

## A capacidade testamentária ativa

Giovanni Ettore NANNI\*

**RESUMO:** O artigo tem como objetivo verificar no que consiste a capacidade testamentária ativa, ou seja, a capacidade da pessoa interessada em fazer testamento. São analisados os requisitos estabelecidos pelo Código Civil no âmbito do direito sucessório, assim como os reflexos gerados pelo advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência no ato de testar.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito civil; direito das sucessões; testamento; incapacidade; capacidade testamentária ativa.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; – 2. Testamento e capacidade testamentária ativa: noções elementares; – 3. Incapacidade na Parte Geral do Código Civil; – 4. Capacidade para testar: preâmbulo; – 5. Capacidade testamentária ativa; – 5.1. Aqueles que não têm pleno discernimento; – 5.2. O impacto do Estatuto da Pessoa com Deficiência no ato de testar; – 5.3. Menores de dezesseis anos; – 5.4. Relativamente incapazes; – 5.5. Momento de análise da capacidade; – 6. Presunção de capacidade para testar; – 7. Ônus e *standard* de prova exigido em razão da presunção da capacidade testamentária ativa; – 7. Ônus e *standard* de prova exigido em razão da presunção da capacidade testamentária ativa; – 7.1. Ônus da prova; – 7.2. *Standard* da prova; – 8. Considerações conclusivas; – Referências.

**TITLE:** *The Capacity to Make a Will*

**ABSTRACT:** *The article aims to verify what the capacity to make a will consists of, that is, the capacity of the person interested in making a will. The requirements established by the Civil Code within the scope of the Law of Succession are analyzed, as well as the effects generated by the advent of the Statute of Persons with Disabilities on the act of making a will.*

**KEYWORDS:** *Civil law; law of succession; will; incapacity; capacity to make a will.*

**CONTENTS:** 1. Introduction; – 2. Will and active testamentary capacity: elementary notions; – 3. Disability in the General Part of the Civil Code; – 4. Capacity to test: preamble; – 5. Active testamentary capacity; – 5.1. Those who do not have full discernment; – 5.2. The impact of the Statute of Persons with Disabilities on the act of testing; – 5.3. Children under sixteen; – 5.4. Relatively incapable; – 5.5. Capacity analysis moment; – 6. Presumption of capacity to test; – 7. Burden and standard of proof required due to the presumption of active testamentary capacity; – 7. Burden and standard of proof required due to the presumption of active testamentary capacity; – 7.1. Burden of proof; – 7.2. Test standard; – 8. Conclusive considerations; – References.

### 1. Introdução

O testamento é negócio jurídico unilateral por excelência, visto que, fruto da autonomia privada, é realizado unicamente pelo testador, sem possibilidade de assistência ou representação, de qualquer espécie. Detém destacada relevância, dado que trata do destino de seu patrimônio, produzindo, em geral, efeitos após a sua morte.

---

\* Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Professor de Direito Civil nos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação *Stricto Sensu* na PUC-SP, na qual também exerce atividades docentes ligadas à Arbitragem e à Mediação. Foi Presidente do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBar (2018-2021) e do Instituto de Direito Privado – IDiP (2010-2017). Advogado, atua como árbitro e parecerista.

Em função dessa eficácia *post mortem*, a questão da capacidade testamentária ativa é elemento central no assunto, haja vista que testador já estará falecido em caso de divergência ou de alguma alegação de invalidade do testamento.

A capacidade testamentária ativa é verificada a partir de três dispositivos do Código Civil, ou seja: (i) o artigo 104, uma vez que, como qualquer outro negócio jurídico, requer *agente capaz*; (ii) o artigo 1.857, ao disciplinar que *toda pessoa capaz* pode dispor por testamento; (iii) o artigo 1.860, que é a regra específica da temática.

O presente artigo cuida de examinar, exclusivamente na perspectiva do Direito brasileiro, como se dá a aplicação sistemática desses dispositivos, que há de ser conjugada com as alterações promovidas no regime de incapacidade desde o advento da Lei nº 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, e seus reflexos na capacidade testamentária ativa.

Dessa maneira, são apresentadas concepções básicas em matéria de testamento e breves notas a respeito da modificação do regime de incapacidade promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. A partir dessa moldura, mostra-se no que consiste a capacidade testamentária ativa, bem como quais os seus requisitos, na tentativa de suscitar o debate acerca do assunto, mediante releitura dos fundamentos usualmente expostos pela doutrina tradicional.

## **2. Testamento e capacidade testamentária ativa: noções elementares**

O testamento é espécie de negócio jurídico, em que o testador dispõe a respeito de seu patrimônio, no todo ou em parte, para fins de herança, cujos efeitos são produzidos após a sua morte. Essa é a sua primordial destinação, conforme prevê o artigo 1.857, *caput*,<sup>1</sup> do Código Civil. Apesar disso, pode também abranger estipulações de caráter não patrimonial, cuidando de direitos pessoais.<sup>2</sup>

Trata-se de ato personalíssimo,<sup>3</sup> fruto da autonomia privada,<sup>4</sup> que se perfaz tão só com a declaração de vontade do testador, sendo, por isso, unilateral. É deliberação oriunda de reflexão individual do interessado, que exclui qualquer sorte de participação alheia, sendo

---

<sup>1</sup> “Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”.

<sup>2</sup> “§ 2º. São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado”.

<sup>3</sup> “Art. 1.858. O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo”.

<sup>4</sup> NANNI, Giovanni Ettore. Direito das sucessões: noções e princípios fundamentais. *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 429-430.

vedada a outorga de poderes para outrem. Haja vista a sua importância no direito sucessório, é ato solene que deve ser elaborado de acordo com os requisitos de forma definidos na lei.<sup>5</sup>

Registre-se, desde logo, que a capacidade de testar é exclusiva das pessoas naturais, não sendo cabível que pessoa jurídica faça testamento.<sup>6-7</sup> Pessoa jurídica termina, dissolve-se, liquida-se por um processo especial; propriamente não morre. Por isso, não pode praticar um ato *causa mortis*.<sup>8</sup>

Outrossim, afirma Zeno Veloso<sup>9</sup> que a faculdade de testar é de ordem pública, sendo um princípio geral que não sofre limitações e restrições, além das que prescreve a lei. No Direito Romano,<sup>10</sup> dizia-se que a *testamenti factio activa* era do domínio de Direito Público e, portanto, inderrogável.

O elemento chave para a atribuição de validade jurídica ao testamento é a *capacidade* do testador, o que se conclui a partir de três disposições do Código Civil.

*Em primeiro lugar*, o testamento é uma espécie de negócio jurídico. Por isso, obedece à regra geral de que a validade do negócio jurídico requer *agente capaz*, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei<sup>11</sup> (art. 104 CC).<sup>12</sup>

<sup>5</sup> NANNI, Giovanni Ettore. Direito das sucessões: noções e princípios fundamentais. *Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 447-448.

<sup>6</sup> ALVES, Joaquim Augusto Ferreira. *Manual do Código Civil brasileiro: do direito das sucessões: da sucessão testamentária*: art. 1.626 – 1.769: v. 19. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1917, p. 83; ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Successões: exposição doutrinária desta parte do direito civil*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1915, p. 297-299; OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 2, p. 410; NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 368-370.

<sup>7</sup> Na obra de Antonio Joaquim Gouvêa Pinto, adicionada por Teixeira de Freitas, as *peçoas naturais* têm o direito de testar porque a *capacidade testamentária*, sendo *direito de querer*, só a elas pode pertencer; e não às *peçoas jurídicas* de qualquer espécie, que não têm vontade e só funcionarão pelas *naturais peçoas de seus representantes*: Deus é *peçoas jurídica* e, para testar, fez-se Homem (PINTO, Antonio Joaquim Gouvêa. *Tratado dos testamentos e sucessões*: accommodado ao foro do Brazil até o anno de 1881 por Augusto Teixeira de Frêitas. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1881, p. 12).

<sup>8</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 407.

<sup>9</sup> VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*: parte especial: direito das sucessões, vol. 21 (arts. 1.857 a 2.027). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 29.

<sup>10</sup> BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1952, p. 652; MAY, Gaston. *Éléments de droit romain a l'usage des étudiants des facultés de droit*. 18. ed. Paris: Recueil Sirey, 1932, p. 526; JUSTO, A. Santos. *Direito privado romano*: v. 5: direito das sucessões e doações. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 33.

<sup>11</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das sucessões*. 25. ed. atualizada por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 146; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 212; NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: teoria geral do direito de sucessões; processo judicial e extrajudicial de inventário*, volume 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 109; TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil: volume 7: direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 126.

<sup>12</sup> “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”.

*Em segundo lugar*, o primeiro artigo que trata do testamento em geral no Código Civil (Capítulo I – Do Testamento em Geral) (art. 1.857 CC), acima transcrito, estabelece que *toda pessoa capaz* pode dispor por testamento.

*Em terceiro lugar*, logo em seguida, é regradada especificamente (Capítulo II – Da Capacidade de Testar) (arts. 1.860 e 1.861 CC) no que consiste a *capacidade* para fazer testamento.

Portanto, a capacidade para fazer testamento é definida a partir da aplicação conjunta da regra de capacidade para celebrar qualquer negócio jurídico, seja, por exemplo, um contrato ou um testamento, prevista na Parte Geral do Código Civil, com a regra da capacidade de testar, específica para o testamento, estabelecida na parte do Direito das Sucessões do Código Civil.

Assim, será analisada, primeiramente, a capacidade geral para a prática de todo e qualquer negócio jurídico e, em seguida, a capacidade própria para testar.

### **3. Incapacidade na Parte Geral do Código Civil**

Visto que o testamento é uma espécie de negócio jurídico, é preciso verificar no que consiste o *agente capaz* estabelecido no inciso I, do artigo 104 do Código Civil, o que impõe examinar o regime de incapacidade disposto na Parte Geral do Código Civil.

Em seguida, é analisado o reflexo desse regime no campo testamentário, com a finalidade de assimilar o sentido de *pessoa capaz* prevista no artigo 1.857 do Código Civil e, posteriormente, sua correlação com a capacidade testamentária ativa propriamente dita (art. 1.860, *caput*, CC).

