

DOS CODICILOS ¹

Dimas Borelli Thomaz Júnior

Juiz de Direito em São Paulo

Professor de Direito Civil da UNIP - Campinas

Continua a ser intrigante, sobre ser instigante, o estudo do Direito das Sucessões.

Em determinada quadra da vida talvez fôssemos contra. Havia ensinamento, vindo do Direito Soviético, sobre verdadeira violência de se criar expectativa de haver pessoas que nada produziram por terem verdadeira vocação hereditária, aquela típica da burguesia que, na falta de aptidões outras, só têm mesmo a vocação para ser herdeiro de pais ricos.

Em outras quadras, quando os cães mostram não só experiência de vida mas também quão inexorável é o tempo, passa-se a ver o Direito das Sucessões como algo a simbolizar o prolongamento da vida ao se deixar aos herdeiros algo que pertenceu ao falecido -triste pensamento, pois sim?-

Ou não se concorda por entendimento de que a espiritualidade não se compraz aos bens materiais.

Não se afigura estranho que alguém busque enterrar logo outrem para correr atrás do dinheiro? Não? Ah! Que tempos vivemos, mas poderia restar o consolo que desde os primórdios da humanidade houve isso.

¹ Legislação: Código Civil: Artigos 1.651 a 1.655; Código de Processo Civil: Artigo 1.134, IV. Direito Comparado: referência apenas na Inglaterra, Áustria e Bolívia (Carlos Maximiliano). Sem referência alguma em Portugal (*apud* Princípios de Direito Civil, Luiz da Cunha Gonçalves)

Então, para que não nos percamos nos ínvios meandros d'alma humana, melhor abandonar esse veio e fazer análise técnica, jurídica e desapaixonada de tão especioso assunto, embora ele seja de relevância se se cuidasse de deserdação e indignidade, temas de intensa paixão para se saber daquela vocação de certos herdeiros . . .

Aos codicilos, pois.

Codicilo, sabe-se, é documento escrito, datado e assinado por meio do qual alguém dispõe sobre pouca coisa do que é seu com efeitos *mortis causa*.

Se assim se entende o codicilo, vem ele guardar estreita relação com o testamento, que outra coisa não é do que disposição documentada por quem queira, após sua morte, dar destinação certa a bens e direitos de que seja titular.

Seria o codicilo um pequeno testamento?

A resposta é não, pois pequenos testamentos são só pequenos testamentos e o codicilo guarda sua essência e natureza jurídicas de não ser testamento.

Não, não há antinomia nem blague na colocação.

Tanto não há que me lembra agora certa passagem, de tudo pitoresca, de grande professor, emérito catedrático de Processo Penal, em suas memoráveis aulas nas Arcadas. Lembro-me sobretudo de que, extenuado com a pouca compreensão dos alunos sobre como se distinguir crime e contravenção, já que esta era tal qual aquele, pois havia a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade -não se falava ainda em que a culpabilidade estava no agente e não no delito-, lançava ele seu último argumento: "crime é jacaré, contravenção é lagartixa". Ou seja, a contravenção é crime, "só que menorzinho".

Tem cabida aqui a analogia de que testamento é jacaré e codicilo é lagartixa?

Parece que sim, mas não. As sutilezas e os requifes do jargão jurídico, que fazem o prazer da exegese e da hermenêutica -que vícios, nós juristas temos!- codicilo não é testamento menos solene, como já se o reconheceu antes, e não passa de *memorandum* de última vontade, escrito, datado e assinado por pessoa capaz de testar, que somente conterá disposições miúdas e quase irrelevantes.

Quem o diz assim é CLÓVIS² e discordar não há como, embora para alguns outros, nacionais e estrangeiros, possa-se entrever desde a inexistência de codicilo ou de codicilos com a forma de testamento ou, para nosso Código Civil, a existência de codicilo com forma e figura próprios e peculiares sem forma de testamento.

