

TESTAMENTO — CASOS DE RUPTURA

Processo N.º 25.772 — 2.ª Vara de Órfãos e Sucessões

2.º Ofício

PARECER

Egrégia Câmara:

Razões da Curadoria de Órfãos

É de ser negado provimento à apelação de fls. 64. Com efeito:

I — Procuram os apelantes fundamentar seu recurso nos arts. 1.750 e 1.751 do Cód. Civil. Com relação ao segundo destes dispositivos, sua citação no apelo se fez por evidente equívoco, uma vez que os “outros herdeiros necessários” de que trata o art. 1.751 são os ascendentes. A doutrina é inteiramente pacífica a respeito, e basta a leitura da lei para ver que, se o art. 1.750 fala em descendente, os “outros herdeiros necessários”, referidos no artigo seguinte, só podem ser os ascendentes, já que herdeiros necessários são os descendentes e os ascendentes, apenas (C. Civil, art. 1.721). Ora, no caso, os apelantes se apresentam como descendentes.

II — Dentre os apelantes, o de nome Manoel da Silva não pode, sequer, figurar no processo, conforme bem demonstrado na preliminar de fls. 69. Deve, portanto, ser desentranhada a procuração de fls. 18. O mesmo ocorre com Sebastião da Silva, com a única diferença de que o signatário do recurso vem falando em seu nome sem estar a tal habilitado, pois não apresentou o indispensável instrumento de mandato. (Sebastião da Silva era casado — ao que parece, pois não exibiu certidão de casamento — com Cornélia Jorge dos Santos, filha do *de cujus* e falecida muito antes deste, tudo como se vê a fls. 24 c/c fls. 5).

III — Também no art. 1.750 os apelantes não encontram amparo para suas pretensões. Diz o mesmo:

“Sobrevindo descendente sucessível ao testador, que o não tinha, ou não o conhecia, quando testou, rompe-se o testamento em todas as disposições, se esse descendente sobreviver ao testador”.

Vê-se que há duas hipóteses: 1.^a) a de superveniência de descendente (por nascimento, legitimação, reconhecimento voluntário ou judicial, adoção, etc.) que é a hipótese menos simples, acarretando divergências doutrinárias e jurisprudenciais em alguns casos, (como, por exemplo, quando o testador, conhecendo o estado de gravidez de sua mulher, lega todos os seus bens. Para CARVALHO SANTOS haverá ruptura. Para CLÓVIS, apenas redução para ressaltar-se a legítima). *In casu*, não se trata dessa primeira hipótese, já que todos os herdeiros já eram nascidos na época em que foi feito o testamento (7-2-1966).

A 2.^a hipótese é de ignorância da existência de descendente vivo ao tempo do testamento. O que ambas têm em comum é o fato de que se procura preservar, na medida do possível, a vontade do testador, procurando-se saber como seria esta vontade quando isenta de erros. É a *revogação presumida* do testamento quando se entende que o testador não disporia de seus bens, se conhecesse a existência de herdeiros necessários. Conforme assegura Mazzoni, comentando o direito italiano a respeito (ao qual, aliás, atribui a criação da revogação legal ou presumida em exame) a razão do instituto se prende a que "não é só natural e razoável, mas é conveniente presumir que o testador não disporia a favor de terceiros, se soubesse ter filhos ou descendentes destes, ou esperasse tê-los" (Inst. de Dir. Civ. Ital., vol. VI, n.º 176). O Código Italiano deixa bem clara a necessidade da ignorância da descendência, em seu art. 888:

"Le disposizioni a titolo universale o particolare fatte da chi al tempo del testamento non aveva od ignorava di avere figli o discendenti, sono rivocate di diritto per l'esistenza o la sopravvenienza di un figlio o discendenti legittimo del testatore, benchia postumo, o legittimato, o adottivo."

O Código Civil Alemão (BGB) coloca ainda em maior destaque a exigência de que o herdeiro não seja conhecido do testador e a tal ponto manda respeitar a vontade deste que entende não ser caso de ruptura (mesmo com herdeiro desconhecido) quando as circunstâncias indicam que, de qualquer forma o testador teria mantido a disposição:

"§ 2079 (Desconhecimento do titular de legítima)

Uma disposição de última vontade pode ser impugnada se o testador preteriu um titular de legítima existente ao tempo da abertura da sucessão, cuja existência não era por ele conhecida ao tempo da outorga da disposição ou que, somente depois da outorga, nasceu ou (se) tornou titular de legítima. A impugnação fica excluída sempre que deva ser admitido que o testador, mesmo com o conhecimento da situação, havia de ter adotado a dis-

posição". (Tradução de Souza Diniz, edição de 1960 da Editora Record).