O Código Civil atribui capacidade a toda pessoa (art. 1º CC), que é ligada à personalidade, entendida como a aptidão genérica para adquirir direitos e pactuar obrigações. Trata-se da capacidade de direito.

Essa aptidão genérica sofre limitações por meio da capacidade de fato. Na redação original do artigo 3º Código Civil de 2002,<sup>13</sup> era imposta a restrição ao exercício de

---

<sup>13</sup> “Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de 16 (dezesseis) anos; II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos. III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir a sua vontade”.

direitos em decorrência de fatores ligados à idade (menoridade) e insuficiência de discernimento (enfermidade mental). O artigo 4º do mesmo diploma legal estabelecia as hipóteses de incapacidade relativa.<sup>14</sup>

Contudo, a reforma legislativa implementada pela Lei nº 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, modificou consideravelmente o regime das incapacidades, uma vez que foram excluídas as disposições que tratavam, seja qual for o aspecto, de enfermidades. Assim é que o artigo 3º do Código Civil<sup>15</sup> passou a prescrever apenas uma hipótese de incapacidade absoluta, atrelada à idade, que é dos menores de dezesseis anos. No mais, quanto à incapacidade relativa, foi igualmente suprimida qualquer alusão associada à deficiência, cuidando tão somente, entre outras situações, dos que, transitória ou permanentemente, não puderem exprimir a sua vontade.<sup>16</sup>

Além disso, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, de inegável cunho protetivo,<sup>17</sup> desligou por completo toda conexão entre incapacidade e deficiência.<sup>18</sup> A pessoa deficiente não é mais considerada civilmente incapaz. À ela foi assegurado o direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas, sendo vedada qualquer espécie de discriminação (art. 4º, *caput*, EPD), igualmente quanto ao exercício de sua capacidade legal em negócios (art. 84, *caput*, EPD<sup>19</sup>) e foi também estabelecido que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para a prática de atos de cunho existencial (art. 6º EPD<sup>20</sup>). Restou, assim, banida a associação automática que se fazia entre deficiência e incapacidade.

---

<sup>14</sup> “Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxico, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos”.

<sup>15</sup> “Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”.

<sup>16</sup> “Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos”.

<sup>17</sup> Segundo o art. 1º, *caput*, do EPD, a lei é destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

<sup>18</sup> Nesse sentido, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “A partir do novo regramento, observa-se uma dissociação necessária e absoluta entre o transtorno mental e o reconhecimento da incapacidade, ou seja, a definição automática de que a pessoa portadora de debilidade mental, de qualquer natureza, implicaria na constatação da limitação de sua capacidade civil deixou de existir” (REsp 1.694.984/MS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 14/11/2017, DJe 1º/02/2018).

<sup>19</sup> “Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”.

<sup>20</sup> “Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

A iniciativa legislativa decorreu da ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007,<sup>21</sup> cujo propósito é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Ao prever que a incapacidade absoluta decorre unicamente do critério etário, houve muita discussão. Isso porque, a pretexto de o espírito da lei buscar igualar, incluir, proteger e evitar a discriminação do indivíduo com deficiência e sua dignidade, acabou, ao menos em tese, desamparando-o, mormente nas situações em que há marcante nível de comprometimento do discernimento da pessoa, pois, no mandamento legal, todos são capazes.

Não há espaço para tratar aqui do amplo debate gerado, porém subsiste consenso que, em situação de vulnerabilidade causada pela severidade do déficit, a pessoa com deficiência deve ser amparada, mesmo que excepcionalmente, pela curatela, que é medida protetiva extraordinária (art. 84, § 3º e art. 85, § 2º EPD), e pela tomada de decisão apoiada.

De um lado, a pessoa com deficiência tem de ser protegida,<sup>22</sup> de outro, foi reconhecida a abstração no que tange à capacidade, visto que, sendo maior de dezoito anos, todos são capazes, independentemente de verificação de seu discernimento para a prática de atos pessoais e patrimoniais, o que gerou críticas e ponderações.<sup>23</sup>

Em suma, desde então, a regra é a presunção de capacidade de todas as pessoas maiores de dezoito anos, sem ressalvas.

---

<sup>21</sup> Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

<sup>22</sup> Nesse sentido, entre tantos: “Desse modo, é indispensável reafirmar que a garantia de tais direitos não pode significar o abandono da pessoa com deficiência a sua própria sorte, uma vez que em muitos casos ela necessita de apoio, ou mesmo não se encontra em condições físicas, psíquicas ou intelectuais para o exercício de direitos como os mencionados no presente artigo [art. 6º EPD]. O reconhecimento da plena capacidade jurídica não significa ausência de proteção, que é necessária e devida às pessoas com deficiência, na medida das peculiaridades de cada caso, do mesmo modo que se protegem todas as pessoas vulneradas” (BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. *Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência à luz da Constituição da República*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 65).

<sup>23</sup> Também no contexto de vasta doutrina: WESENDONCK, Tula. A capacidade civil e a interpretação do Estatuto da Pessoa com Deficiência: desafios da doutrina para além dos institutos tradicionais do direito civil brasileiro. In: BENETTI, Giovana; CORRÊA, André Rodrigues; FERNANDES, Márcia Santana; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro; PARGENDLER, Mariana; VARELA, Laura Beck (Org.). *Direito, cultura, método*: leituras da obra de Judith Martins-Costa. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019, p. 118-128; LAGO JÚNIOR, Antonio; BARBOSA, Amanda Souza. Primeiras análises sobre o sistema de (in)capacidades, interdição e curatela pós Estatuto da Pessoa com Deficiência e Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 8, p. 49-89, jul./set. 2016, p. 64-73; REQUIÃO, Mauricio. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, p. 37-54, jan./mar. 2016; AMARI, Marina Luiza; GEDIÉL, José Antônio Peres. Estatuto da Pessoa com Deficiência e teoria das incapacidades. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 31-63, abr./jun. 2020, p. 42-47.



Feitas essas breves considerações a respeito do regime de incapacidade no Código Civil, resta averiguar como se deve correlacioná-las com a capacidade testamentária regradada na parte do Direito das Sucessões do Código Civil.

#### 4. Capacidade para testar: preâmbulo

Na parte “Da Sucessão Testamentária” do Código Civil, que se inicia no artigo 1.857, há duas previsões relativamente à capacidade: (i) uma estabelecida no próprio artigo 1.857, *caput*, quando menciona “[t]oda pessoa capaz”; (ii) outra disposta no artigo 1.860, específica quanto à “capacidade de testar”. Isso requer que as duas disposições sejam harmonizadas, dando-lhes interpretação útil.

No que concerne ao artigo 1.857 do Código Civil, a sua inclusão no primeiro dispositivo da Sucessão Testamentária transparece que o intuito é reforçar a regra inaugural sobre o testamento, dispondo a respeito de suas características essenciais, entre elas, a sua natureza como negócio jurídico unilateral, personalíssimo, revogável, com eficácia, em regra, *post mortem*, e, sobretudo, a capacidade para realizar tal ato.

Nessa conjuntura, o extrato da norma “toda pessoa capaz” clama a sua correspondência à disciplina da capacidade geral do Código Civil, fortalecendo-a. Visto que a lei não tem palavras inúteis, seu propósito é justamente revelar que o testador, além daquela própria preconizada no artigo 1.860, está adstrito à disciplina da capacidade de fato da Parte Geral.

Dito de outro modo, não obstante a regra geral de capacidade para a prática de qualquer ato da vida civil, é aplicável também a específica, relativa à elaboração de testamento. Isso implica analisar como a disciplina trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência impacta na capacidade testamentária.

Decerto o aspecto mais debatido é que a reforma suprimiu qualquer hipótese de incapacidade fundada em enfermidade mental, cujo digno alvo foi igualar os portadores de algum tipo de deficiência, buscando a inclusão social e evitando a discriminação. Porém, ao nivelar, deixou de considerar a situação daqueles que apresentam grau mais acentuado, que não têm discernimento apropriado para a celebração de negócios jurídicos, entre outros.

A despeito das controvérsias que o tema suscita, o problema central, que é propriamente o *discernimento*, não se configura quando se discute a capacidade testamentária do testador. Isso porque o requisito primordial para testar é nem mais nem menos o *pleno discernimento*. Por consequência, de uma forma ou de outra, o problema assume menor proporção quanto ao testamento. É o que se verifica a seguir.

## 5. Capacidade testamentária ativa

Ainda que a pessoa seja capaz para celebrar qualquer negócio jurídico, por exemplo, um contrato, para que o testamento seja válido é exigida pela lei uma capacidade particular, que é a *capacidade para testar*. Ou seja, além da *capacidade geral*, é necessária a *capacidade específica*.

Essa *capacidade específica*, a despeito de ter sido, no passado, associada a considerar testáveis somente aqueles que estão na livre administração de seus bens,<sup>24</sup> é hoje determinada nos artigos 1.860<sup>25</sup> e 1.861<sup>26</sup> do Código Civil, que contempla a *capacidade testamentária ativa*, pois diz respeito à pessoa apta a fazer disposição de última vontade, do autor da herança.<sup>27</sup>

A definição legal da *capacidade testamentária ativa* é realizada pela *negativa*, visto que o Código Civil estabelece apenas duas situações em que a pessoa interessada em testar *não tem aptidão* para isso: (i) por ausência de pleno discernimento; (ii) por ausência de idade.

Em razão disso, a doutrina é unânime em afirmar que a *capacidade testamentária ativa* é a regra, sendo que a incapacidade é a exceção, isto é, afora as pessoas que a lei expressamente proíbe, todas as demais podem fazer testamento válido.<sup>28</sup> Portanto, são taxativos os preceitos que determinam a incapacidade. Pela leitura do artigo 1.860 do Código Civil, sabe-se quais são as pessoas que não podem fazer testamento, e, excluídas

<sup>24</sup> ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Successões*: exposição doutrinária desta parte do direito civil. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1915. No mesmo sentido: LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Manual elementar de direito civil*: volume 3: direito das obrigações (theoria particular) – direito das sucessões. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1930, p. 210.

<sup>25</sup> “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”.

<sup>26</sup> “Art. 1.861. A incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade”.