Aqui não se vai além, pois para se ir além basta lançar na visão panorâmica das três soluções contemporâneas mostrada por PONTES DE MIRANDA³

Quando se afirma bastar lançar para se saber dos três critérios afirmados pelo inexcusável jurista para o trato com a natureza dos codicilos, não se esgotará a matéria também, pois se se tem de um lado o testamento e de outro o codicilo, ambos lançando efeitos de disposição em vida de alguém para depois de sua morte, mister se faz distinguir, numa penada, que aquele é de todo solene, formal, complexo, técnico, cheio de requififes, e estes, os codicilos, haveriam de ser apenas papelucho com a “última intenção” de quem o faz.

Para Carlos Maximiliano “por ser o codicilo um *pequeno testamento*, não se faz mister discorrer sobre requisitos comuns . . . tudo quanto foi ou será exposto a respeito de capacidade, forma em geral e ológrafa em particular, se aplica também ao codicilo”⁴

Memento: quem testa e tem capacidade para testar é testador; não há, seja por apontamento na doutrina, seja por disposição em dicionários, o codicilador (*noblesse obligè*, pois sim?).

Quid inde se o legislador refere só poderem dispor por codicilos quem tenha capacidade para testar?

Quid juris se o legislador “sistematizou” os codicilos entremeados no Título III do Livro IV do Código Civil, sob rubrica sucessão testamentária, logo após as disposições gerais sobre o testamento, sobre a capacidade para se fazer, das formas como se revestem os testamentos e de quem pode testemunhar neles, mas antes dos testamentos marítimo e militar, ditos testamentos especiais e precedendo as disposições testamentárias em geral.

Não se afigura que codicilo seja mesmo testamento, como decorre, v.g., de uma daquelas indicações de PONTES DE MIRANDA ou da expressa colocação de MAXIMILIANO?

² Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Nona Edição Atualizada, 1955, Livraria Francisco Alves, vol. VI, comentário ao artigo 1.651.

³ Tratado de Direito Privado, Editor Borsoi, 1969, Tomo LIX, pág. 247.

⁴ Direito das Sucessões, pág. 565

Codicilo é instrumento para disciplinar distribuição de bens -parcos bens de valores parcos- e cumprimento de algumas poucas vontades do falecido, para depois de sua morte, dê que tenha capacidade para testar.

É uma das formas de influência da pessoa na sua sucessão, continuando alguém na titularidade dos bens e direitos dela, que se dá, respeitada a regra de que não se dispõe sobre herança de pessoa viva (artigo 1.089 CC).

Se é uma das formas, interessante breve lançar nas demais ou em algumas outras.

Sucessão, de *sucedere*, é dar prosseguimento, é continuar determinada situação não mais com o titular dela e sim com outrem que o faça no lugar daquela.

Atribuem-se ao sucessor parte ou todos os direitos -e obrigações- titulados pelos sucedido.

Dá-se tal fenômeno quando se altera qualquer titular de direito, seja no Direito das Coisas -v.g. sucessão na posse-, seja no Direito das Obrigações -o comprador sucede o vendedor no domínio da coisa-, enquanto o Direito das Sucessões regra e giza a transferência do patrimônio de alguém, por causa da sua morte, por disposição da lei ou por disposição testamentária ou codicilar.

Patrimônio, para o Direito das Sucessões, é apenas aquele transferível -lembrar, v.g., que os direitos de família, como regra, são intransmissíveis-. Transferem-se, em decorrência do princípio *jus et obligatio sunt correlata*, os direitos e obrigações, assumindo-os, como sucessor do autor da herança, o herdeiro.

Dessas colocações surgem as idéias de que a sucessão pode ser indicada e querida para este ou aquele -o testador escolhe seu sucessor e em que medida ele exercerá direitos sobre o patrimônio- ou é imposta pela lei.

Tais são as fontes para essa idéia de sucessão, como decorre, aliás, do artigo 1573 do Código Civil: imposta pela lei, sucessão legítima; querida pela vontade, testamentária.

