

## Δ importância da prova indireta para apurar nulidade de testamento



O testamento, como se sabe, é negócio jurídico personalíssimo, unilateral,

formal e revogável, que permite a alguém dispor de seus bens, no todo ou em parte, para depois de sua morte. Diz-se “personalíssimo” porque somente o próprio disponente pode fazê-lo, não se admitindo, no caso, o poder de representação; unilateral e gratuito, porque não há contraprestação exigida do herdeiro ou legatário, ainda que a instituição do beneficiário se faça com modo ou encargo; formal e solene, por constituírem, as suas formalidades e solenidades, a principal garantia de cumprimento da vontade do testador; e essencialmente revogável, já que a vontade do testador pode se alterar após a lavratura do testamento.

Como ensina Zeno Veloso, “uma das principais características do testamento é a de ser um ato revogável. O testamento contém disposição de última vontade, e a vontade é ambulatória, (...) O testador pode modificar, livremente, alterar, quando lhe aprouver, o que declarou no testamento”<sup>[1]</sup>.

Como negócio jurídico, o testamento se submete aos requisitos gerais de validade previstos no artigo 104 do Código Civil<sup>[2]</sup>. Além dessas hipóteses, a ausência ou redução do discernimento também constitui causa de nulidade do testamento, ainda que formalmente capaz o testador. Isso porque o legislador disse expressamente que não poderiam testar os que, no ato de fazê-lo, não tivessem pleno discernimento (artigo 1.860)<sup>[3]</sup>, sendo nulo o negócio jurídico quando a lei “proibir-lhe a prática, sem cominar sanção” (CC, artigo 166, VII).

A ausência ou redução do discernimento não se vincula ao estado de capacidade, razão pela qual afastaremos destas reflexões qualquer discussão sobre as relevantes inovações na disciplina das incapacidades advindas com o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Recordando a longa tradição de nosso Direito e com base no Direito Comparado, ressalta Zeno Veloso que “o que se requer, fundamentalmente, em matéria de capacidade testamentária ativa, é que o indivíduo possa exprimir livremente a sua vontade, que tenha compreensão, discernimento, que saiba, enfim, o que está fazendo. Em consequência de enfermidade ou doença mental, ou de moléstia que repercuta no cérebro, a pessoa pode ficar com a razão comprometida, o espírito intensamente debilitado, sem possibilidade de querer autonomamente, de perceber as situações, de avaliar o que ocorre no mundo exterior, não tendo liberdade para deliberar, não exercendo espontaneamente o seu querer, e este é pressuposto essencial em sede de testamentos”<sup>[4]</sup>.

Se, ao testar, o testador não tinha o pleno discernimento, o testamento é nulo, sendo desinfluyente se o disponente se encontrava ou não sob curatela. O discernimento deve ser contemporâneo à facção do

---

testamento. Sua redução ou ablação superveniente não invalida o ato, nem o testamento de quem não tinha discernimento se valida com a superveniência da capacidade de livre expressão da vontade (CC, artigo 1.861). Mas aqui reside o grande imbróglio: provar a presença, redução ou ausência de discernimento de alguém que pode já haver morrido muitos anos antes de instaurada a dúvida ou aberta a discussão. Como o direito de impugnar a validade do testamento só vai caducar cinco anos após a data do seu registro (CC, artigo 1.859), exsurge, com frequência, enorme dificuldade para se apurar se o testador realmente gozava de pleno discernimento quando dispôs por ato de última vontade.

Quando um herdeiro, sentindo-se prejudicado, afirmar que o testador não gozava de discernimento e esse fato é contraditado pelo herdeiro beneficiado pelo testamento, serão “necessárias normas positivas para determinar, entre um que afirma e outro que nega, qual dos dois tenha que provar sua asserção para impedir que sirva como certa a asserção do contrário”<sup>[5]</sup>. Essas normas nos mostrarão o caminho para alcançar ou demonstrar a verdade sobre os fatos afirmados, ora limitando o campo dos fatos a conhecer, ora regulando o processo de conhecimento pelo juiz<sup>[6]</sup>.

Entre essas regras destaca-se o artigo 370 do CPC/15, a impor ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito<sup>[7]</sup>.

Em se tratando de demanda que tenha por objeto a invalidade de um testamento, as provas indiretas constituem as verdadeiras “rainhas” das provas, as provas por excelência. Em um texto clássico, publicado na *Revista dos Tribunais* no início do século passado, Luiz Frederico S. Carpenter já advertia sobre a impossibilidade de se fazer prova direta sobre a incapacidade do testador<sup>[8]</sup>.