<sup>27</sup> A lei também trata da capacidade para adquirir por testamento, ou seja, da *capacidade testamentária passiva*, cuja definição não interessa ao presente artigo.

<sup>28</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: direito das sucessões. 25. ed. atualizada por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 146. No mesmo sentido: ALVES, Joaquim Augusto Ferreira. *Manual do Código Civil brasileiro*: do direito das sucessões: da sucessão testamentária: art. 1.626 – 1.769: v. 19. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1917, p. 54; MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, v. 1, p. 378; OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 2, p. 405; NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, v. 1, p. 367; FERREIRA, Pinto. *Tratado das heranças e dos testamentos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 193; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, v. 56. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 114; GOMES, Orlando. *Successões*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 86; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: volume 7: direito das sucessões. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 238; BEGALLI, Paulo Antonio. Capacidade ativa para testar: todos os casos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 791, p. 65-90, set. 2001, p. 68; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 192.



estas, todas as demais podem fazê-lo. Como norma restritiva de direitos, esse artigo só abrange os casos que especifica, e tem de ser interpretado restritamente. Então, só são incapazes de testar os que a lei indica, expressamente. Quem não está incluído na proibição, pode fazer testamentos.<sup>29</sup>

Sabendo-se quais as pessoas naturais que não podem fazer testamento, fica sabido quais as podem fazê-lo.<sup>30</sup> E sabendo-se quais as pessoas que podem fazer testamento, fica sabido as que não podem fazer codicilo.<sup>31</sup>

Salvo os excluídos, afirma-se em doutrina que todas as pessoas têm o direito de dispor por testamento, qualquer que seja a sua nacionalidade ou religião, porque a testamentificação é uma das faculdades resultantes do direito de propriedade, reconhecido e garantido a todos.<sup>32</sup>

Cumpre examinar, assim, as hipóteses legais previstas no artigo 1.860 do Código Civil que impedem a realização de testamento, isto é, aqueles que não têm pleno discernimento (item 5.1), seguido de abordagem sobre o impacto do Estatuto da Pessoa com Deficiência no ato de testar (item 5.2), dos menores de dezesseis anos (item 5.3), dos relativamente incapazes (item 5.4), bem como o momento em que devem ser examinadas (item 5.5).

### **5.1. Aqueles que não têm pleno discernimento**

O ato de testar é ação de grande importância, momento em que o testador deve saber exatamente o que está fazendo, definindo, de acordo com a liberdade que a lei lhe confere, o destino de seus bens depois de sua morte. É por isso que o artigo 1.860, *caput*, do Código Civil prevê que há incapacidade para tal prática quando o autor não tem *pleno discernimento*.

A lei não indica no que consiste o *pleno discernimento*, de tal maneira que compete ao intérprete prescrever o alcance da regra.

---

<sup>29</sup> VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das sucessões*, vol. 21 (arts. 1.857 a 2.027). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 39-40.

<sup>30</sup> PINTO, Antonio Joaquim Gouvêa. *Tratado dos testamentos e sucessões: acomodado ao foro do Brasil até o ano de 1881 por Augusto Teixeira de Freitas*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1881, p. 14; FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876, p. 593.

<sup>31</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876, p. 593.

<sup>32</sup> OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 2, p. 404.

Na vigência do ab-rogado Código Civil de 1916, o artigo 1.627<sup>33-34</sup> tratava da matéria, sendo que, no inciso III, fazia referência aos que, ao testar, *não estejam em seu perfeito juízo*. Quanto a esse dispositivo, costuma-se repetir a afirmação de Carlos Maximiliano:<sup>35-36</sup> “Para testar são indispensáveis certos requisitos pessoais: inteligência e vontade, compreender e querer – compreender o caráter e os efeitos do ato e querer praticá-lo, bem como poder manifestar essa resolução; exige-se, enfim, a consciência do que se faz, a plenitude da vontade”. A assertiva de Carlos Maximiliano, por expressa referência em nota de rodapé, reproduz integralmente a doutrina francesa de Charles Demolombe,<sup>37</sup> que, por sua vez, se refere à redação original do artigo 901 do Código Civil francês,<sup>38</sup> que emprega o termo *são de espírito* (*sain d’esprit*).

Contudo, ainda que *pleno discernimento* (Código Civil brasileiro de 2002), *perfeito juízo* (Código Civil brasileiro de 1916) e *são de espírito* (Código Civil francês) sejam expressões que possam ser consideradas próximas, pensa-se que não são irrelevantes nem a modificação implementada na redação atual da lei em comparação à anterior nem os seus próprios termos (*pleno discernimento*) para fins de precisar o alcance da norma (art. 1.860, *caput*, CC).<sup>39</sup> Mesmo que os requisitos apresentados por Carlos Maximiliano tenham sido pertinentes para a compreensão da matéria, é necessário interpretar a lei a partir de seu texto, isto é, do que é *pleno discernimento*.

<sup>33</sup> “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”.

<sup>34</sup> A exigência do perfeito juízo já era antes disso configurada (PINTO, Antonio Joaquim Gouvêa. *Tratado dos testamentos e sucessões*: acomodado ao foro do Brasil até o anno de 1881 por Augusto Teixeira de Freitas. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1881, p. 4-5).

<sup>35</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, v. 1, p. 378.

<sup>36</sup> Entre outros, que empregam a posição citada: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: v. 6: direito das sucessões. Revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 183; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: direito das sucessões. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 212; FERREIRA, Pinto. *Tratado das heranças e dos testamentos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 195; BEGALLI, Paulo Antonio. Capacidade ativa para testar: todos os casos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 791, p. 65-90, set. 2001, p. 68.

<sup>37</sup> “Mais en quoi consiste cette condition ? Et quel est le sens de ces mots : *sain d’esprit*, ou, comme disaient nos anciens coutumes, *sain d’entendement, de bon sens et entendement* ? (art. 275 de la Cout. D’Orléans) Voilà ce que nous avons à préciser. Deux conditions nous paraissent nécessaires pour constituer cette sanité d’esprit, que le législateur exige ; à savoir : L’intelligence et la volonté ; Comprendre et vouloir. Comprendre le caractère et les effets de l’acte, dont il s’agit, donation entre-vifs ou testament ; Vouloir faire cet acte, et pouvoir aussi, bien entendu, manifester cette volonté” (DEMOLOMBE, Charles. *Cours de Code Napoléon, XVIII* : traité des donations entre-vifs et des testaments, v. 1. 2. ed. Paris : Auguste Durand ; L. Hachette, 1863, p. 366-367).

<sup>38</sup> “Art. 901. Pour faire une donation entre-vifs ou un testament, il faut être sain d’esprit”. (Em tradução literal: Art. 901. Para fazer uma doação entre vivos ou um testamento é preciso estar são de espírito).

<sup>39</sup> Sílvio de Salvo Venosa opina que “[a] questão 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” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: direito das sucessões. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 198; VENOSA, Sílvio de Salvo. In: GOZZO, Débora; VENOSA, Sílvio de Salvo. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*, v. 16: do direito das sucessões: (arts. 1.784 a 1.911). Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 282).

Nesse sentido, bem explica Mairan Maia Gonçalves Júnior,<sup>40</sup> que é importante ressaltar o significado da palavra utilizada pela lei. A lei não se restringe a exigir que seja a pessoa apta a manifestar sua vontade. Requer que tenha ela *pleno discernimento* do ato que realiza. Que seja, portanto, apta a *discernir*, a *perceber a diferença*, a compreender os efeitos jurídicos que a sua manifestação de vontade produz, inclusive, com a possibilidade de excluir da sucessão eventuais herdeiros legítimos existentes, desde que não sejam herdeiros necessários, ou de restringir a quota da herança que competiria a estes últimos, observada a legítima.

*Pleno* é adjetivo que qualifica o substantivo *discernimento*, o qual significa cheio, completo, perfeito, inteiro.<sup>41</sup> Entre outras variantes, *pleno* traduz a noção de *perfeito*, no sentido de *que reúne todas as qualidades boas, que não tem defeito*.<sup>42</sup> Essa definição bem revela a característica que deve ostentar o testador quanto ao domínio do ato que está praticando.

*Discernimento* é substantivo, que significa ato de discernir (separar, distinguir, ver claramente, discriminar), prudência, juízo, escolha, distinção, apreciação.<sup>43</sup> Consiste na ação de separar, de pôr à parte, para designar a operação pela qual alguém distingue intelectualmente dois ou mais objetos de pensamento, assim como a disposição de julgar as coisas de forma clara e razoável,<sup>44</sup> ou, ainda, a faculdade de julgar sensatamente as coisas.<sup>45</sup> Em outros termos, representa *compreensão*, no sentido de capacidade de assimilar intelectualmente, capacidade de perceber o significado de algo,<sup>46</sup> conhecimento perfeito de uma coisa, conjunto dos atributos comuns a todos os indivíduos, que compreende uma ideia geral.<sup>47</sup>

Aplicando-se essas acepções ao tema em análise, requer-se que o testador tenha *perfeita compreensão* do ato que está realizando, sabendo distinguir o que está dispondo, quem

---

<sup>40</sup> MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *Sucessão legítima: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 149-150. Ver também: CASTRO, Vitor Lemes. *As invalidades do negócio jurídico testamentário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2023, p. 78-79.

<sup>41</sup> FIGUEIREDO, Cândido de. *Dicionário da língua portuguesa de Cândido de Figueiredo*, v. 1. 14. ed. Amadora: Livraria Bertrand, 1973, p. 902.

<sup>42</sup> FIGUEIREDO, Cândido de. *Dicionário da língua portuguesa de Cândido de Figueiredo*. 14. ed. Amadora: Livraria Bertrand, 1973, v. 2, p. 649.

<sup>43</sup> FIGUEIREDO, Cândido de. *Dicionário da língua portuguesa de Cândido de Figueiredo*. 14. ed. Amadora: Livraria Bertrand, 1973, v. 2, p. 649.

<sup>44</sup> REY, Alain (Sous la direction de). *Dictionnaire historique de la langue française*. Paris: Le Robert, 2019, v. 1, p. 1094.

<sup>45</sup> FREIRE, Laudelino. *Grande e novíssimo dicionário da língua portuguesa*, v. 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1957, p. 1960.