Extrai-se, em seguida, que a sucessão tem efeitos a título universal e a título singular; nesta há transmissão de coisas certas e determinadas, naquela a transferência é da totalidade ou de parte indeterminada da herança.

Releva anotar que na sucessão legítima ter-se-á sempre os efeitos de sucessão a título universal, enquanto na testamentária é possível que se tenha a esse mesmo título ou a título singular.

Conclui-se serem as disposições codicilares daquelas a título singular.

Já se disse haver menos formalidades nos codicilos que nos testamentos, mas isso não indica falta de formalidades, que as há também para a validade dos codicilos.

É codicilo aquele *memorandum* escrito em idioma conhecido do testador, datado e com indicação do lugar em que foi feito, e nele lançada a assinatura de quem o fez.

Escrito: escrito pela mão do testador - (hológrafo - *holos* -inteiro-*graphiein* -escrever-), eis a reza do artigo 1.661 acima indicada.

Idioma conhecido do testador, para que possa, sem reбуços, dispor exatamente o que for de sua vontade, sem necessidade de interpretação lingüística.

A data é de relevância para se saber a época em que o testador o fez e se aquilatar sobre a sua capacidade, titularidade de bens -seriam dele os direitos?-.

O lugar: para se saber em que país foi realizado.

A assinatura, que nada mais é que o sinal pessoal e particular de quem a faz, para dar legitimidade ao ato.

Surgem as questões:

1- a holografia pode ser substituída por meios mecânicos? PONTES DE MIRANDA: não, por ser inadmissível qualquer outro meio, não sem criticar julgados que o permitiram -op. cit., pág. 253-⁵.

2- idioma: sem referência na doutrina consultada; traz-se o conceito, então, do idioma conhecido do testador para os testamentos.

3- data: é mesmo relevante? Sim, a ponto de não ter reconhecido validade a documento a que faltou exatamente a data. PONTES DE MIRANDA vai além na exigência, pois não aceita como codicilo testamento hológrafo a que falte a data (op. cit. pág. 252).

4- Assinatura de quem o fez -*rectius* escreveu de próprio punho, o testador- ou assinatura a rogo? Se se permite meio mecânico, convinável que se lance a assinatura do testador, evitando-se codicilos viciados. Então, se se permite a assinatura a rogo, que o escreva o testador -mas por que não a assinatura, já que se o escreveu por inteiro-. A assinatura é, pois, essencial.

Em suma, cuida-se, de ato pessoal, personalíssimo do testador, como

⁵ Para PONTES DE MIRANDA a alografia não é permitida nos codicilos (op. cit., pág. 253, mas halografia é descrição, história dos sais. O LELLO UNIVERSAL e o "AURÉLIO" não acusam, como o faz o grande mestre, alografia ou halografia com o sentido que lhe foi dado. A não ser que se cuide de "escrita de outrem", sentido que se dá pelo sufixo "al(o)", aí sim com boa cabida na ensinança referida.

soa o artigo 1.661 do Código Civil (escrito particular seu).

Confirmam-se estes excertos: “embora possa o codicilo ser dactilografado, não tem ele valor se não foi datado e assinado pelo testador” (RT 164/287); “não vale como codicilo o documento que não expressa disposição de última vontade e não é escrito, datado e assinado pelo próprio disponente, com capacidade de testar” (RT 471/220).

Holografia, data e assinatura são requisitos essenciais para validade do codicilo porque, sendo ato sem outras formalidades e revestido de simplicidade, pelo menos essas três situações hão de estar presentes para resguardar a liberdade de manifestação de última vontade.

Lembre-se: codicilo não se prova ou existe por testemunhas (PONTES DE MIRANDA, op. cit., pág. 252) e não se exige por não se exigir o artigo 1.651 do Código Civil.

