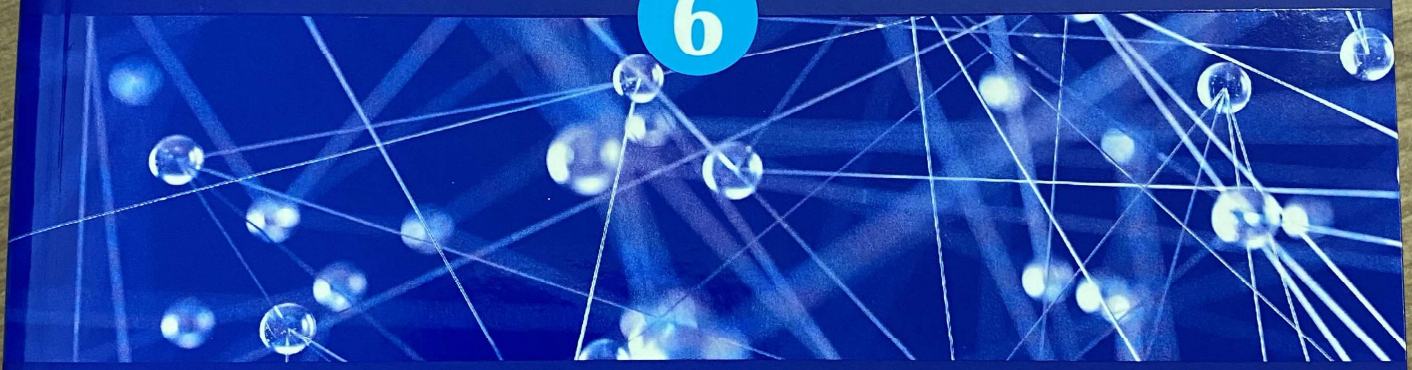
FLÁVIO TARTUCE

DIREITO CIVIL

DIREITO DAS SUCESSÕES

6



13.ª edição
Revista, atualizada e ampliada

Sala de Aula Virtual
FLÁVIO TARTUCE

EDIÇÃO 2020

gen | Editora FORENSE

DIREITO CIVIL

6 DIREITO DAS SUCESSÕES

"Este livro apresenta a mesma estrutura e divisão das edições anteriores. São quatro capítulos, em que as ideias são expostas com simplicidade, sapiência. Menciona-se e se analisa a doutrina e jurisprudência, de ontem e de hoje. Utiliza-se, praticamente, todos os autores clássicos e contemporâneos. Os enunciados aprovados nas *Jornadas de Direito Civil* são devidamente indicados e comentados. Não falta nada.

Enfrentam-se aqui os temas polêmicos, que não são poucos, nem pequenos, como a sucessão do filho socioafetivo e o testamento vital. Dá-se abalizado parecer sobre a sucessão dos cônjuges e dos companheiros, a respeito da simplificação das formas testamentárias e da invalidade e ineficácia dos testamentos. (...)

O leitor observará, imediatamente, que este livro foi planejado e escrito por alguém que é não apenas estudioso, mas culto. O homem culto é bem mais do que o homem erudito, porque este limita-se a resumir e justapor conhecimentos, enquanto o homem culto os unifica e anima com um sopro de espiritualidade e de entusiasmo, como diz o saudoso jusfilósofo Miguel Reale, mestre de todos nós. Tartuce tem uma visão global do fenômeno jurídico. Não se pode dissertar a respeito de sucessão *mortis causa* sem conhecer outros ramos do Direito Civil, advertindo o egrégio Carlos Maximiliano que o Direito das Sucessões é o coroamento necessário do das Coisas e em conexão íntima com o de Família."

Zeno Veloso

"Indico – e com muito prazer – os Volumes 5 e 6 da coleção de ***Direito Civil*** **de Flávio Tartuce**, referentes ao Direito de Família e ao Direito das Sucessões, porque entendo que estou prestando um inestimável favor aos meus alunos, que terão acesso a dois dos melhores livros de Direito Civil deste País. Flávio Tartuce é um dos mais completos civilistas do Brasil. Suas obras são excelentes."