<sup>46</sup> Disponível em: [michaelis.uol.com.br/](http://michaelis.uol.com.br/). Acesso em 14 maio 2024.

<sup>47</sup> FREIRE, Laudelino. *Grande e novíssimo dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1957, v. 2, p. 1489.

está beneficiando, quem está excluindo etc., pelo que se exige que ele bem entenda o próprio *conteúdo do testamento*, as suas disposições, os seus efeitos.

Assim, o requisito de *capacidade testamentária ativa* fixado no artigo 1.860, *caput*, do Código Civil é que o testador tenha *perfeita compreensão do conteúdo do testamento*, o que traduz a expressão *pleno discernimento*.

Tais características, vale explicar, guardam relação com o acentuado comprometimento do aspecto cognitivo da pessoa humana, não com o físico.<sup>48</sup> Por isso, em princípio, a saúde física debilitada, a dificuldade ou a lentidão motoras e os sinais de envelhecimento, por si, em nada interferem na *capacidade testamentária ativa*.

Importante registrar que, no Brasil, predomina a sucessão *ab intestato*, isto é, aquela em que não se faz testamento. As sucessões testamentárias são exceção – ainda que venha ganhando maior emprego recente com o crescente implemento de planejamentos patrimoniais.<sup>49</sup> E mais, conforme a prática e a cultura brasileira, nas hipóteses em que o autor da herança decide testar, geralmente isso ocorre em idade avançada. Porém, a ancianidade e os efeitos físicos a ela associados, como, por exemplo, a redução dos reflexos e de algumas habilidades não implicam incapacidade.

À vista disso, outra questão a ser observada é que a idade avançada não representa qualquer obstáculo quanto à *capacidade testamentária ativa*. Se o testador tem domínio de seus atos, não há que se cogitar em comprometimento de seu discernimento.

A ancianidade, per se, não consiste em patologia nem prejudica a sanidade da pessoa, quiçá, apenas, o contexto corporal físico. Presumir qualquer outra consequência em função da faixa etária daria azo a preconceito, que, aliás, é prática proibida pelo Estatuto da Pessoa Idosa (Lei nº 10.741/2003), cujo artigo 4º, *caput*, veda, entre outras ações, a discriminação.<sup>50</sup> Aliás, a título de ilustração, registre-se que o Esboço, elaborado por Teixeira de Freitas a partir de 1860, propôs, no artigo 80, que a velhice, só por si, não

---

<sup>48</sup> Conforme Carvalho Santos, a enfermidade que inutiliza o testamento é só a da mente; a doença corporal, que não afete o domínio intelectual, não repercute sobre o ato (SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático*, v. 22. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 380). Além disso, Maria Helena Diniz cita julgado, não recente, no qual se decidiu que “a incapacidade mental do testador não pode ser deduzida de sua saúde física” (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 216). Ver também: CAHALI, Francisco José. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 1887.

<sup>49</sup> NANNI, Giovanni Ettore. *Direito das sucessões: noções e princípios fundamentais. Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 405.

<sup>50</sup> “Art. 4º Nenhuma pessoa idosa será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei”.

consustancia alienação mental nem enfermidade perpétua ou duradoura, pelo que o estado normal é presumido.<sup>51</sup>

Não de hoje, costuma-se enfatizar que a “velhice, embora avançada, se não for acompanhada de demência ou imbecilidade, não torna o indivíduo incapaz de testar”.<sup>52</sup> Isso porque a longevidade não é razão suficiente ou bastante para qualquer limitação ou restrição na capacidade da pessoa. O idoso, qualquer que seja a idade, tem capacidade para testar, pois tal fato não induz, por si só, incapacidade testamentária.<sup>53</sup> Mesmo porque inexistente termo final da *capacidade testamentária ativa*,<sup>54</sup> bem como a lei não estabelece limite temporal.<sup>55</sup>

Faz-se referência, ainda, à proximidade da morte – que não necessariamente é associada à ancianidade –, que só pode determinar a incapacidade testamentária se a doença que impele o testador ao túmulo produz delírio ou perturbação mental.<sup>56</sup>

---

<sup>51</sup> “Art. 80. A velhice só por si não é prova de alienação mental e nem tampouco qualquer enfermidade perpétua ou duradoura, desregramento de costumes, ou embriaguez habitual; devendo-se em todos os casos presumir o estado normal das faculdades intelectuais de cada um, enquanto não houver prova do contrário”.

<sup>52</sup> BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, v. 6. 7. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1951, p. 91. *Idem*: PINTO, Antonio Joaquim Gouvêa. *Tratado dos testamentos e sucessões*: acomodado ao foro do Brasil até o ano de 1881 por Augusto Teixeira de Freitas. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1881, p. 7.

<sup>53</sup> VELOSO, Zenó. *Comentários ao Código Civil*: parte especial: direito das sucessões, vol. 21 (arts. 1.857 a 2.027). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 39. Também: ALVES, Joaquim Augusto Ferreira. *Manual do Código Civil brasileiro*: do direito das sucessões: da sucessão testamentária: art. 1.626 – 1.769: v. 19. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1917, p. 74; MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, v. 1, p. 394; OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 2, p. 408; NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, v. 1, p. 370; BEGALLI, Paulo Antonio. Capacidade ativa para testar: todos os casos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 791, p. 65-90, set. 2001, p. 82; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*: volume 21: do direito das sucessões. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 406; FERREIRA, Pinto. *Tratado das heranças e dos testamentos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 199; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: v. 6: direito das sucessões. Revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 188; MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil*: v. 6: direito das sucessões. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129-130; WALD, Arnoldo. *Direito civil*: direito das sucessões, 6. 14. ed. com a colaboração de Guilherme Calmon Nogueira da Gama e João Ricardo Brandão Aguirre. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 141; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 199.

<sup>54</sup> ALMADA, Ney de Mello. *Sucessões*: legítima, testamentária, inventários e partilhas. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 227.

<sup>55</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: volume 7: direito das sucessões. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 247.

<sup>56</sup> BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, v. 6. 7. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1951, p. 197. Do mesmo modo: ALVES, Joaquim Augusto Ferreira. *Manual do Código Civil brasileiro*: do direito das sucessões: da sucessão testamentária: art. 1.626 – 1.769: v. 19. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1917, p. 74; FERREIRA, Pinto. *Tratado das heranças e dos testamentos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 199; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*: volume 21: do direito das sucessões. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 407; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: volume 7: direito das sucessões. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 248; MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil*: v. 6: direito das sucessões. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130.

Não é, pois, a idade mais ou menos avançada nem tampouco a proximidade da morte que determinam a ocorrência ou não de capacidade, que será examinada caso a caso, levando-se em consideração as características manifestadas pelo próprio testador.<sup>57</sup>

## 5.2. O impacto do Estatuto da Pessoa com Deficiência no ato de testar

Como explicado acima, se a polêmica mais relevante extraída do regime de incapacidade inaugurado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência é a questão de ausência de regra que trate das situações em que o indivíduo apresenta severa deficiência em seu discernimento, na *capacidade testamentária ativa* a celeuma é mitigada, pois o que o testador deve estar provido no momento em que elabora tal ato é rigorosamente do *pleno discernimento*.

Aqueles que, sob a égide do sistema anterior à vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, eram considerados incapazes em razão de enfermidade ou deficiência mental, pois não tinham o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil (revogado texto do art. 3º, II, CC), deixaram de ostentar tal condição a partir da alteração legislativa, alcançando a plena capacidade civil (arts. 6º, *caput*, e 84 EPD). Qual o reflexo disso no ato de testar?

De um lado, tornaram-se capazes para a prática de qualquer ato, inclusive realizar testamentos. Houve paradigmático incremento na atribuição de capacidade às pessoas, haja vista a finalidade da lei, voltada à inclusão social, à contenção da discriminação, à proteção e à promoção dos aspectos exclusivos da pessoa, em especial a dignidade humana.

De outro, quem não tinha o necessário discernimento para testar no regime passado – assumindo que não houve mudança em sua condição cognitiva –, continua não tendo após o sistema implementado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, dado que não possui *pleno discernimento* (art. 1.860, *caput*, CC). Em função da regra de *capacidade específica*, própria do testamento, que não foi revogada, está ausente, *in casu*, a *capacidade testamentária ativa*.

Desde o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, não se deve mais investigar a capacidade do testador na perspectiva da patologia, tão somente do *pleno discernimento*.

---

<sup>57</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*: volume 21: do direito das sucessões. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 407.



Portanto, deve ser admissível o exercício de *capacidade testamentária ativa*, por pessoa com deficiência, desde que tenha discernimento das circunstâncias e efeitos do negócio jurídico – testamento – que realiza, de modo a atender o disposto nos artigos 1.858 e 1.860 do Código Civil, ou seja, desde que possua entendimento sobre o sentido e alcance da vontade manifestada, e a tenha exteriorizado livre e conscientemente.<sup>58</sup>

Dessa forma, tal como a pessoa interditada não é apta a testar, aquele que apresentar marcante nível de severidade em termos de ausência de *pleno discernimento*, também não pode realizar testamento.

Enquanto perdurar esse nível de severidade no tocante à ausência de *pleno discernimento*, que é capaz de ser transitório ou permanente, não lhe é permitido testar. Nesse caso, com o falecimento, a sua herança será conferida conforme as regras da sucessão legítima.

Outro efeito decorrente do Estatuto da Pessoa com Deficiência é que não é mais cabível, para fins de verificação de *capacidade testamentária ativa*, discutir se a pessoa porta “enfermidade ou deficiência mental”<sup>59-60</sup> ou qualquer outro transtorno mental. Por isso, é irrelevante catalogar distúrbios e, a partir disso, rotular se o indivíduo é ou não habilitado a testar.<sup>61</sup>

O parâmetro legal não é mais diagnosticar uma moléstia, mas apenas averiguar se o testador desfruta, ou não, de *pleno discernimento* no momento em que faz o testamento.

---

<sup>58</sup> MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *Sucessão legítima: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 159. No mesmo sentido: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: volume 7: direito das sucessões*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 244; COELHO, Camila Aguilera. O impacto do Estatuto da Pessoa com Deficiência no direito das sucessões. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo (Coord.). *O Código Civil e o estatuto da pessoa com deficiência*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 330-331; SILVA, Erika Mayumi Moreira da. *Capacidade civil da pessoa com deficiência intelectual e mental: entre a autonomia e a desproteção jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 236; CASTRO, Vitor Lemes. *As invalidades do negócio jurídico testamentário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2023, p. 88-91.