Tampouco são exigidas pelos artigos 1.125 a 1.133 do Código de Processo Civil, pois são os dispositivos aplicáveis para abertura, registro e cumprimento de codicilos (artigo 1.134, IV, Código de Processo Civil).

Memento: o testamenteiro deverá dar cumprimento ao codicilo (artigo 1.135 CPC). E se o testador falecer *ab intestato*?

Quem dará tal cumprimento?

Sem testamenteiro indicado no codicilo talvez se resolva pela ação de petição de herança, mas é possível, *mutatis mutandis*, solução pela ação de petição de legado - legado é legado, certo, mas afirmou-se *mutatis mutandis* o socorro por ela-.

Na petição de herança, ensina ITABAIANA DE OLIVEIRA ⁶, pede-se a universalidade da herança a terceiro, que indevidamente a possua, dê que prove a-ser herdeiro legítimo ou testamentário, por título universal ou singular, a pessoa de cuja sucessão se trata, b- ter aceitado a herança de quem possuía os bens respectivos como seus até à hora da morte, ainda que se não possa provar o domínio e que c- quem a possui deve restituí-la com todos os seus acessórios e rendimentos, seja *pro herede* ou *pro possessore*.

Enquanto isso, a petição de legado compete ao legatário contra o herdeiro, ou o testamenteiro, para lhe pedir a entrega da coisa legada pelo testador (op. cit., pág. 961).

Prescinde-se, deveras, do testamenteiro para se dar curso às disposições codicilares feitas pelo autor da herança.

⁶ Tratado de Direito das Sucessões, Editora Max Limonad 1952, pág.951.

Para inteireza dos codicilos o autor da herança há de ter capacidade testamentária, pois é a reza do artigo 1.651 do Código Civil que só os **capazes de testar** podem fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou jóias, não mui valiosas, de seu uso pessoal.

Dois os aspectos ainda a serem considerados: capacidade e sobre que disposições pode versar o codicilo.

Sob rubrica acerca da capacidade para fazer testamento (capítulo II, Título III, Livro IV), o Código Civil dispõe sobre os incapazes de testar (artigo 1.627) de forma não muito diferente dos dispositivos acerca da capacidade para os atos jurídicos em geral (artigos 5º, 6º e 82), mas excepciona de forma espetacular quando autoriza o maior de **16** anos a testar, sem assistência ou representação.

Tais pessoas, sabe-se, não têm capacidade de per si para outros negócios jurídicos, mas a matéria sobre capacidade e incapacidade, instituto de caráter protetivo e não emulativo, em Direito das Sucessões, é voltada para a época em que a vontade do testador prevalecerá: após a sua morte, quando não mais necessita ele de tal proteção.

Não se deslembre que a capacidade testamentária ativa, exigida nos codicilos, é proposta pelo anexam *tempus regit actum*.

Destoa também tal dispositivo daquel'outros ao não excluir o ausente, a quem não se nega capacidade para o ato jurídico codicilo por não se a negar para testar.

Alguns -poucos⁷ - arestos dão a exata dimensão em que devem ser postas as disposições codicilares.

Assim é que “não vale, sequer, como codicilo, se se refere a bens de ponderável valor” (RT 327/240) missiva, sem assinatura, a qual teria sido redigida pelo falecido pai do apelante, pouco antes de morrer e na iminência de ser iniciada a colheita pendente da safra de café de um sítio sobre o qual o *de cuius* tinha usufruto (ainda o acórdão).

Também “não tem valor de testamento simples cartas deixadas por pessoa falecida e nem mesmo valem como codicilo quando ultrapassam os

⁷Em busca “via INTERNET” no *site* do E. Supremo Tribunal Federal há apenas quatro referências a codicilos sem que se desse julgamento pelo mérito: RE 18.012, Rel. Min. OROSIMBO NONATO, 23/1/51; RE 24.676, Rel. Min. LUIZ GALLOTTI, 04/11/54; RE 72.954, Rel. Min. ANTONIO NEDER, 15/5/73; ERE 72.954, Rel. OSVALDO TRIGUEIRO, 08/11/72. não localizado o referente ao *affair* Chico Assombração.

limites traçados nos arts. 1.651 e 1.653 do Código Civil” (RT 303/272).