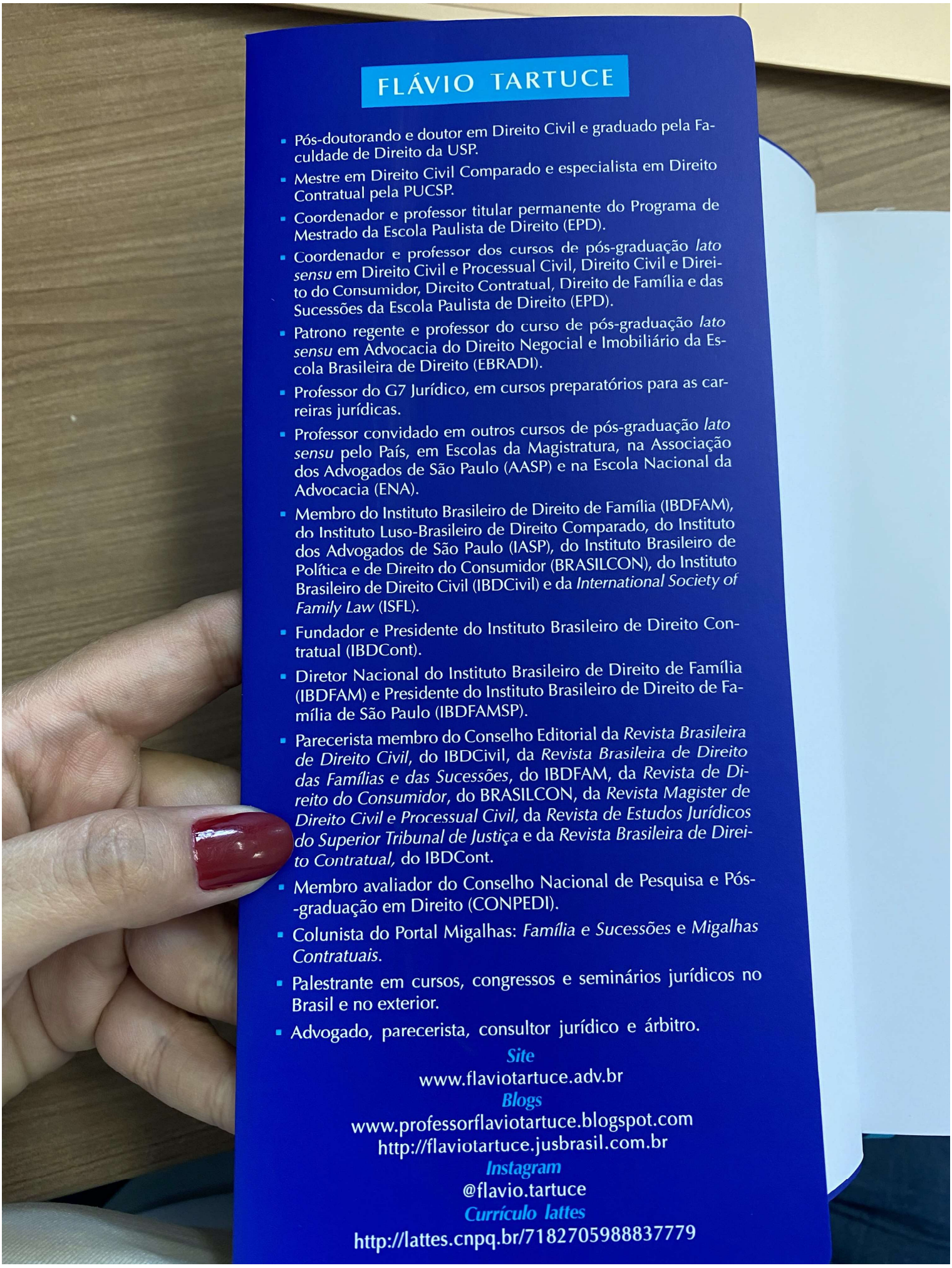
Zeno Veloso

Professor de Direito Civil da Universidade Federal do Pará e da Universidade da Amazônia (UNAMA)

gen | Editora FORENSE

www.grupogen.com.br

ISBN 978-85-309-8900-2



FLÁVIO TARTUCE

- Pós-doutorando e doutor em Direito Civil e graduado pela Faculdade de Direito da USP.
- Mestre em Direito Civil Comparado e especialista em Direito Contratual pela PUCSP.
- Coordenador e professor titular permanente do Programa de Mestrado da Escola Paulista de Direito (EPD).
- Coordenador e professor dos cursos de pós-graduação *lato sensu* em Direito Civil e Processual Civil, Direito Civil e Direito do Consumidor, Direito Contratual, Direito de Família e das Sucessões da Escola Paulista de Direito (EPD).
- Patrono regente e professor do curso de pós-graduação *lato sensu* em Advocacia do Direito Negocial e Imobiliário da Escola Brasileira de Direito (EBRADI).
- Professor do G7 Jurídico, em cursos preparatórios para as carreiras jurídicas.
- Professor convidado em outros cursos de pós-graduação *lato sensu* pelo País, em Escolas da Magistratura, na Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) e na Escola Nacional da Advocacia (ENA).
- Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), do Instituto Luso-Brasileiro de Direito Comparado, do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), do Instituto Brasileiro de Política e de Direito do Consumidor (BRASILCON), do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil) e da *International Society of Family Law* (ISFL).
- Fundador e Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCont).
- Diretor Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família de São Paulo (IBDFAMSP).
- Parecerista membro do Conselho Editorial da *Revista Brasileira de Direito Civil*, do IBDCivil, da *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*, do IBDFAM, da *Revista de Direito do Consumidor*, do BRASILCON, da *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, da *Revista de Estudos Jurídicos do Superior Tribunal de Justiça* e da *Revista Brasileira de Direito Contratual*, do IBDCont.
- Membro avaliador do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI).
- Colunista do Portal Migalhas: *Família* e *Sucessões* e *Migalhas Contratuais*.
- Palestrante em cursos, congressos e seminários jurídicos no Brasil e no exterior.
- Advogado, parecerista, consultor jurídico e árbitro.

Site
www.flaviotartuce.adv.br
Blogs
www.professorflaviotartuce.blogspot.com
http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br
Instagram
@flavio.tartuce
Currículo lattes
http://lattes.cnpq.br/7182705988837779

DIREITO CIVIL

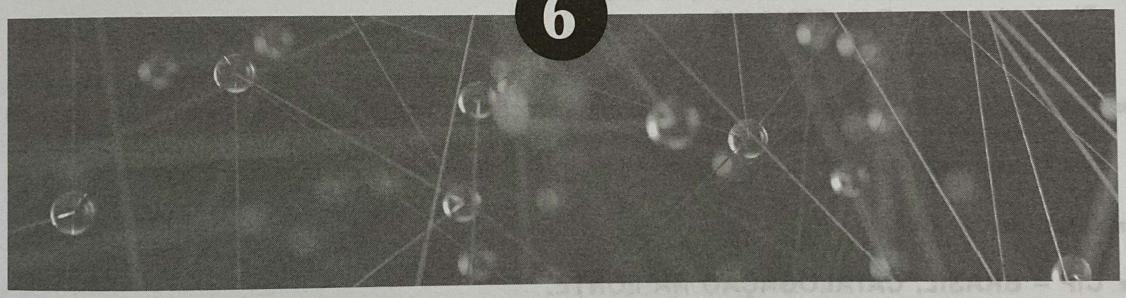
DIREITO DAS SUCESSÕES

FLÁVIO TARTUCE

DIREITO CIVIL

DIREITO DAS SUCESSÕES

6



13.ª edição
Revista, atualizada e ampliada

gen | Editora FORENSE

- O autor deste livro e a editora empenharam seus melhores esforços para assegurar que as informações e os procedimentos apresentados no texto estejam em acordo com os padrões aceitos à época da publicação, e todos os dados foram atualizados pelo autor até a data de fechamento do livro. Entretanto, tendo em conta a evolução das ciências, as atualizações legislativas, as mudanças regulamentares governamentais e o constante fluxo de novas informações sobre os temas que constam do livro, recomendamos enfaticamente que os leitores consultem sempre outras fontes fidedignas, de modo a se certificarem de que as informações contidas no texto estão corretas e de que não houve alterações nas recomendações ou na legislação regulamentadora.