<sup>59</sup> Conforme estatua o inciso II, do art. 3º do Código Civil, revogado pelo EPD: “II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos”.

<sup>60</sup> Muito menos admissível o emprego da locução “loucos de todo o gênero” (art. 5º, II, CC/1916 e art. 1.627, II, CC/1916), que já era criticada na vigência do ab-rogado Código Civil.

<sup>61</sup> Nesse sentido, é desnecessário relacionar doenças e considerar a pessoa, a partir disso, inábil para fazer testamento (Cite-se alguns que catalogam ou discorrem sobre doenças: ALVES, Joaquim Augusto Ferreira. *Manual do Código Civil brasileiro: do direito das sucessões: da sucessão testamentária*: art. 1.626 – 1.769: v. 19. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1917, p. 57-72; OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 2, p. 406-407; BEVILAQUA, Clovis. *Direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 195-196; FERREIRA, Pinto. *Tratado das heranças e dos testamentos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 197; DANTAS, F. C. de San Tiago. Incapacidade de testar dos paranóicos. *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 370-378).

No final das contas, a constatação da doença pode até ser hábil a mostrar a ausência de aptidão para testar, porém não é esse o escopo da apuração, sendo dispensável.

A transformação trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que excluiu a pessoa deficiente do rol dos incapacitados, remodelou por completo a moldura normativa. Se nem a regra de incapacidade estabelecida na Parte Geral do Código Civil nem a disciplina da *capacidade testamentária ativa* disposta no Direito das Sucessões trata de qualquer tipo de enfermidade mental ou outra deficiência, não é cabível inserir nenhuma espécie de doença na investigação da temática, sendo apenas balizada pelo *pleno discernimento* por ocasião do ato de testar. Trata-se de regime excepcional, cuja interpretação é restritiva.

Importante examinar ainda outra questão. O ato de disposição de última vontade é privativo do interessado (art. 1.858 CC). Por isso, há de ser praticado apenas pelo testador, desde que tenha *perfeita compreensão do conteúdo do testamento*, não sendo admitida qualquer forma de assistência ou representação. Devem de ser incluídas, nessa restrição, as formas de suporte previstas no Estatuto da Pessoa com Deficiência. Explique-se.

Mesmo que, para alguns atos, quando necessário ou facultado, a pessoa com deficiência possa se valer da curatela e da tomada de decisão apoiada (art. 84, § 1º e § 2º, EPD), tal disciplina não é aplicável ao testamento, justamente porque é ato personalíssimo, que não autoriza seja qual for a espécie de assistência, representação, intervenção, participação ou colaboração de terceiro.<sup>62</sup>

### 5.3. Menores de dezesseis anos

A segunda hipótese na qual não se reconhece *capacidade testamentária ativa*, conforme o parágrafo único, do artigo 1.860 do Código Civil, é dos menores de dezesseis anos. Ou seja, ao atingir essa faixa etária, o interessado pode testar, desde que tenha *pleno discernimento* do ato.

---

<sup>62</sup> No mesmo senso: MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *Sucessão legítima*: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 154-156; SILVA, Erika Mayumi Moreira da. *Capacidade civil da pessoa com deficiência intelectual e mental*: entre a autonomia e a desproteção jurídica. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 232; CASTRO, Vitor Lemes. *As invalidades do negócio jurídico testamentário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2023, p. 89-90. Contrariamente, defendendo a possibilidade de uso da tomada de decisão apoiada para elaboração do testamento, nos moldes do artigo 1.783-A do Código Civil: TARTUCE, Flávio. O estatuto da pessoa com deficiência e a capacidade testamentária ativa. *Revista Pensamento Jurídico*. São Paulo, Brasil, v. 10, n. 2, 2017, p. 68.

Embora a pessoa de dezesseis anos, enquanto não atingir a maioridade aos dezoito anos, seja relativamente incapaz para a prática de certos atos (art. 4º, I, CC), nos quais há de ser assistida por seus pais ou representante legal, no que tange ao testamento é dotada de *capacidade testamentária ativa* plena, per se.

É plenamente capaz para testar a partir de dezesseis anos. E outorgará o testamento sem assistência do representante legal, até, porque, sendo o testamento um ato personalíssimo (art. 1.858 CC), não pode o testador ficar sujeito à assistência, autorização ou anuência de quem quer que seja.<sup>63</sup>

A incapacidade do menor de dezesseis anos é natural e absoluta, porque, nessa idade, não dispõe a pessoa de maturidade de espírito e de firmeza de vontade, para dispor dos seus bens. Por esse motivo o Direito, que providencia no sentido de proteger e guiar a infância, criando o instituto da tutela e dando forma jurídica ao poder familiar, não poderia consentir que uma criança débil ainda, de corpo e de espírito, exercesse um ato de tamanha gravidade, qual é o testamento. Os menores de dezesseis anos não poderiam ser legitimamente assistidos por seus pais ou tutores, nem essa assistência validaria o testamento, porque este é um ato personalíssimo, exclusivamente próprio de seu autor.<sup>64</sup>

De outro lado, ainda que se constate crítica à permissão de *capacidade testamentária ativa* a partir dos dezesseis anos,<sup>65</sup> a verdade é que, acresce Ney de Mello Almada,<sup>66</sup> atualmente se registra notória evolução dos níveis de percepção próprios dos adolescentes, estimulado pela abundância de informações hoje em dia constatada, o que é tido como premissa da outorga do voto a tais pessoas. Assim, é adequado reconhecer que as pessoas, nessa idade, portam condição mental suficiente ao discernimento que não pode faltar nos atos dispositivos, como o testamento.

---

<sup>63</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das sucessões*. 25. ed. atualizada por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 150. Consultar também: OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 2, p. 406; VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das sucessões*, vol. 21 (arts. 1.857 a 2.027). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 37-38; PINTO, Antonio Joaquim Gouvêa. *Tratado dos testamentos e sucessões: acomodado ao foro do Brasil até o ano de 1881 por Augusto Teixeira de Freitas*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1881, p. 14.

<sup>64</sup> BEVILAQUA, Clovis. *Direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 192. *Idem*: GONDIM, Regina Bottentuit. *Invalidez do testamento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 67.

<sup>65</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: volume 21: do direito das sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 403-405.

<sup>66</sup> ALMADA, Ney de Mello. *Sucessões: legítima, testamentária, inventários e partilhas*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 227. Igualmente: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 195.

Esclareça-se, ainda, que a idade mínima prescrita em lei, escreve Carlos Maximiliano,<sup>67</sup> há de ser atingida de modo integral; não se tolera a antecipação de um dia sequer.

#### 5.4. Relativamente incapazes

Resta ainda ver a situação do relativamente incapazes, que é estipulada no artigo 4º do Código Civil, acima transcrito.

Ocorre que, com o quadro estabelecido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que restringiu as situações de incapacidade, a *capacidade testamentária ativa* é basicamente definida pelo artigo 1.860 do Código Civil, de tal sorte que há apenas duas hipóteses em que o interessado não pode testar: (i) por ausência de pleno discernimento e (ii) por ausência de idade (menos de dezesseis anos), sendo ambas aferíveis no momento da realização do testamento.

Dessa maneira, em princípio, desde que tenham *pleno discernimento* na altura em que o ato é feito, os que são considerados relativamente incapazes, conforme o artigo 4º do Código Civil, podem testar, contanto que o façam por si, exprimindo a sua vontade, visto que ostentem *perfeita compreensão do conteúdo do testamento*. Sendo prática personalíssima, não é admissível qualquer tipo de assistência ou representação.

Nisso se incluem os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, sempre na premissa de que tenham *pleno discernimento* no momento em que o testamento é realizado.<sup>68</sup> Como explica Carlos Maximiliano<sup>69</sup> quanto ao ébrio, é preciso provar que o indivíduo, por ocasião das disposições *causa mortis*, se encontrava sob a ação do álcool, dando mostra evidentes de que a substância etílica lhe obscurecia o discernimento. Em regra, da simples embriaguez não resulta a incapacidade, momentânea sequer; cumpre evidenciar que a mente do vicioso ou descuidado estava conturbada a ponto de lhe faltar a plena consciência do que fazia e determinava.

---

<sup>67</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, v. 1, p. 383.

<sup>68</sup> TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil*: volume 7: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 127. No mesmo sentido: NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento*: tendências do direito sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 321-322. Contrariamente: ANTONINI, Mauro. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. 14. ed. Barueri: Manole, 2020, p. 2271; CASTRO, Vitor Lemes. *As invalidades do negócio jurídico testamentário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2023, p. 82.

<sup>69</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, v. 1, p. 393-394. Ver também: NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, v. 1, p. 408-409.

Igualmente em relação aos pródigos, porque não estarão dilapidando seu patrimônio, já que as disposições testamentárias não de vigorar somente depois de sua morte.<sup>70-71-72</sup> Além disso, a família do pródigo se encontra protegida pela reserva hereditária.<sup>73</sup>

### 5.5. Momento de análise da capacidade

A *capacidade testamentária ativa* é verificada no momento em que o testamento é produzido. Quanto a esse aspecto, o artigo 1.860, *caput*, do Código Civil dispõe que o *pleno discernimento* para validamente testar deve ser constatado “no ato de fazê-lo”.

Em geral, o testamento é aperfeiçoado em duas etapas: (i) na primeira, quando é celebrado, ocasião em que se exige que o testador tenha *perfeita compreensão do conteúdo do testamento*; (ii) na segunda, no momento em que produz efeitos, que é com a morte do autor da herança. A segunda não se confunde com a primeira.

<sup>70</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil*: v. 6: direito das sucessões. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129. Igualmente: NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: teoria geral do direito de sucessões; processo judicial e extrajudicial de inventário*, volume 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 109; RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das sucessões*. 25. ed. atualizada por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 150; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: volume 7: direito das sucessões*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 246; VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das sucessões*, vol. 21 (arts. 1.857 a 2.027). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 30; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 200-201; CAHALI, Francisco José. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 1888; NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 322; BEGALLI, Paulo Antonio. Capacidade ativa para testar: todos os casos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 791, p. 65-90, set. 2001, p. 83.

