auto orientação alo e somático psíquico”. Revelam apenas que “havia consciência de doença grave, reação emocional proporcional e adequada”.

6. Houve realmente abcesso cerebral. Daí se segue obrigatoriamente a ocorrência de desordem mental ou a ocorrência de falta de juízo perfeito? Não. O próprio laudo não afirma seja de seqüência obrigatória. É possível? É. Mas *de posse ad esse non valet illatio*. É mister que se demonstre que no caso isso ocorreu. Para demonstrá-lo, a perícia vale-se do que chama *erros ou omissão do testamento*.

7. Seja-me permitido, nesse ponto, limitar-me a transcrever o que disse magistralmente o ilustre desembargador OLAVO TOSTES no seu irrespondível e cabal voto vencido:

“O grande achado para a certeza a que foram conduzidos os peritos foi a incongruência de algumas disposições testamentárias e os fenômenos disiméticos que se revelaram, através o esquecimento do nome completo da própria filha e do erro na indicação da data de seu nascimento (fls. 383). E a na réplica de fls. 448 a 456 deixam confessado isso mesmo, discorrendo sobre esses erros e sua significação, decisivos para o diagnóstico de incapacidade para testar.

Ora, a fixação de um termo para a cessação da cláusula de inalienabilidade não depõe contra o testador. Na grande maioria dos casos, essa inalienabilidade é prescrita por toda a vida. Se o Dr. Carmello não duvidava propriamente do discernimento da sua descendente, mas receiava — com ou sem razão, o que não importa — da influência que ele reputava má, da sua ex-mulher, sobre a conduta da filha, deu u'a mostra de grande perspicácia e equilíbrio, prescrevendo a inalienabilidade até que essa atingisse os cinqüenta anos. Ainda mais que essa prescrição guardava perfeita correlação com o testamento anterior, outorgado vinte anos antes, quando ninguém punha dúvida na sanidade mental do Dr. Carmello, no qual também se instituiu a inalienabilidade, até que a herdeira cumprisse os trinta e cinco anos de idade. No segundo caso, a autora, então com cerca de oito anos, deveria esperar 27 anos antes de ficar capacitada a dispor dos bens; no testamento visado pela presente ação já com vinte e sete anos, a autora só deveria aguardar vinte e três anos”.

8. E as falhas de memória? Repitamos com o eminente Des. OLAVO TOSTES:

“Quanto às falhas de memória, eram de detalhes tão insignificantes que, *data venia*, jamais poderiam conduzir os peritos a um diagnóstico tão extremo. Se o testador não ditou o nome completo da filha e se errou, ao mencionar a data do seu nascimento, forneceu outros dados precisos, a revelar grande percepção e memória irreprensível, como sua naturalidade, data do nascimento, nacionalidade, nome dos pais, residência da mãe, qualificação e residência da filha, filiação, especificação de legados e nomeação dos legatários, sua qualificação e residência, constituição do usufruto, dados sobre a herdeira legítima e data do seu nascimento, nomeação dos testamentários, e outras declarações que revelavam grande lucidez.

Mas mesmo as apontadas falhas de memória não ocorreram. A própria autora, sempre usou o nome Maria Dolabella Mammana, como comprovaram os apelados, com numerosos documentos, e assim também procedia o seu falecido pai, como tornaram certo, juntando exemplares de sua declaração de renda nos anos de 1956, 1960 e 1961. Desses mesmos documentos e da carteira de identidade do testador, consta como data do seu nascimento o dia 8 de dezembro de 1909, e não a de 13 do mesmo mês, que consta do seu registro.

Não há portanto, como duvidar dos documentos trazidos pelos apelados, como a fotografia da lápide no cemitério do Araçá,

em São Paulo, registrando como de 8 de dezembro de 1909 a data do seu nascimento, quando ele costumava festejar o aniversário segundo informam os seus amigos íntimos”.

Concluiu bem o ilustre Juiz: Não houve, portanto falha de memória, repousando a conclusão dos doutos peritos em uma premissa não correta.

9. Como se vê, longe está destes autos a prova de que o testador não estivesse no gozo do seu juízo perfeito. Já o proclamava CICERO *iu privatis firmissimum est testamentum*. Não é possível anulá-lo sem prova plena, e muito menos contra a prova. Seria não só violar a lei como ainda desprezar a *pietas* pelo defunto, atendida desde os romanos com o *favor testamenti*.

10. Sou, em consequência, por que se recebam os embargos para, nos termos do voto vencido, julgar improcedente a ação também no seu fundamento do inciso III, do art. 1.627 do Código Civil.

Rio de Janeiro, 22 de agosto de 1971

ARNÓBIO TENÓRIO WANDERLEY

9.º Procurador da Justiça

**CURADOR AO VÍNCULO: RECURSO VOLUNTÁRIO;
SUA INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO QUE
DISSOLVA O VÍNCULO**

Protocolo N.º 19/2313/74

Senhor Procurador-Geral:

A Dr.ª Defensora Pública signatária da petição de fls. 2/3, tendo funcionado como Defensora do Vínculo Matrimonial na Ação Declaratória de Nulidade de Casamento proposta por M. S. B. M. contra B. M., em curso no Juízo de 2.ª Vara de Família, comunica a V. Ex.ª nos termos do art. 2.º do Código do Ministério Público, motivos pelos quais deixou de recorrer da decisão que julgou procedente tal ação (fls. 2/3).