- Fechamento desta edição: 02.01.2020

- O Autor e a editora se empenharam para citar adequadamente e dar o devido crédito a todos os detentores de direitos autorais de qualquer material utilizado neste livro, dispondo-se a possíveis acertos posteriores caso, inadvertida e involuntariamente, a identificação de algum deles tenha sido omitida.

- **Atendimento ao cliente: (11) 5080-0751 | faleconosco@grupogen.com.br**

- Direitos exclusivos para a língua portuguesa
Copyright © 2020 *by*
Editora Forense Ltda.
Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar
Rio de Janeiro – RJ – 20040-040
www.grupogen.com.br

- Reservados todos os direitos. É proibida a duplicação ou reprodução deste volume, no todo ou em parte, em quaisquer formas ou por quaisquer meios (eletrônico, mecânico, gravação, fotocópia, distribuição pela Internet ou outros), sem permissão, por escrito, da Editora Forense Ltda.

- Capa: Aurélio Corrêa

- **CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE.**
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

Tartuce, Flávio

Direito Civil: direito das sucessões – v. 6 / Flávio Tartuce. – 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN 978-85-309-8900-2

1. Direito de família – Brasil. 2. Herança e sucessão – Brasil. I. Título. II. Série.

19-61710 CDU: 347.65/.68(81)

Vanessa Mafra Xavier Salgado - Bibliotecária - CRB-7/6644

abdr ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITOS REPROGRÁFICOS
Respeite o direito autoral

50. (Defensor Público – DPE-SP – FCC – 2019) Marcos e Antônia casaram-se em 20 de dezembro de 2017. Antônia tem um filho de 20 anos com José, de quem ficou viúva em 1998. Nessa primeira união, cujo regime era de comunhão parcial de bens, Antônia adquiriu um apartamento e, após o casamento com Marcos, adquiriu uma casa na praia com recursos exclusivamente próprios. Antônia faleceu em 15 de março de 2018, sem realizar inventário dos bens do primeiro esposo. Considerando a situação acima exposta, de acordo com o que dispõe o Código Civil em vigor, Marcos

(A) será herceiro com relação a todos os bens.
(B) será herdeiro de Antônia com relação ao apartamento e meeiro com relação à casa na praia.
(C) não será herdeiro de Antônia.
(D) não terá direito ao apartamento e será meeiro da casa na praia.
(E) terá direito à meação de todos os bens.

GABARITO

01 – D	02 – A	03 – C
04 – A	05 – C	06 – C
07 – A	08 – B	09 – B
10 – A	11 – C	12 – C
13 – D	14 – C	15 – A
16 – C	17 – E	18 – E
19 – A	20 – E	21 – B
22 – D	23 – B	24 – A
25 – B	26 – B	27 – D
28 – A	29 – D	30 – B
31 – A	32 – B	33 – E
34 – A	35 – A	36 – C
37 – D	38 – B	39 – A
40 – D	41 – C	42 – D
43 – D	44 – B	45 – D
46 – C	47 – C	48 – B
49 – D	50 – C	

3

DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

Sumário: 3.1 Do conceito de testamento e seu conteúdo. Das dificuldades práticas de sua elaboração no Brasil – 3.2 Das principais características do testamento – 3.3 Regras fundamentais a respeito do testamento no Código Civil de 2002 e a capacidade de testar. O prazo para invalidar o testamento. Hipóteses de invalidade testamentária – 3.4 Das modalidades ou formas de testamento – 3.4.1 Primeiras palavras – 3.4.2 Dos testamentos ordinários ou comuns – 3.4.3 Dos testamentos especiais – 3.4.4 Do denominado testamento vital ou biológico – 3.5 Do codicilo – 3.6 Das disposições testamentárias. Regras fundamentais a respeito da interpretação do testamento – 3.7 Das cláusulas restritivas no testamento: inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade – 3.8 Dos legados – 3.8.1 Conceito e modalidades específicas – 3.8.2 Dos efeitos do legado e do seu pagamento – 3.8.3 Da caducidade dos legados – 3.8.4 Do direito de acrescer entre herdeiros e legatários – 3.9 Das substituições testamentárias – 3.10 Da redução das disposições testamentárias – 3.11 Da revogação do testamento – 3.12 Do rompimento do testamento – 3.13 Do testamenteiro – 3.13.1 Conceito, natureza jurídica e modalidades – 3.13.2 Principais atribuições e efeitos da testamentaria – 3.14 Resumo esquemático – 3.15 Questões correlatas – Gabarito.

3.1 DO CONCEITO DE TESTAMENTO E SEU CONTEÚDO. DAS DIFICULDADES PRÁTICAS DE SUA ELABORAÇÃO NO BRASIL

O testamento representa, em sede de Direito das Sucessões, a principal forma de expressão e exercício da autonomia privada, da liberdade individual, como típico instituto *mortis causa*. Como se extrai da obra clássica de Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira, "a testamentificação é uma das faculdades resultantes do direito de propriedade" (*Tratado...*, 1952, v. II, p. 404). A palavra vem de *testatiomentis*, que significa a *atestação da vontade*, a confirmação daquilo que está na mente do autor da herança. Além de constituir o cerne da modalidade *sucessão testamentária*, por ato de última vontade, o testamento também é a via adequada para outras manifestações da liberdade pessoal.

O Código Civil brasileiro de 2002, ao contrário do seu antecessor, não conceituou o testamento, o que era retirado do art. 1.626 do CC/1916, *in verbis*: "considera-se testamento o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte". Esse conceito anterior recebia críticas contundentes da doutrina clássica, por ser uma construção falha e incompleta.