<sup>71</sup> Não obstante, desde sempre houve ponderações sobre o tema. Lacerda de Almeida vincula a incapacidade do pródigo à prolação de sentença de interdição e não por inabilidade natural (ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Successões: exposição doutrinária desta parte do direito civil*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1915, p. 293-294. Também: DERNBURG, Arrigo. *Pandette: volume 3: diritto di famiglia e diritto dell'eredità*. Tradução de Francesco Bernardino Cicala. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1905, p. 240). Isso porque, já explicava Teixeira de Freitas, o pródigo fica privado da capacidade civil e, por isso, não pode fazer contratos, testamento e estar em juízo ativa ou passivamente. Seu curador deve representá-lo nos atos em que a representação é possível. Em alguns atos a representação não é possível, como no testamento (FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876, p. 220-221). Por esse motivo, Gouvêa Pinto diferencia estar ou não a situação do pródigo declarada por sentença; pois, no primeiro caso, não pode fazer testamento, visto achar-se privado da administração de seus bens; e, no segundo caso, ainda que reputado por todos como pródigo, pode fazer seu testamento validamente, não havendo sentença declaratória de prodigalidade e conservando, portanto, a administração de seus bens (PINTO, Antonio Joaquim Gouvêa. *Tratado dos testamentos e sucessões: acomodado ao foro do Brasil até o ano de 1881 por Augusto Teixeira de Freitas*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1881, p. 22).

<sup>72</sup> Atualmente, em sentido contrário à capacidade testamentária do pródigo: ANTONINI, Mauro. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 14. ed. Barueri: Manole, 2020, p. 2271-2272; SILVA, Erika Mayumi Moreira da. *Capacidade civil da pessoa com deficiência intelectual e mental: entre a autonomia e a desproteção jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 234-235; CASTRO, Vitor Lemes. *As invalidades do negócio jurídico testamentário*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2023, p. 82-86.

<sup>73</sup> TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil: volume 7: direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 127.

Diz Orosimbo Nonato<sup>74</sup> que deve existir capacidade ao tempo de elaboração do testamento, sendo que Pontes de Miranda<sup>75</sup> é ainda mais enfático ao expor que a capacidade de testar precisa ser apurada ao tempo da disposição. A do momento da morte não tem, no Direito brasileiro, nenhuma importância.

Haja vista que a lei é muito clara ao fixar o instante em que se deve verificar o pleno discernimento, isto é, no *ato de testar, ao fazê-lo*, inexistente qualquer divergência doutrinária no assunto.<sup>76</sup>

A fim de reforçar a preponderância da altura em que se testa, o artigo 1.861 do Código Civil<sup>77</sup> estatui dois desdobramentos ligados ao momento em que o testamento é feito e sua correlação com a incapacidade, os quais se mostram irrelevantes para fins de validade do ato: *a)* se o testador é capaz por ocasião de sua realização, o posterior comprometimento de seu discernimento, em nada interfere no testamento, que permanece válido; *b)* caso o testador não desfrute de discernimento, de tal maneira que não entenda o que está dispondo, sendo, por isso, incapaz ao tempo em que elabora o testamento, se depois se recuperar e reconquistar a capacidade, mesmo assim o ato continuará a ser inválido.

Em suma, o que importa, no final das contas, para determinação da *capacidade testamentária ativa* é o *pleno discernimento* no próprio momento de realização do testamento, eventos passados ou futuros são, em regra, irrelevantes.

No que concerne à análise da capacidade em razão da idade, é igualmente a ocasião de elaboração do testamento que deve ser levada em consideração, aqui na perspectiva objetiva, que é o atingimento de dezesseis anos.

## 6. Presunção de capacidade para testar

A *capacidade testamentária ativa* é a regra. Consequentemente, são capazes de testar

---

<sup>74</sup> NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, v. 1, p. 376.

<sup>75</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, v. 56, p. 115.

<sup>76</sup> Entre outros: OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 2, p. 404; MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *Sucessão legítima: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 150; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das sucessões*. 25. ed. atualizada por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 146; GOMES, Orlando. *Sucessões*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 87; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: v. 6: direito das sucessões*. Revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 184.

<sup>77</sup> “Art. 1.861. A incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade”.



todas aquelas pessoas a que a lei não retira essa faculdade. E, sendo as incapacidades exceções, não comportam interpretações ampliativas.<sup>78</sup>

A situação de pleno discernimento no ato de testar, prevista no artigo 1.860, *caput*, do Código Civil, isto é, a *perfeita compreensão do conteúdo do testamento* é, em princípio, inerente a qualquer pessoa, já que o adequado domínio de suas razões é o cenário normal do ser humano. Parte-se sempre da natural sanidade, não da insanidade.

Em razão disso, a doutrina não hesita em afirmar que a *capacidade testamentária ativa* é sempre presumida, ou seja, na dúvida, prevalece a presunção de capacidade.<sup>79</sup> Sobre essa presunção, nada mais assertivo do que as palavras de Pontes de Miranda:<sup>80</sup> “Ainda agonizante, a balbuciar, há de presumir-se com juízo perfeito o testador”.

Por isso, afirma Zeno Veloso<sup>81</sup> que vigora aqui, mais do que em qualquer outro departamento, a premissa de que a capacidade se presume, é a regra. O inverso, isto é, a incapacidade, deverá ser expressamente prevista, e, se alegada, terá de ser provada de maneira cabal e inelutável, não bastando puros indícios, simples presunções ou meras declarações, juízos e opiniões de testemunhas, mormente se forem testemunhas que tenham presenciado o testamento, que, ao final, estarão alegando a própria torpeza de ter participado de um ato inautêntico.

À guisa de ilustração, vale citar o precedente mais relevante, que há de ser considerado o *leading case* em termos de presunção da *capacidade testamentária ativa*, que diz respeito a julgado perante o Superior Tribunal de Justiça, no qual a corte estabeleceu que: “A premissa

<sup>78</sup> BEVILAQUA, Clovis. *Direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 192.

<sup>79</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil*: v. 6: direito das sucessões. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129; ALVES, Joaquim Augusto Ferreira. *Manual do Código Civil brasileiro*: do direito das sucessões: da sucessão testamentária: art. 1.626 – 1.769: v. 19. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1917, p. 74; NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957, v. 1, p. 370; ALMADA, Ney de Mello. *Sucessões*: legítima, testamentária, inventários e partilhas. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 227; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: direito das sucessões. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 199; VENOSA, Sílvio de Salvo. In: GOZZO, Débora; VENOSA, Sílvio de Salvo. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*, v. 16: do direito das sucessões: (arts. 1.784 a 1.911). Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 284-285; RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: direito das sucessões. 25. ed. atualizada por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 149; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: volume 7: direito das sucessões. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 244; BEGALLI, Paulo Antonio. Capacidade ativa para testar: todos os casos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 791, p. 65-90, set. 2001, p. 78; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*: volume 4: direito de família. Sucessão em geral. Sucessão legítima e testamentária. Disposições finais e transitórias (arts. 1.511 a 2.046). Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 678; OUTTONE, Vanessa de Maria. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.); CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.). *Código Civil interpretado*: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 4. ed. Barueri: Manole, 2011, p. 1549.

<sup>80</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, v. 56. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 125.

<sup>81</sup> VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*: parte especial: direito das sucessões, vol. 21 (arts. 1.857 a 2.027). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 39-40.

do raciocínio em demandas que visam a nulificar testamentos é de que a capacidade para testar é presumida, tornando-se indispensável prova robusta de que efetivamente o testador não se encontrava em condições de exprimir, livre e conscientemente, sua vontade acerca do próprio patrimônio ao tempo em que redigiu o testamento”.<sup>82</sup>

Em decorrência da presunção da *capacidade testamentária ativa*, o *standard* de prova exigido para que se demonstre o contrário é elevado, requerendo-se cabal comprovação, cujo ônus cabe a quem alega a incapacidade do testador.

## 7. Ônus e *standard* de prova exigido em razão da presunção da capacidade testamentária ativa

De início, cumpre esclarecer que, no Brasil, a matéria relativa à *prova* é prevista tanto no Código de Processo Civil (art. 369 e seguintes CPC) quanto no Código Civil (arts. 212 a 232 CC).<sup>83</sup> Isso porque a prova pode ser exigida e realizada no curso de um processo judicial ou arbitral, mas também antes mesmo de se começar a disputa litigiosa, como, por exemplo, a prova da ocorrência do sinistro para que a seguradora pague a indenização ao segurado, a prova da ocorrência do descumprimento contratual e do valor do prejuízo para que o devedor indenize o credor.

Seja como for, a regra matriz quanto ao ônus da prova está prevista no artigo 373 do Código de Processo Civil,<sup>84</sup> segundo a qual ao autor incumbe provar o fato constitutivo de seu direito, sendo que ao réu compete comprovar o impeditivo, modificativo ou extintivo

<sup>82</sup> REsp 1.694.965/MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 5/12/2017, DJe 7/12/2017.

<sup>83</sup> Registre-se que subsiste divergência doutrinária quanto à natureza das regras relativas à prova, isto é, se são de cunho material ou processual, cujo debate não apresenta importância para a presente análise (Entre muitos, consultar: BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1949, p. 315-316; SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, v. 1, p. 39-44; LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *Teoria geral da prova*. São Paulo: Editora Castro Lopes, 2022, p. 69-72). Porém, ratifica-se a opinião de Caio Mário da Silva Pereira: “Esta matéria situa-se numa zona fronteira entre o direito material e o direito formal, razão por que, entre nós, o Código Civil, traça-lhe princípios, ao mesmo passo que se encontram regras, a ela relativas, no Código de Processo Civil. Não merece, porém, críticas o legislador por esta duplicidade de conceituações para o mesmo assunto. A prova é, na verdade, objeto de disciplina pela lei civil, como pela lei processual” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: v. 1: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 503).

<sup>84</sup> “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo”.

do pleito. Contudo, antes mesmo de seu advento na legislação processual, a doutrina civilista tratava do assunto de forma similar. Conforme Eduardo Espinola,<sup>85</sup> a cada uma das partes compete provar os fatos que alega (*onus probandi incumbit ei qui dicit*).