Na investigação sobre a nulidade do ato de última vontade, por ausência ou redução do discernimento do testador, deve o juiz fazer uso da prova indireta, concretizada por presunções, ou por indícios, ou por sinais, ou por suspeitas, ou por adminículos. Somente esses elementos poderão comprovar a falta de discernimento de quem já não existe mais, fisicamente, no plano dos fatos.

As provas indiretas, segundo João Monteiro, “não estão escritas nas folhas dos autos pois resultam de um ‘operação lógica’, de maior ou menor proficuidade, consoante o maior ou menor grau de sagacidade do espírito de quem as estiver investigando: isto é, resultante ‘de combinações ideais, inqualificáveis a priori, enfim, resultam de conjecturas que o espírito induz por via de induções ulteriores’”<sup>[9]</sup>.

No caso de nulidade decorrente da falta de discernimento do testador, a prova indireta mais eficaz (e talvez a única passível a se chegar à verdade dos fatos) é o laudo pericial retrospectivo ou perícia psiquiátrico-forense póstuma retrospectiva.

Trata-se de prova pericial médica indireta, tendo em vista a morte do testador, destinada à averiguação de seu estado de saúde prévio e concomitante à lavratura do testamento, e que pode e deve ser requerida com amparo no artigo 370 do CPC/15.

A prova pericial médica indireta consiste na realização de perícia com base exclusivamente em documentos médicos e informações relativas ao histórico do paciente, com o fito de desvendar o estado de saúde pretérito do falecido, a partir de rastros e pistas deixadas no tempo. Sobre o cabimento dessa espécie de perícia, pertinente transcrever, ainda, a doutrina de Fredie Didier Jr: “Há, porém, certas modalidades de perícias que, por seu resíduo histórico, se aproximam da prova testemunhal, embora

desta ainda nitidamente se diferenciem. São as chamadas perícias retrospectivas ou indiretas. Por meio das mesmas, se faz um exame técnico dos vestígios presentes de fatos passados, para se concluir acerca da prova desses fatos. Na doutrina há dupla natureza na função do perito. O perito *perciendi*, que faz a verificação dos fatos existentes, e o perito *deducendi*, que interpreta os vestígios de fatos passados”[\[10\]](#).

Como o autor do ato de última vontade já morreu, a existência ou não de enfermidade apta a comprometer-lhe o discernimento, na data em que lavrado o testamento, não pode ser provada, a não ser por meio de perícia médica indireta. O especialista do juízo analisará o prontuário médico do morto e confirmará, a partir da análise dos resultados dos exames realizados pelo de cujus, confirmativos das enfermidades de que padecia, se as doenças retiraram-lhe ou não o pleno discernimento para testar.

Nada impede, ao contrário, aconselha, que o perito faça entrevistas com as pessoas que conviveram com o testador à época do ato, justamente para cotejar a realidade estática dos documentos com a dinâmica presencial da vida. Para Pontes de Miranda, “se de algum fato, ou estado pretérito, precisa o perito para chegar às respostas aos quesitos, o caminho é a informação testemunhal, testemunhas informadoras (...) encontradas pelo perito”, que pode “ouvi-las sem forma de juízo, dando de tudo, no laudo, notícia circunstanciada”[\[11\]](#).

A jurisprudência é uníssona quanto ao cabimento da perícia indireta quando falecido o periciando[\[12\]](#). Assim, havendo dúvida razoavelmente embasada sobre o pleno discernimento do testador em relação ao ato de testar, o juiz deve determinar a produção de prova pericial indireta.

[\[1\]](#) cf. VELOSO, Zeno. *Código Civil Comentado*. 10<sup>a</sup> ed. Coord. Ricardo Fiuza/Regina Beatriz. São Paulo: Saraiva, 2016, p.1.956.

[\[2\]](#) Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei.

[\[3\]](#) Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento.

[\[4\]](#) VELOSO, Zeno. *Código Civil Comentado* cit., p. 1.959.

[\[5\]](#) CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Campinas/SP: Bookseller, p. 40. Prossegue o autor, ressaltando que “a afirmação de uma parte e a negação da outra, ou seja, diante da discussão de um fato: é necessário proporcionar-lhe o meio ou indicar-lhe a via para resolver a discussão, ou, seja para determinar na sentença o fato não determinado pelas partes. Se esta via é a da busca da verdade ou, em outras palavras, do conhecimento do fato controvertido, haveremos realizado para a posição do fato um sistema idêntico ao estabelecido para a posição do direito, ainda que dentro de limites mais restritos, e tudo se reduzirá a um problema lógico de conhecimento do fato controvertido, por parte do juiz” (p. 44).