Ressalta-se, nesse sentido de crítica, a menção apenas ao conteúdo patrimonial do testamento. No propósito de reprovação, as palavras de Orosimbo Nonato, segundo as quais, "ao testamento, como observa Clóvis Beviláqua, em comento ao art. 1.626 do Código Civil, não somente as disposições patrimoniais lhe formam o conteúdo; pode deixar de se referir ao patrimônio do testador e, por exemplo, limitar-se ao reconhecimento dos filhos naturais. Testamento é declaração de última vontade e, nesse sentido, parece irreprochável a definição de Modestino, muito mais lata e compreensiva que as dos Códigos modernos, como reconhecem Planiol, Vitali e outros" (NONATO, Orosimbo. *Estudos*..., 1957, v. I, p. 83-84). Em reforço, como ensina Silvio Rodrigues, "tal definição suscitou muita crítica, não só por omitir a circunstância de ser o testamento ato pessoal, unilateral, solene e gratuito, como também por circunscrever o objeto do testamento à mera disposição de bens" (*Direito*..., 2007, v. 7, p. 145).

A par dessa deficiência, à doutrina sempre coube o trabalho de conceituar o instituto *testamento*. Vejamos algumas construções dos clássicos aos contemporâneos.

De início, do Direito Romano, cabe trazer a lume a ideia de Ulpiano, para quem *testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, solemniter factum, ut post mortem nostram valeat*, ou seja, *o testamento é o testemunho justo de nossa mente, feito na forma solene para que valha depois de nossa morte*. Como ressalta Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, que traz esse conceito em sua obra, o sistema romano já reconhecia formas normais e especiais de testamento, destacando-se, entre as últimas, os testamentos realizados nos meios rurais, os celebrados em tempos de peste, os de pais para filhos, o do cego, o do analfabeto e o do surdo-mudo (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito*..., 2012, p. 262-263).

Nas definições clássicas nacionais, para Pontes de Miranda: "testamento (diz-se) é o ato pelo qual a vontade de um morto cria, transmite ou extingue direitos. Porque 'vontade de um morto cria' e não 'vontade de um vivo, para depois da morte'? Quando o testador quis, vivia. Os efeitos, sim, por serem dependentes da morte, somente começam a partir dali. Tanto é certo que se trata de querer de vivo, que direitos há (excepcionalíssimos, é certo), que podem partir do ato testamentário e serem realizados desde esse momento. Digamos, pois, que o testamento é o ato pelo qual a vontade de alguém se declara para o caso de morte, com eficácia de reconhecer, criar, transmitir ou extinguir direitos" (MIRANDA, Pontes de. *Tratado*..., 1972, t. LVI, p. 59). Da Enciclopédia Saraiva de Direito, em verbete de Francisco Amaral, extrai-se que o "testamento é ato solene em que se dispõe dos direitos para depois da morte. Destina-se o patrimônio ou fazem outras declarações de natureza pessoal" (*Enciclopédia*..., 1977, v. 73, p. 32).

Entre os contemporâneos, Maria Helena Diniz conceitua o testamento como "o ato personalíssimo e revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, não só dispõe, para depois da sua morte, no todo ou em parte (CC, art. 1.857, *caput*), do seu patrimônio, mas também faz outras estipulações" (*Curso*..., 2007, v. 6, p. 175). De acordo com o sempre citado Zeno Veloso, "o testamento é um negócio jurídico pelo qual uma pessoa dispõe de seus bens, no todo ou em parte, ou faz determinações não patrimoniais, para depois de sua morte" (*Código*..., 2012, p. 2.089).

Com base em todos esses ensinamentos, pode-se definir o testamento como um negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, para depois de sua morte. Trata-se do ato sucessório de exercício da autonomia privada por excelência.

A partir dessa construção, deve ficar claro que o testamento pode ter conteúdo não patrimonial, conforme se retira do art. 1.857, § 2.º, do CC/2002 ("São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado"). Assim, o Código Civil de 2002 supre aquela deficiência anterior que era duramente criticada, no sentido de estar o seu conteúdo apegado a questões estritamente patrimoniais.

Em outras palavras, o objeto do testamento pode ser *existencial*, relacionado à tutela da pessoa humana, e aos direitos da personalidade, aqueles inerentes à pessoa humana, no sentido de serem originários (*inatos*). Por isso, pode-se falar na *função promocional do testamento*, de acordo com a sua tese de doutorado desenvolvida por Ana Luiza Maia Nevares perante a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (*A função*..., 2009).

Ilustrando, por meio de um testamento é possível constituir uma fundação, nos termos do art. 62 do Código Civil em vigor, ou instituir Bem de Família Convencional, segundo a dicção do art. 1.711 da própria codificação. Na linha do que foi outrora demonstrado, também é possível que o testamento reconheça um filho havido fora do casamento, sendo tal ato absolutamente irrevogável, mesmo sendo admitida a revogabilidade do testamento (art. 1.610 do CC).

Por meio do testamento, também é possível determinar a destinação de material genético para a reprodução assistida *post mortem*, surgindo a idade de

testamento genético, conforme artigo de Jones Figueirêdo Alves publicado no site deste autor (ALVES, Jones Figueirêdo. *Testamento...*, disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 9 mar. 2014).

Em texto mais recente, o jurista expõe sobre *os testamentos afetivos*. Para ele, "de efeito, a par da curadoria de dados dos usuários da internet, com a manutenção de perfis de pessoas falecidas, a serviço da memória digital, como já tem sido exercitada (Pierre Lévy, 2006), o instituto do testamento afetivo, notadamente no plano da curadoria de memórias da afeição, apresenta-se, agora, não apenas como uma outra inovação jurídica, pelo viés tecnológico. Mais precisamente, os testamentos afetivos poderão ser o instrumento, eloquente e romântico (um novo 'L'hymne à L'amour'), de pessoas, apesar de mortas, continuarem existindo pelo amor que elas possuíam e por eles também continuarem vivendo" (ALVES, Jones Figueirêdo. A extensão... Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 31 jul. 2017). Além do testamento afetivo, pode-se falar também em *testamento digital*, com a atribuição dos bens adquiridos em vida no âmbito virtual, como contatos, postagens, manifestações, seguidores e amigos adquiridos nas redes sociais.