Estabelecida a premissa básica quanto ao ônus probatório, cumpre verificar a quem é atribuído na hipótese em que a incapacidade do testador é arguida.

Contudo, é indispensável lembrar que a moldura legal hoje vigente acerca da *capacidade testamentária ativa* é tão somente inerente ao *pleno discernimento*. Por isso, o ônus da prova diz respeito apenas a esse fato e não quanto à existência de qualquer tipo de doença. Repita-se, há de ser cabalmente provado que o testador não tinha *perfeita compreensão do conteúdo do testamento* no ato de testar e não que ele portava uma ou outra enfermidade. Evidente que, caso, ao fim e ao cabo, reste comprovada uma moléstia que comprometa severamente o aspecto cognitivo, possivelmente estará evidenciada a impossibilidade de praticar o ato de última vontade.

### 7.1. Ônus da prova

Nesse tema, em função da presunção da *capacidade testamentária ativa* e da regra de que o ônus probatório recai naquele que alega determinado fato, há entendimento uniforme de que quem argumenta a falta de capacidade do testador deve comprovar a ausência de *pleno discernimento* no momento de elaboração do testamento.

De acordo com Orosimbo Nonato,<sup>86-87</sup> a prova da incapacidade cabe a quem a alega para invalidar o testamento, pois é presumível a capacidade. Carlos Maximiliano<sup>88</sup> traz o mesmo ponto de vista sobre o ônus da prova, indicando ainda que, em caso de dúvida,

---

<sup>85</sup> ESPINOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*, v. 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1961, p. 347.

<sup>86</sup> NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 392.

<sup>87</sup> No mesmo sentido: VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*: parte especial: direito das sucessões, vol. 21 (arts. 1.857 a 2.027). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 34; ALVES, Joaquim Augusto Ferreira. *Manual do Código Civil brasileiro*: do direito das sucessões: da sucessão testamentária: art. 1.626 – 1.769: v. 19. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1917, p. 74; MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, v. 56, p. 119; SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático*, v. 22. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 381; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: v. 6: direito das sucessões. Revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 186; WALD, Arnoldo. *Direito civil*: direito das sucessões, 6. 14. ed. com a colaboração de Guilherme Calmon Nogueira da Gama e João Ricardo Brandão Aguirre. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 142; BEGALLI, Paulo Antonio. Capacidade ativa para testar: todos os casos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 791, p. 65-90, set. 2001, p. 78.

<sup>88</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, v. 1, p. 407.

falta recíproca de provas ou equivalência entre as produzidas pelo autor e pelo réu, o juiz decide pela capacidade.

Portanto, cabe ao herdeiro preterido – pois presumivelmente é pessoa interessada na herança que impugna a validade do testamento – provar que o autor da herança não desfrutava de *pleno discernimento* por ocasião de sua elaboração, visto que se trata de fato constitutivo do direito que ele alega deter.

## 7.2. *Standard da prova*

Não há previsão, no Código de Processo Civil brasileiro, de regra específica a respeito de qual *standard* de prova há de ser adotado pelo juiz, se deve ou não seguir determinado padrão para reputar provado um fato. Mesmo assim, cuida-se de tema debatido, inclusive por influência da doutrina estrangeira.<sup>89</sup> Quando não existem normas ou princípios que determinem o *standard* de confirmação considerado necessário ou suficiente para que se produzam determinados efeitos, a decisão sobre se um enunciado fático deve ser considerado adequadamente provado é tomado segundo critérios racionais.<sup>90</sup> Para tanto, são desenvolvidos *standards* racionais, de acordo com os quais a valoração discricionária da prova deve ser realizada de forma intersubjetiva e verificável.<sup>91</sup>

O *standard* probatório deve ser compreendido como o grau de suficiência probatória mínima exigida pelo direito para que uma hipótese fática possa ser considerada provada.<sup>92</sup>

Segundo Ricardo de Carvalho Aprigliano,<sup>93</sup> há basicamente três possíveis *standards* de prova, concebidos e adotados em outros sistemas jurídicos e igualmente aplicáveis ao brasileiro: (i) o de preponderância da prova ou probabilidade prevalente; (ii) de prova clara e convincente; e (iii) da prova além da dúvida razoável.

<sup>89</sup> TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 135-137; TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 250-256; FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prova sem convicção: standards de prova e devido processo*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023; FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023; KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, Forense, v. 353, p. 15-52, jan./fev. 2001; PEIXOTO, Ravi. Os *standards* probatórios e a busca de maior objetividade na decisão sobre fatos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 15, v. 22, n. 2, p. 586-618, maio/ago. 2021.

<sup>90</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 253-254.

<sup>91</sup> TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 135.

<sup>92</sup> PEIXOTO, Ravi. Os *standards* probatórios e a busca de maior objetividade na decisão sobre fatos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 15, v. 22, n. 2, p. 586-618, maio/ago. 2021, p. 589.

<sup>93</sup> APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Comentários ao Código de Processo Civil*: artigos 369 a 404: das provas: disposições gerais, v. 8, t. 1. (Coords. José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli, João Francisco N. da Fonseca). São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 136.

Tendo em consideração tais premissas, é cabível citar o entendimento doutrinário acerca do assunto, haja vista a particularidade do tema, em especial porque o testador já estará falecido quando a discussão sobre a validade do testamento se apresentar, visto que é apenas com a sua morte que o ato produz efeitos para fins sucessórios.

Nesse contexto, assumindo como cabíveis as premissas acima citadas relativamente aos *standards* de prova, entende-se aceitável deduzir a necessidade de *prova além da dúvida razoável* para considerar provada a falta de *capacidade testamentária ativa*.

A doutrina, quando trata do tema, é enfática na indicação de que se impõe elevado padrão probatório.

Aduz Zeno Veloso<sup>94</sup> que “[a] prova de que o testador não estava, na ocasião, no gozo de suas faculdades mentais, e portava uma anomalia psíquica, deve ser iniludível e robusta. Na dúvida, vale o testamento, em tributo ao princípio *in dubio pro capacitate*”. E complementa: “[o]s tribunais têm sido muito cautelosos e exigentes na apreciação de casos de nulidade de testamentos oriundos da alegação dessa incapacidade, e a declaração judicial da invalidade do ato só é alcançada quando provado, exaustivamente, o estado de ânimo anormal que tolhia e viciava a vontade e o juízo do testador, além da simultaneidade dessa alteração psíquica, que determinava a privação das faculdades mentais, com o momento de fazer o testamento”.<sup>95-96</sup>

Carlos Roberto Gonçalves<sup>97</sup> afirma que o interessado, no curso da ação de declaração de nulidade do testamento, deve produzir prova cabal da alegada incapacidade. Na dúvida, decide-se pela validade do ato, em respeito ao princípio *in dubio pro capacitate*. Em seguida, faz alusão ao entendimento jurisprudencial: “Os tribunais mostram-se, em regra, cautelosos e exigentes na análise e aferição da prova dessa incapacidade, somente

---

<sup>94</sup> VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*: parte especial: direito das sucessões, vol. 21 (arts. 1.857 a 2.027). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 34.

<sup>95</sup> VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*: parte especial: direito das sucessões, vol. 21 (arts. 1.857 a 2.027). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 35.

<sup>96</sup> Silvio Rodrigues faz referência à visão jurisprudencial na vigência do Código Civil de 1916, cujas observações, segundo o autor, são mantidas quanto ao atual: “[e]m geral, revelavam-se muito cautelosos os tribunais, sendo bem maior o número de decisões que repeliam 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. 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” (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: direito das sucessões. 25. ed. atualizada por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 149).

<sup>97</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: volume 7: direito das sucessões. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 244. *Idem*: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 197.

declarando a invalidade do testamento quando exaustivamente provada a incapacidade do testador à época da prática do ato. Simples enfraquecimento da memória, por si só, não acarreta incapacidade”.<sup>98</sup> Conclui o comentário, repisando que “a incapacidade só deve ser reconhecida e ação declaratória de nulidade, mediante prova veemente e exaustiva do fato alegado, uma vez que, na dúvida, vale o testamento”.<sup>99-100</sup>

Em acréscimo, veja-se posição que, “[p]resume-se a capacidade. A incapacidade para fazer testamento deverá estar devidamente provada”. Após citar que a sentença de interdição anterior à celebração do testamento é prova cabal, afirma-se que “provar a falta de discernimento é uma tarefa árdua, demandando maiores cautelas do juiz ao analisar o caso concreto”.<sup>101</sup>

Por outro lado, caso o testador tenha sido interditado previamente à feitura do testamento, a incapacidade já terá sido declarada judicialmente. Logo, diz Carvalho Santos,<sup>102</sup> a prova da falta de *capacidade testamentária ativa* se dá por meio do decreto de interdição. Isso implica, afirma Zeno Veloso,<sup>103</sup> presunção *juris et de jure*. Todavia, não tendo havido a interdição, presume-se, até prova em contrário, capaz.<sup>104</sup>

## 8. Considerações conclusivas

O testamento é negócio jurídico de cunho personalíssimo, que não admite assistência nem representação, de tal sorte que há de ser realizado por si, ou seja, pelo próprio testador. A questão da capacidade testamentária ativa sempre suscitou muita atenção, mormente em razão de sua eficácia *post mortem*.

<sup>98</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: volume 7: direito das sucessões*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 244.

<sup>99</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: volume 7: direito das sucessões*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 245. Também: BEGALLI, Paulo Antonio. Capacidade ativa para testar: todos os casos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 791, p. 65-90, set. 2001, p. 80.

<sup>100</sup> De acordo com Washington de Barros Monteiro, a sentença que acolhe a arguição de incapacidade “deverá alicerçar-se em provas sólidas e inabaláveis. Na dúvida, prevalece a presunção de capacidade” (MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil: v. 6: direito das sucessões*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129).

<sup>101</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República: volume 4: direito de família. Sucessão em geral. Sucessão legítima e testamentária. Disposições finais e transitórias* (arts. 1.511 a 2.046). Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 678.

<sup>102</sup> SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, v. 22, p. 381.