[\[6\]](#) “(...) Somente se fala de prova a propósito de alguma coisa que foi afirmada e cuja exatidão se trata comprovar; não pertence à prova o procedimento mediante o qual se descobre uma verdade não afirmada senão, pelo contrário, aquele mediante o qual se demonstra ou se encontra uma verdade afirmada” (CARNELUTTI, Francesco. Op. cit., p.67).

[\[7\]](#) Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

[\[8\]](#) Cf. RT 71/401-ago/1929.

[\[9\]](#) APUD CARPENTER, Luiz Frederico S. Da prova indirecta – da importância da prova indirecta nos

actos de fraude e, especialmente, nos testamentos falsos. Testamentos falsos e, portanto, nulos – Testamentos nulos, se bem que não falsos. In: Família e sucessões: direito das sucessões / Yussef Said Cahali, Francisco José Cahali organizadores. – São Paulo: Editora São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011 – (Coleção doutrinas essenciais; v. 6), pp. 714/715.

[10] Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela*. Vol. 2, 4. ed., Salvador, BA: Ed. JusPodivm, 2009, p. 231-232.

[11] *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.438.

[12] (1) EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SEGURO PRESTAMISTA – FALECIMENTO DA SEGURADA – ALEGAÇÃO DE DOENÇA PREEXISTENTE – NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL MÉDICA, INDIRETA – NULIDADE DA SENTENÇA – AUSÊNCIA DE PROVA INDISPENSÁVEL À SOLUÇÃO DO LITÍGIO. (...) A questão central, que está em discussão nos autos, é a preexistência, ou não, da doença que casou a morte da segurada, hipótese de risco expressamente excluído, ponto este cujo esclarecimento é indispensável para que se verifique se deve a primeira requerida ser condenada ao pagamento da indenização securitária. A nosso aviso, não há como se fazer prova a respeito, a não ser através de perícia médica indireta, que deverá analisar o prontuário da autora, que contém os resultados de exames complementares realizados, confirmativos da doença que causou a morte, laudos de radiografias e resultado do exame anátomo-patológico. O destinatário da prova é o Juiz e, se os elementos presentes nos autos não são suficientes para desvendar a verdade dos fatos, deve ele determinar a produção das provas necessárias, de ofício ou a requerimento da parte. Não se pode perder de vista que o Processo Civil contemporâneo vem afirmando, cada vez com maior ênfase, que o julgador não pode se contentar com a mera verdade formal, cumprindo-lhe atender o princípio da verdade possível, isto é, buscando alcançar aquela verdade mais próxima possível do real, respeitando o devido processo legal. (TJMG – Apelação Cível 1.0080.15.001068-6/001, Relator(a): Des.(a) Eduardo Mariné da Cunha, 17ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 06/10/2016, publicação da súmula em 18/10/2016) (2) RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. PREPOSTOS DO RÉU QUE SUPOSTAMENTE TERIAM FALHADO NA REALIZAÇÃO DO PARTO DA AUTORA, DANDO CAUSA AO ÓBITO DO RECÉM-NASCIDO (ASPIRAÇÃO DE MECÔNIO). DEMANDA JULGADA IMPROCEDENTE EM VIRTUDE DA AUSÊNCIA DE PERÍCIA MÉDICA. EXAME TÉCNICO QUE PODERIA TER SIDO REALIZADO DE FORMA INDIRETA. ACOMPANHAMENTO DA PARTE NA PRODUÇÃO DA PROVA QUE É MERA FACULDADE. PRECEDENTE. CERCEAMENTO DE DEFESA VERIFICADO. PERÍCIA ESSENCIAL AO CORRETO DESLINDE DA CAUSA. SENTENÇA ANULADA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM RECURSO PROVIDO. (TJSP;Apelação 0014629-25.2005.8.26.0609; Relator (a): Paulo Alcides; Órgão Julgador: 28ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Foro de Taboão da Serra – 3ª V.CÍVEL; Data do Julgamento: 13/12/2016; Data de Registro: 14/12/2016) (3) INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – Improcedência – Óbito do pai e companheiro dos autores – Alegação de atraso em sua remoção pela requerida para hospital de sua rede credenciada, mesmo diante da gravidade do caso (enfarto), o que teria contribuído para o falecimento -Necessidade da realização de perícia indireta nos prontuários médicos do falecido a fim de se poder aferir acerca do nexo de causalidade entre a conduta praticada pela requerida e o óbito – Prova testemunhal insuficiente – Sentença anulada, ex officio, para determinar a realização da perícia,prejudicado o exame das demais questões postas no apelo (TJ-SP – Apelação APL 994081247777 SP – Data de publicação: 07/12/2010).

**Date Created**

17/12/2017