Igualmente, não há qualquer vedação para que o testamento traga como conteúdo questões relativas aos projetos de vida dos sucessores, aos caminhos a serem escolhidos pelos filhos no futuro. Surge, nesse diapasão, a ideia de *testamento ético*. Como bem pondera o Professor da PUCRJ, Mário Roberto Carvalho de Faria, "o 'Testamento Ético' se presta a transmitir aos familiares valores éticos, morais, espirituais, de condutas, conselhos e experiências que possam ser objeto de reflexão àqueles que se destinam. É um documento onde se dá mais relevância aos valores morais que aos patrimoniais" (FARIA, Mário Roberto Carvalho de. Novas... *Revista IBDFAM...*, p. 14).

Em julgado de 2019, o Superior Tribunal de Justiça acabou por admitir o chamado *testamento criogênico*, com o destino do corpo para congelamento e eventual ressuscitação no futuro, em virtude da evolução e aprimoramento da medicina e de outras ciências; sem a necessidade de observância de qualquer formalidade quanto ao ato de última vontade. Conforme a tese fixada no *decisum*, "não há exigência de formalidade específica acerca da manifestação de última vontade do indivíduo sobre a destinação de seu corpo após a morte, sendo possível a submissão do cadáver ao procedimento de criogenia em atenção à vontade manifestada em vida" (STJ, REsp 1.693.718/RJ, 3.ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 26.03.2019, *DJe* 04.04.2019).

Ainda, o testamento pode trazer, como conteúdo, direitos morais do autor, que são direitos da personalidade por excelência, elencados no art. 24 da Lei 9.610/1998. A título de exemplo, o autor deste livro pode estipular que, após a sua morte, todas as suas obras sejam retiradas do mercado editorial, conforme o inciso V do dispositivo: "são direitos morais do autor: (...). V – o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem". Pode, igualmente, o autor nomear um atualizador dos livros, para após a sua morte, ou manifestar o desejo da troca da editora que publica as obras.

Seguindo nas concretizações do conteúdo não patrimonial do testamento, cabe trazer um caso prático geralmente analisado em aulas e seminários aplicados em sede de cursos de pós-graduação *lato sensu* em Direito de Família e das Sucessões. Um testador detalhou fatos da sua vida e de outras pessoas, pois elaborou uma autobiografia. Como disposição aos herdeiros, consta do testamento um pedido do *de cujus* para que essa biografia seja publicada, o que é atendido pelos sucessores. O relato é, então, lançado na forma de livro. Surgem algumas dúvidas. Cabem as tutelas inibitória e reparatória por parte de terceiros eventualmente prejudicados em seus valores existenciais pelo livro publicado? Quem responde pela publicação em casos de lesão a direitos da personalidade praticada pelo morto em suas declarações?

Como é notório, o tema das biografias, autorizadas ou não, está no palco principal do debate jurídico no Brasil nos últimos tempos. Fazendo uma análise preliminar da hipótese descrita, os terceiros eventualmente prejudicados têm direito à prevenção e à reparação integral pelos danos sofridos. O fundamento para tanto está no art. 12, *caput*, do Código Civil, *in verbis*: "pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei". Assim, cabe uma ação de obrigação de fazer e não fazer, com fixação de multa diária (*astreintes*), para retirar o livro do mercado e vedar novas publicações, sem prejuízo da indenização material e imaterial.

Alerte-se que, nas eventuais ações propostas por terceiros, os direitos da personalidade e fundamentais dos envolvidos devem ser sopesados, na linha da *técnica de ponderação*, de Robert Alexy, adotada expressamente pelo art. 489, § 2.º, do CPC/2015, *in verbis*: "no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão".

Assim, deve-se ponderar, inicialmente, a intimidade dos terceiros (art. 5.º, incisos V e X, da Constituição Federal), com a liberdade de pensamento e o direito de informar do falecido e de seus familiares (art. 5.º, incisos IV e IX, da Constituição Federal). Quanto ao falecido, trata-se de verdadeiro *direito da personalidade do morto*, como reconhece o parágrafo único do próprio art. 12 do Código Civil.

Deve-se, em complemento, levar em conta os interesses da coletividade quanto às informações que constam do livro, especialmente nos casos de pessoas famosas ou históricas já falecidas. Dessa maneira, deve ser interpretado o tão criticado art. 20, *caput*, do Código Civil, segundo o qual, "salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais".

Partilhando dessa premissa, na *IV Jornada de Direito Civil*, realizada em 2006, foi aprovado o Enunciado n. 279 do CJF/STJ, no seguinte sentido: "a proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações".

De acordo com o enunciado doutrinário, recomendam-se prudência e razoabilidade na análise das questões envolvendo a divulgação de notícias sobre determinadas pessoas, sendo interessante ponderar os direitos protegidos no caso concreto. De qualquer modo, deve-se dar prevalência à divulgação de imagens ou de informações que sejam verdadeiras, desde que elas interessem à coletividade. Pode-se falar, assim, em *função social da imagem* ou em *função social da informação*.

Vários julgados superiores têm desenvolvido a solução a partir da ponderação, cabendo trazer a lume o seguinte trecho de recente aresto do Superior Tribunal de Justiça:

> "O Min. Relator, com base na doutrina, consignou que, para verificação da gravidade do dano sofrido pela pessoa cuja imagem é utilizada sem autorização prévia, devem ser analisados: (i) o grau de consciência do retratado em relação à possibilidade de captação da sua imagem no contexto da imagem do qual foi extraída; (ii) o grau de identificação do retratado na imagem veiculada; (iii) a amplitude da exposição do retratado; e (iv) a natureza e o grau de repercussão do meio pelo qual se dá a divulgação. De outra parte, o direito de informar deve ser garantido, observando os seguintes parâmetros: (i) o grau de utilidade para o público do fato informado por meio da imagem; (ii) o grau de atualidade da imagem; (iii) o grau de necessidade da veiculação da imagem para informar o fato; e (iv) o grau de preservação do contexto originário do qual a imagem foi colhida" (STJ, REsp 794.586/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, j. 15.03.2012, *Informativo* n. 493 do STJ).