<sup>103</sup> VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das sucessões*, vol. 21 (arts. 1.857 a 2.027). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 32. No mesmo sentido: BEGALLI, Paulo Antonio. Capacidade ativa para testar: todos os casos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 791, p. 65-90, set. 2001, p. 77; RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito das sucessões*. 25. ed. atualizada por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 148; ALMADA, Ney de Mello. *Sucessões: legítima, testamentária, inventários e partilhas*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 227-228.

<sup>104</sup> BEGALLI, Paulo Antonio. Capacidade ativa para testar: todos os casos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 791, p. 65-90, set. 2001, p. 78.



O quadro que trata do assunto no Código Civil deriva, em primeiro lugar, do artigo 104, porquanto negócio jurídico, o testamento requer *agente capaz*; em segundo lugar, do artigo 1.857, pois pode realizar ato de última vontade *toda pessoa capaz*; e, em terceiro lugar, na regra matriz por excelência no assunto, do artigo 1.860. Isto é, além da *capacidade geral*, é necessária a *capacidade específica*.

A definição legal da *capacidade testamentária ativa* é realizada pela *negativa*, já que o Código Civil estabelece apenas duas situações em que o interessado *não tem aptidão* para testar: (i) por ausência de pleno discernimento; (ii) por ausência de idade.

Portanto, a incapacidade testamentária é extraída de dois preceitos, que são considerados taxativos, merecendo, por isso, interpretação restritiva. Dito de outro modo, todas as pessoas são aptas a fazer testamento, salvo quem não tenha pleno discernimento e quem seja menor de dezesseis anos, ambos no ato de testar.

O requisito de *capacidade testamentária ativa* fixado no artigo 1.860, *caput*, do Código Civil é que o testador tenha *perfeita compreensão do conteúdo do testamento*, o que traduz a expressão normativa *pleno discernimento*.

É preciso esclarecer que, por estar a temática diretamente ligada ao ditame do *agente capaz*, preconizado na Parte Geral do Código Civil, impôs-se refletir em que contexto o regime trazido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência impactou na disciplina. Em consequência disso, deve ser desconsiderada qualquer exclusão apriorística baseada em enfermidade ou deficiência para fins de aferir a *capacidade testamentária ativa*. Em outros termos, não é a patologia que guia essa definição, tão só a conformação, ou não, do *pleno discernimento* no ato de testar. Por conseguinte, é irrelevante catalogar distúrbios e, a partir disso, rotular se o indivíduo é ou não habilitado a realizar testamento.

No que tange ao menor de dezesseis anos, ao atingir essa faixa etária, o interessado pode testar, desde que tenha *pleno discernimento* do ato.

Em decorrência da taxatividade das hipóteses de incapacidade para testar, a *capacidade testamentária ativa* é a regra, sendo sempre presumida. Em princípio, o pleno discernimento é inerente a qualquer pessoa, já que o adequado domínio de suas razões é o cenário normal do ser humano. Parte-se sempre da natural sanidade, não da insanidade.

Haja vista a presunção da *capacidade testamentária ativa* e a regra de que o ônus probatório recai naquele que alega determinado fato, quem argumenta a falta de capacidade do testador deve comprovar a ausência de *pleno discernimento* no momento de elaboração do testamento.

Apesar de o Código de Processo Civil não prever regra específica a respeito de qual *standard* de prova há de ser adotado pelo juiz, se deve ou não seguir determinado padrão para reputar provado um fato, cuida-se de assunto em voga. Esse *standard* é desenvolvido como critério racional a partir do qual se depreende o grau de suficiência probatória mínima para fins de se considerar que o interessado se desincumbiu do encargo que lhe toca. Tendo isso em mente, em função da particularidade do tema em estudo, em especial porque o testador já estará falecido quando a discussão sobre a validade do testamento se apresentar, visto que é apenas com a sua morte que o ato produz efeitos sucessórios, o emprego do padrão probatório se mostra pertinente. Nessa sorte de consideração, relativamente aos *standards* de prova, é aceitável deduzir a necessidade de *prova além da dúvida razoável* para se julgar provada a falta de *capacidade testamentária ativa*.

## Referências

- ALMADA, Ney de Mello. *Sucessões: legítima, testamentária, inventários e partilhas*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Sucessões: exposição doutrinária desta parte do direito civil*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1915.
- ALVES, Joaquim Augusto Ferreira. *Manual do Código Civil brasileiro: do direito das sucessões: da sucessão testamentaria: art. 1.626 – 1.769: v. 19*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1917.
- AMARI, Marina Luiza; GEDIEL, José Antônio Peres. Estatuto da Pessoa com Deficiência e teoria das incapacidades. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 31-63, abr./jun. 2020.
- ANTONINI, Mauro. In: PELUSO, Cezar (Coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 14. ed. Barueri: Manole, 2020.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 369 a 404: das provas: disposições gerais, v. 8, t. 1*. (Coords. José Roberto F. Gouvêa, Luis Guilherme A. Bondioli, João Francisco N. da Fonseca). São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. *Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência à luz da Constituição da República*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo (Coord.). *O Código Civil e o estatuto da pessoa com deficiência*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.
- BEGALLI, Paulo Antonio. Capacidade ativa para testar: todos os casos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 791, p. 65-90, set. 2001.
- BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*, v. 6. 7. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1951.
- BEVILAQUA, Clovis. *Theoria geral do direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1949.

- BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1952.
- CAHALI, Francisco José. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.
- CASTRO, Vitor Lemes. *As invalidades do negócio jurídico testamentário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2023.
- DANTAS, F. C. de San Tiago. Incapacidade de testar dos paranóicos. *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1953.
- DEMOLOMBE, Charles. *Cours de Code Napoléon, XVIII: traité des donations entre-vifs et des testaments*, v. 1. 2. ed. Paris: Auguste Durand; L. Hachette, 1863.
- DERNBURG, Arrigo. *Pandette: volume 3: diritto di famiglia e diritto dell'eredità*. Tradução de Francesco Bernardino Cicala. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1905.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ESPINOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*, v. 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1961.
- FERREIRA, Pinto. *Tratado das heranças e dos testamentos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prova sem convicção: standards de prova e devido processo*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023.
- FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Tradução Vitor de Paula Ramos. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2023.
- FIGUEIREDO, Cândido de. *Dicionário da língua portuguesa de Cândido de Figueiredo*, v. 1. 14. ed. Amadora: Livraria Bertrand, 1973.
- FREIRE, Laudelino. *Grande e novíssimo dicionário da língua portuguesa*, v. 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1957.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1876.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- GOMES, Orlando. *Sucessões*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: volume 7: direito das sucessões*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- JUSTO, A. Santos. *Direito privado romano: v. 5: direito das sucessões e doações*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, Forense, v. 353, p. 15-52, jan./fev. 2001.
- LAGO JÚNIOR, Antonio; BARBOSA, Amanda Souza. Primeiras análises sobre o sistema de (in)capacidades, interdição e curatela pós Estatuto da Pessoa com Deficiência e Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 8, p. 49-89, jul./set. 2016.
- LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Manual elementar de direito civil: volume 3: direito das obrigações (theoria particular) – direito das sucessões*. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1930.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: volume 21: do direito das sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *Teoria geral da prova*. São Paulo: Editora Castro Lopes, 2022.
- MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *Sucessão legítima: as regras da sucessão legítima, as estruturas familiares contemporâneas e a vontade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

- MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.
- MAY, Gaston. *Éléments de droit romain a l'usage des étudiants des facultés de droit*. 18. ed. Paris: Recueil Sirey, 1932.
- MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil*: v. 6: direito das sucessões. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- NANNI, Giovanni Ettore. *Direito das sucessões: noções e princípios fundamentais. Direito civil e arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, v. 56. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.
- NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: teoria geral do direito de sucessões; processo judicial e extrajudicial de inventário*, volume 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952.
- OUTTONE, Vanessa de Maria. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.); CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.). *Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 4. ed. Barueri: Manole, 2011.
- PEIXOTO, Ravi. Os *standards* probatórios e a busca de maior objetividade na decisão sobre fatos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 15, v. 22, n. 2, p. 586-618, maio/ago. 2021.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: v. 1: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil*. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: v. 6: direito das sucessões*. Revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil*: v. 6: direito das sucessões. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PINTO, Antonio Joaquim Gouvêa. *Tratado dos testamentos e sucessões: acomodado ao foro do Brasil até o anno de 1881 por Augusto Teixeira de Frêitas*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1881.
- REQUIÃO, Mauricio. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, p. 37-54, jan./mar. 2016.
- REY, Alain (Sous la direction de). *Dictionnaire historique de la langue française*. Paris: Le Robert, 2019, v. 1, p. 1094.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das sucessões*. 25. ed. atualizada por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático*, v. 22. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.
- SILVA, Erika Mayumi Moreira da. *Capacidade civil da pessoa com deficiência intelectual e mental: entre a autonomia e a desproteção jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*: volume 4: direito de família. Sucessão em

geral. Sucessão legítima e testamentária. Disposições finais e transitórias (arts. 1.511 a 2.046). Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil*: volume 7: direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*: parte especial: direito das sucessões, vol. 21 (arts. 1.857 a 2.027). São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: direito das sucessões. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. In: GOZZO, Débora; VENOSA, Sílvio de Salvo. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*, v. 16: do direito das sucessões: (arts. 1.784 a 1.911). Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WALD, Arnaldo. *Direito civil*: direito das sucessões, 6. 14. ed. com a colaboração de Guilherme Calmon Nogueira da Gama e João Ricardo Brandão Aguirre. São Paulo: Saraiva, 2009.

WESENDONCK, Tula. A capacidade civil e a interpretação do Estatuto da Pessoa com Deficiência: desafios da doutrina para além dos institutos tradicionais do direito civil brasileiro. In: BENETTI, Giovana; CORRÊA, André Rodrigues; FERNANDES, Márcia Santana; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro; PARGENDLER, Mariana; VARELA, Laura Beck (Org.). *Direito, cultura, método*: leituras da obra de Judith Martins-Costa. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2019.

**Como citar:**

NANNI, Giovanni Ettore. A capacidade testamentária ativa. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 13, n. 3, 2024. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.



**civilistica.com**

Recebido em:

10.7.2024

Aprovado em:

18.10.2024