“Não vale como codicilo o documento . . . no qual se contêm disposições sobre coisas de elevado valor pecuniário” (RT 471/220).

E mais recentemente, em decisão que proferi na 10ª Vara Cível de Campinas: “quando o legislador referiu sobre poder alguém dispor para após a sua morte de coisas ‘não muito valiosas de seu uso pessoal’, quis dar a este valor o valor mesmo das coisas e não valor em relação a todos os bens do autor da herança. Então, fica prejudicada a arguição de que os valores são irrisórios ante o formidável patrimônio deixado”⁸

Nessa sentença deixei anotações outras sobre limites da disposição codicilar, *in verbis*:

“Demais disso, o legislador jamais autorizou disposição sobre imóveis, como constou no documento de fls. 06. Com razão a Curadoria ao arguir que o autor da herança ‘poderia muito bem ter lavrado testamento em prol da requerente, caso quisesse mesmo beneficiá-la’. A lei é bem clara ao dispor que o fundamento mesmo do codicilo é sempre o pouco valor da coisa; é verdade que não se cuida de ninharias, mas todos os bens descritos a fls. 6 têm valor maior que aquele querido pelo legislador”.

E determinei o cumprimento como codicilo de outro escrito do autor da herança, posto a fls. 5 daqueles autos, por entendê-lo “bem caracterizado por se tratar inclusive de coisas ‘de seu uso pessoal’ (do autor da herança)”.

Interposto recurso, a ele foi negado provimento por votação unânime: “o documento de fls. 5, reconhecido como codicilo, destinou à apelante objetos domésticos, evidentemente usados. Não há notícia de que sejam objetos de grande valor . . . O documento de fls. 6, porém, envolvendo dois imóveis, um automóvel, uma motocicleta e uma linha telefônica, além de valores desconhecidos e guardados no cofre nº 35 do Banco Real, não pode ser reconhecido como codicilo”.

Tanto na minha decisão quanto no v. acórdão não foi mostrado outro parâmetro que o valor da coisa em si e não ante o valor de todos os bens deixados pelo autor da herança.

Mas também deixei anotado sobre outra possibilidade acerca de disposições codicilares: **“Em verdade, o codicilo está mais para aquelas situa-**

⁸ Registro 417/92, 10ª Vara Cível de Campinas, interesse de Ana Maria de Souza Marinelli nos bens deixados por Giovani Guardamagna, negado provimento, v.u., Ap.Civ. 212.799-1/0, Relator Desembargador WALTER THEODÓSIO, 21/09/94.

ções chistosas como a criada pelo memorável Chico Assombração, que culminou com a sua execução determinada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, lavrado na lápide dele: ‘...xingai por mim.’⁹. Da mesma sorte o codicilo pornográfico de Oswald de Andrade e impublicável¹⁰. Essas observações são feitas para ficar fixado que o codicilo é mesmo para coisas miúdas e não para aquinhoar pessoas com patrimônio de grande valor; para isto existe fórmula conhecida até dos leigos que é o testamento”.

Não se volte aqui, por favor, à disputa se codicilo é testamento de pouca monta!

Há o permissivo legal a tanto no artigo 1.651 do Código Civil (“disposições especiais sobre o seu enterro”).

Para alguns autores, no entanto, haveria limitação na vigésima parte da sucessão para todos os legados ou, como é do regime brasileiro, se deixar a cargo do juiz o quanto concretamente possível (*apud* PONTES DE MIRANDA, op. cit., pág. 255).

Bom critério vem exposto em que “a lei não faz distinções. Apenas permite que, ao milionário ou pessoa de muito menores posses, disponha em codicilo de objetos e jóias de seu uso pessoal, desde que tais objetos não sejam muito valiosos” (RT 164/288), mas nunca se foge daquela quase regra de que se cuida do valor da coisa em si e não se o comparando com outras do espólio.