A propósito, sabe-se que foi proposta uma Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal contra o citado art. 20 do Código Civil, pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ADIn 4.815, intentada em julho de 2012). O pedido da ação era no sentido de ser reconhecida a inconstitucionalidade parcial dos arts. 20 e 21 do CC/2002, sem redução de texto, "para que, mediante interpretação conforme a Constituição, seja afastada do ordenamento jurídico brasileiro a necessidade do consentimento da pessoa biografada e, *a fortiori*, das pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas) para a publicação ou veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais, elaboradas a respeito de pessoas públicas ou envolvidas em acontecimentos de interesse coletivo". A petição inicial da demanda estava acompanhada de parecer muito bem construído pelo Professor Gustavo Tepedino.

Corretamente, no início de junho de 2015, o Supremo Tribunal Federal, com unanimidade, julgou procedente a referida ação, prestigiando a liberdade de expressão e afastando a censura prévia das biografias não autorizadas no Brasil. Na dicção da decisão final da Relatora, Ministra Cármen Lúcia: "Pelo exposto, julgo procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, *a)* em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas); *b)* reafirmar o direito à inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa, nos termos do inc. X do art. 5.º da Constituição da República, cuja transgressão haverá de se reparar mediante indenização" (ADIn 4.815).

Em suma, julgou-se pela impossibilidade da censura prévia das obras, devendo os abusos e excessos ser resolvidos a partir do abuso de direito e da correspondente responsabilização civil do agente causador do dano. Uma frase dita pela Ministra Relatora quando do julgamento, muito comum nos meios populares, resumiu sua posição: "o cala-boca já morreu".

Além da precisa relatoria, merecem destaque as anotações do Ministro Luís Roberto Barroso, amparando suas conclusões na técnica de ponderação, aqui antes mencionada. Conforme suas lições, "a ponderação é uma forma de estruturar o raciocínio jurídico. Há diferentes modos de trabalhar com ela. Do modo como eu opero a ponderação, ela se desenvolve em três etapas: *a)* na primeira, verificam-se as normas que postulam incidência ao caso; *b)* na segunda, selecionam-se os fatos relevantes; *c)* e, por fim, testam-se as soluções possíveis

para verificar, em concreto, qual delas melhor realiza a vontade constitucional. Idealmente, a ponderação deve procurar fazer concessões recíprocas, preservando o máximo possível dos direitos em disputa".

Ao tratar dos arts. 20 e 21 do Código Civil, leciona o Ministro Barroso em seu voto que afirmar a liberdade da expressão como preponderante em relação à intimidade decorre de três razões. A primeira razão é que "o passado condena. A história da liberdade de expressão no Brasil é uma história acidentada. A censura vem de longe: ao divulgar a Carta de Pero Vaz de Caminha, certidão de nascimento do País, o Padre Manuel Aires do Casal cortou vários trechos que considerou 'indecorosos'". Como segunda razão, destaca o ministro Barroso que "a liberdade de expressão é pressuposto para o exercício dos outros direitos fundamentais. Os direitos políticos, a possibilidade de participar no debate público, reunir-se, associar-se e o próprio desenvolvimento da personalidade humana dependem da livre circulação de fatos, informações e opiniões. Sem liberdade de expressão e de informação não há cidadania plena, não há autonomia privada nem autonomia pública". Por fim, a terceira razão está relacionada ao fato de ser a liberdade de expressão "indispensável para o conhecimento da história, para o progresso social e para o aprendizado das novas gerações". Com isso, felizmente, as biografias não autorizadas passam a ser possíveis no Brasil, não se admitindo mais a censura prévia.

Por derradeiro, como bem demonstrou o Ministro Barroso, citando exemplos concretos: "eu aqui lembro que esses dispositivos do Código Civil que aqui deveremos fulminar não é apenas inconstitucional em tese. Ele tem causado danos reais à cultura nacional e aos legítimos interesses de autores e editores de livros. Os exemplos de interferência judicial na divulgação de biografias são inúmeros: (i) Ruy Castro, 'Estrela Solitária: um brasileiro chamado Garrincha'; (ii) Paulo César Araújo, 'Roberto Carlos em Detalhes'; (iii) Alaor Barbosa dos Santos, 'Sinfonia de Minas Gerais – a vida e a literatura de João Guimarães Rosa'; (iv) Toninho Vaz, 'O Bandido que Sabia Latim'; (v) Eduardo Ohata, 'Anderson Spider Silva – o relato de um campeão nos ringues da vida'; (vi) Pedro de Morais, 'Lampião – O Mata Sete'".

Sendo assim, por bem, a questão das biografias não autorizadas parece ter sido resolvida em nosso país, não sendo juridicamente possível a censura prévia ou *a priori* em casos tais.

Feitas todas essas considerações, voltando ao caso antes exposto, se for reconhecido o direito de reparação de danos a favor dos terceiros, a responsabilidade, inicialmente, recairá sobre o espólio – antes da partilha –, e aos herdeiros – após a divisão dos bens –, nos dois casos até as forças da herança, conforme dita o art. 1.792 do Código Civil. Pode-se até cogitar a responsabilidade pessoal e solidária dos herdeiros pelo fato de terem realizado a publicação da biografia, agindo em coautoria com o testador. Para tanto, serve como fundamento jurídico a segunda parte do art. 942, *caput*, do Código Civil, segundo o qual, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação de danos.