IV — Com relação à parte disponível da herança *não se trata*, portanto, *de um amparo que a lei dá aos herdeiros obrigatórios*, e sim de uma proteção a mais à VONTADE DO TESTADOR. Revoga-se o testamento em virtude de uma presunção a respeito dessa vontade. É, em lei, a aplicação da chamada teoria da causa, do Direito Francês. Na França, em que — salvo engano — não há dispositivo semelhante ao nosso, não obstante, tem sido negado efeito a testamentos, com base na citada teoria em casos de existência de herdeiros IGNORADOS, ou de superveniência de filho. Conforme informam COLIN e CAPITANT:

"Application de la théorie de la cause. — Il y a lieu cependant en cette matière de faire application de la théorie de la cause (supra, n.º 1381):

a) Le legs, comme toute libéralité, devra être déclaré nul, s'il est démontré que le testateur a commis une erreur sur la cause déterminante; par exemple, une personne lègue tous ses biens aux pauvres, dans la conviction qu'elle n'a point d'héritiers; la cour de Paris a admis le 9 février 1867, D. P. 67.2.195, que le testament est nul, des parents proches s'étant révélés dont le défunt ignorait l'existence, car il lui a paru démontré que le défunt n'aurait pas testé s'il avait connu la vérité" (C. E. de Droit Civil Français, vol. 3, n.º 1915, 9.ª edição)

e ainda:

"L'erreur sur la cause d'une libéralité consiste dans le fait que le disposant a été déterminé à agir par une fausse croyance. Lorsqu'il est certain que le disposant n'aurait pas fait la libéralité s'il avait connu la vérité, la donation ou le legs doit être annulé." (obra citada, n.º 1.381). (Acrescenta, também: "On remarquera que la solution a laquelle nos tribunaux arrivent par voie d'interprétation a été consacrée formellement par les Codes étrangers les plus récents")

V — Uma vez que só ocorre a *ruptio testamenti* por consequência da existência ou superveniência de herdeiro com fundamento na *presunção de mudança da vontade* por conhecimento do fato, é claro que a situação não se equipara à da omissão pelo testador da existência de sucessores necessários. É perfeita a citação de CLOVIS BEVILAQUA feita a fls. 54: "O que assim procede infringe conscientemente a lei, contra a qual ergue a sua vontade; a lei não lhe consente o excesso, mas lhe respeita o direito" (*Código Civil comentado*, vol. VI, pág. 234).

VI — Com relação ao ônus da prova da ignorância da existência do herdeiro, a doutrina praticamente nada diz, obviamente pela evidência de que tal ônus incumbe a quem alega, ou seja: aos herdeiros necessários. Quanto à necessidade de tal prova, é posta em relevo por CARLOS MAXIMILIANO:

“A prova da ignorância de ter sucessor é necessária, se era possível saber da existência do mesmo, quando o *de cujus* dispôs da própria fortuna”. (*Direito das Sucessões*, vol. 3, pág. 193 da 3.^a edição)

Ora, no caso, não só era possível ao testador saber dessa existência, como ele, comprovadamente, SABIA. Basta que se leia a certidão de óbito de fls. 10, de uma das filhas do *de cujus*, para que se constate que ele conhecia as netas. Com efeito, *foi ele o declarante desse registro*, conforme consta do termo e é afirmado pelos próprios apelantes (fls. 16, n.º 5), os quais também afirmam que continuou ele a manter relações de amizade com os descendentes, até uns três anos antes da sua morte, quando se afastou. No verso da referida certidão de fls. 27, o declarante MENCIONA EXPRESSAMENTE as filhas da obituada, ou seja: AS SUAS NETAS.

VII — A vontade do testador era deixar os seus bens para os menores mencionados a fls. 2. Tal não é possível atender, integralmente, *ex-vi-legis*. A solução correta e, então, a preconizada pelo Dr. Curador de Resíduos e aceita pelo Dr. Juiz, e que também é a mesma indicada por JOÃO LUIZ ALVES:

“A ruptura do testamento só se dá se ignorar o testador a existência de descendente ou ascendente sucessível ou se der superveniência de descendente, inclusive o filho póstumo, porque, só então, é razoável presumir que não disporia dos seus bens em prejuízo deles. Portanto, se, de qualquer forma, se verificar que o testador sabia da existência ou superveniência de herdeiro necessário, as suas disposições de última vontade devem prevalecer e serão respeitadas, dentro dos limites da quota disponível, procedendo-se a respectiva redução, nos termos dos arts. 1.726 e ss. (art. 1.752).” (*Cód. Civil anotado*, vol. 3, pág. 159 da 2.^a edição)

Em vista do exposto, espera a Curadoria de Órfãos que seja confirmada a R. decisão de fls. 56v, como é de estrita JUSTIÇA.

Rio de Janeiro, 15 de fevereiro de 1971

HUMBERTO PIRAGIBE MAGALHÃES
Curador de Órfãos em Exercício