Mister consideração sobre o destinatário dos bens deixados pelo testador codicilar (*sic*).

Há aqueles certos e determinados para receber esmolas e incertos, embora o legislador entenda indeterminadamente, quando dirigidos aos pobres de certo lugar.

Malgrado pobres haja em abundância, sejam certos e determinados ou indeterminadamente de certo lugar, ainda assim prevalece o sentido de pouca monta da esmola em si e não à fortuna do disponente. Tanto que o juiz poderá reduzir tal outorga como faz quando se dá disposição testamentária exagerada (*apud* PONTES DE MIRANDA, op. cit., pág. 255).

O legislador autorizou ao disponente “legar móveis, roupas ou jóias,

⁹ Eis a íntegra do epitáfio de Francisco Franco de Souza (* 04/9/1886 + 09/11/1968)lavrado na lápide de seu túmulo em Pirassununga: “Bípede, meu irmão! Eis o fim prosáico de um espermatozóide que a mais de 80 anos, penetrou num óvulo, iniciou seu ciclo evolutivo e acabou virando carniça. Estou enterrado aqui. Sou o CHICO ASSOMBRAÇÃO. Xingai por mim”. A disputa, conta-se, foi pela moral ou imoralidade do texto.

¹⁰ Dizem, se é que foi mesmo, que seria algo como: “Aqui jaz o putanheiro. ... nasceu, viveu e comeu sem ter dinheiro”.

não mui valiosas, de seu uso pessoal” e se se cuida do verbo legar tem-se disposição sobre legado, ou seja, contemplação de coisa certa e precisa para pessoa determinada (artigo 1.678, CC), salvante aqueles pobres de que se tem apenas o lugar em que estejam como certo.

Codicilos vigoram com ou sem testamento; vale dizer, tenha ou não o falecido deixado testamento é possível deixar também aquelas disposições ditas miúdas por codicilos.

Nada impede a coexistência de testamento e codicilo, salvante direitos de terceiros, eis a regra do artigo 1.652 do Código Civil.

Direitos de terceiros sempre são preservados, é curial, daí ser despcienda a dicção posta no artigo 1.652, tanto que PONTES DE MIRANDA sugere incerteza a que direitos e a que terceiros se refere tal dispositivo (op. cit. pág. 259).

Codicilo revoga testamento? No que couber, resposta que pouco responde mas que tem boa cabida se se analisar, v.g., o artigo 1.653 do Código Civil.

Mas, de forma insofismável resolve PONTES DE MIRANDA: “o codicilo só pode tirar o que ele pode dar. Mas o que ele pode dar, claro que o pode tirar” (op. cit., pág. 386).

O codicilo, como de resto os testamentos, é ato com absoluto caráter de revogação; revoga-se-o por outro codicilo (artigo 1654, CC), mas também por testamento, a teor dos artigos 1.747 e 1.748 do Código Civil.

Afirma-se que, preenchidos todos os seus atributos -que estão nele e não fora dele-, codicilo seqüente revoga o antecedente; testamento, naquele mesmo “no que couber” acima considerado, também revoga o codicilo, como está na parte final do artigo 1.654 do Código Civil (*apud* PONTES DE MIRANDA, op. cit., pág. 261).

E há o codicilo cerrado (artigo 1.655, CC)e, cerrado que é , regula-se pelo regulado para o testamento cerrado (artigo 1.644, CC).

Em síntese: é possível sucessão testamentária sem testamento quando se a propõe por codicilo e, malgrado haja testamento válido sem outorga de bens, de patrimônio (v.g. quando se o lavra para reconhecimento de filiação), o limite a tanto nos codicilos é apenas quanto a comportamentos para o enterro de quem os faz; no mais, codicilo é apenas para se dispor acerca da sucessão patrimonial de pouca monta.