Em relação à editora que publicou a obra, é comum a previsão de sua irresponsabilidade no próprio material publicado. Todavia, tal expressão nos livros, por si só, não tem o condão de afastar o seu dever de reparar. Nesse contexto, vale lembrar o teor da Súmula 221 do Superior Tribunal de Justiça que pode ser aplicada à situação descrita, por analogia: "são civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação". Muitos arestos fazem incidir a súmula para as hipóteses de danos causados a terceiros pela publicação de livros, incluindo a solidariedade da editora (por todos: TJRS, Apelação Cível 622590-29.2011.8.21.7000, 6.ª Câmara Cível, Porto Alegre, Rel. Des. Artur Arnildo Ludwig, j. 27.09.2012, *DJERS* 03.10.2012; e TJRS, Apelação Cível 70031865140, 10.ª Câmara Cível, Porto Alegre, Rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana, j. 28.10.2010, *DJERS* 17.12.2010).

Com tom suplementar, é pertinente a análise da eventual responsabilidade civil da editora na linha da *técnica de ponderação* antes exposta, tendo como ponto fulcral os limites para o exercício do direito de informar. Servem como parâmetros os conceitos de função social, boa-fé e bons costumes que constam do art. 187 do Código Civil, que consagra o abuso de direito como ato ilícito civil.

Exposto e resolvido preliminarmente o problema, a verdade é que no Brasil não há o costume de se elaborarem testamentos, por vários fatores. Como leciona Paulo Lôbo, na tradição de alguns povos, o testamento é a forma de sucessão preferencial, o que não ocorre no Brasil. Aqui, o testamento "teve sempre utilidade secundária e residual, não penetrando nos hábitos da população, como se vê na imensa predominância da sucessão legítima nos inventários abertos" (*Direito...*, 2013, p. 189). O jurista ressalta também que a doutrina nacional sempre se dedicou mais à sucessão legítima do que à testamentária, o que é verdade.

De início, como primeiro fator do *afastamento testamentário*, cite-se a falta de patrimônio para dispor, o que atinge muitos dos brasileiros, ainda na atualidade, mesmo com a melhora do nível econômico no *brasileiro médio*. O que testar, se não há nada de relevante que pode ser objeto do conteúdo testamentário?

Como segundo aspecto, há aquele tão conhecido *medo da morte*, o que faz com que as pessoas fujam dos mecanismos de *planejamento sucessório*. Nas palavras de Giselda Hironaka, "o brasileiro não gosta, em princípio, de falar a

respeito da morte, e sua circunstância é ainda bastante mistificada e resguardada, como se isso servisse para 'afastar maus fluídos e más agruras...'. Assim, por exemplo, não se encontra arraigado em nossos costumes o hábito de adquirir, por antecipação, o lugar destinado ao nosso túmulo ou sepultura, bem como não temos, de modo mais amplamente difundido, o hábito de contratar seguro de vida, assim como, ainda não praticamos, em escala significativa, a doação de órgãos para serem utilizados após a morte. Parece que essas atitudes, no dito popular, 'atraem o azar'" (*Direito...*, 2012, p. 263-264). Sem falar que o brasileiro não é muito afeito a planejamentos, movido socialmente pelo popular *jeitinho* e deixando a resolução de seus problemas para a *última hora*. No caso da morte, cabe ressaltar, *a última hora já passou*.

O terceiro aspecto que pode ser citado é a existência de custos e formalidades para a elaboração do testamento, mormente se realizada a opção pela modalidade pública, perante o Tabelionato de Notas, mais certa e segura. Em tal aspecto, quem sabe, deveriam ser pensados mecanismos de facilitação, como a possibilidade de se fazer um testamento pela via eletrônica, pela internet, com a chancela de um ato público.

Como último fator a ser destacado, muitos não fazem testamentos por pensarem que a ordem de vocação hereditária prevista em lei é justa e correta, premissa que não é mais a verdadeira, conforme demonstrado no capítulo anterior desta obra. Aqui, a falta de esclarecimento sobre o sistema legal brasileiro continua a guiar muitos em um *ato de preguiça* de se elaborar o ato de última vontade.

Nesse contexto, concluo que melhor seria se esse costume de não testar fosse alterado no futuro, passando o brasileiro a pensar mais no planejamento sucessório ou *post mortem*, especialmente porque as confusas e intrincadas regras da sucessão legítima em vigor no País não atendem mais aos anseios da sociedade, não presumindo realmente a vontade do morto. Fica o tema para as devidas reflexões dos estudiosos do Direito das Sucessões.

3.2 DAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO TESTAMENTO

Após o estudo do conceito de testamento e do seu conteúdo, é pertinente expor suas características fundamentais, assim como fazem todos os autores que se dedicam ao tema, de ontem e de hoje.

Para começar, constata-se que o testamento é um negócio jurídico por excelência. Como negócio jurídico entenda-se a manifestação de vontade, com conteúdo lícito, que visa a regulamentar o interesse do envolvido, com uma finalidade específica. Ao lado do contrato, reafirme-se que o instituto

ora em estudo representa importante forma de manifestação da liberdade individual, da autonomia privada. Entretanto, a grande diferença entre as categorias expostas está na natureza jurídica e na produção de efeitos, uma vez que o contrato é um negócio jurídico *inter vivos* e o testamento, um negócio jurídico *mortis causa*.

Trata-se o último de um negócio jurídico especial ou *sui generis*, pois tem características próprias, não encontráveis em qualquer outro ato ou negócio. Em apertada síntese, pode-se dizer que o testamento é um *negócio jurídico único*, especialíssimo, diferenciado pela vontade manifestada e por seu conteúdo.

O testamento constitui um *negócio jurídico unilateral*, pois tem aperfeiçoamento com uma única manifestação de vontade. Dessa forma, basta a vontade do declarante – do testador – para que produza efeitos jurídicos. A aceitação ou renúncia dos bens deixados, manifestada pelo beneficiário do testamento, é irrelevante juridicamente para a essência do ato. Discorre muito bem Pontes de Miranda sobre essa característica do testamento, sendo pertinente transcrever suas palavras:

> "Trata-se de declaração *unilateral* de vontade, não receptícia (não existe qualquer aceitante ou recebedor da declaração de última vontade). Ninguém é comparte, ou destinatário. No testamento público ou no testamento cerrado, o tabelião recebe o que se lhe dita, sem participar do negócio jurídico em si: inscreve, quiçá escreva pelo testador. Mero instrumento, com funções acauteladoras. Tanto assim que poderia o disponente escrever o testamento particular: seria válido. A sombra que se vê, o outro polo da relação jurídica, é a mesma dos outros negócios jurídicos unilaterais, nos direitos reais, nas aquisições não consensuais da propriedade. A voz social, que obriga ao prometido, ou faculta a disposição, ou reconhece o nascer do direito de propriedade. Por isso mesmo, para ser válido o testamento, não é de mister que dele se saiba: opera os seus efeitos, à abertura da sucessão, ainda que os herdeiros e legatários nada saibam. Mas ainda: não é preciso, para sua perfeição, que faleça o testador, menos ainda que nas cláusulas consintam os beneficiados, o que importa é que o testador tenha capacidade para fazê-lo e o faça dentro da lei. Tanto ele independe da morte, ou de qualquer ato de outrem, que se lhe há de aplicar, e só se lhe pode exigir, a lei do tempo em que foi feito. Enlouqueça o testador, mude-se a legislação, nada importa: estava *perfeito* quando se fez" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado...*, 1972, t. LVI, p. 72).

O testamento é *negócio jurídico gratuito* ou *benévolo*, pois não existe vantagem para o autor da herança, ou seja, não há o sacrifício bilateral que identifica os negócios jurídicos onerosos. Desse modo, não há qualquer remuneração ou contraprestação para a aquisição dos bens ou direitos decorrentes de um testamento. Sendo *negócio jurídico benévolo*, aplica-se o art. 114 do CC/2002, com

a notória interpretação restritiva. Portanto, *a contrario sensu*, o testamento não comporta interpretação extensiva.

A título de ilustração, imagine-se que o testamento engloba apenas um apartamento em um condomínio edilício, não havendo menção à vaga de garagem, que tem matrícula autônoma. Pelo último dispositivo citado, a garagem não deve ser incluída na disposição, que não admite interpretação extensiva. De toda sorte, é possível percorrer outro caminho, afirmando que a vaga de garagem, como acessório que é, deve acompanhar a sorte do bem principal, diante do *princípio da gravitação jurídica*. Como alento para a última argumentação, também pode ser utilizada a função social da propriedade, eis que um apartamento sem vaga de garagem perde a sua *funcionalidade* de forma considerável nos dias atuais, principalmente nos grandes centros urbanos. O problema exposto, que parece simples, portanto, pode levantar certa polêmica.

Seguindo no estudo de suas características, trata-se de um negócio *mortis causa*, uma vez que somente produz efeitos após a morte do testador. Antes da morte, o testamento é ato ineficaz, o que não prejudica a sua validade, como regra.

Constitui um *negócio formal*, pois a norma jurídica contém todas as formalidades necessárias à sua validade, particularmente quanto à modalidade assumida no caso concreto. Talvez o testamento, ao lado do casamento, seja o negócio jurídico que apresenta o maior número de formalidades, daqueles previstos na atual codificação privada. Faltando as formalidades ou havendo falhas, a sanção será a nulidade absoluta do testamento, nos termos do art. 166, incisos IV e V, do Código Civil.

O testamento é ato *revogável*, na expressão do art. 1.858 do CC/2002, pois o testador pode revogá-lo ou modificá-lo a qualquer momento. Há, assim, o que Pontes de Miranda conceitua como *revogabilidade essencial* (*Tratado...*, 1972, t. LVI, p. 72). Qualquer cláusula estabelecendo a irrevogabilidade será considerada nula, por fraude à lei imperativa (art. 166, inciso VI, do CC) e não produzirá os desejados efeitos jurídicos. Em contrapartida, é importante repisar a regra prevista no art. 1.610 da codificação privada, segundo a qual o reconhecimento de filhos é sempre irrevogável, mesmo quando constante de testamento, que é, na essência, revogável.

Por fim, pelo mesmo art. 1.858 da Lei Privada, o testamento é *ato personalíssimo por excelência* (*intuitu personae*), porque ninguém poderá testar conjuntamente em um mesmo instrumento ou por procuração. Se mais de uma pessoa testar em um mesmo instrumento, o testamento será nulo, pela proibição expressa do *testamento conjuntivo*, prevista no art. 1.863 do CC/2002, dispositivo que ainda será devidamente aprofundado no próximo tópico do capítulo.

3.3 REGRAS FUNDAMENTAIS A RESPEITO DO TESTAMENTO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A CAPACIDADE DE TESTAR. O PRAZO PARA INVALIDAR O TESTAMENTO. HIPÓTESES DE INVALIDADE TESTAMENTÁRIA

Superadas as características principais do testamento, é interessante expor as regras fundamentais a respeito da categoria, bem como estudar os preceitos relativos à capacidade de testar.

Para começar, enuncia o art. 1.857 do Código Civil brasileiro de 2002 que "toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte". Desse modo, o testamento exige a capacidade geral prevista para os atos e negócios jurídicos, retirada a Parte Geral do CC/2002, especialmente dos seus arts. 3.º e 4.º, que elencam os absoluta e relativamente incapazes, respectivamente.

Em complemento, desrespeitadas as regras correspondentes, aplica-se a *teoria das nulidades* constante do livro inaugural da codificação privada, com as devidas ressalvas de regras especiais a seguir expostas. No que tange ao tratamento constante da Parte Geral, vale lembrar que o negócio celebrado por absolutamente incapaz, sem a devida representação, é nulo, hipótese de nulidade absoluta (art. 166, inciso I, do CC). Por seu turno, o negócio jurídico do relativamente incapaz sem assistência é anulável, caso de nulidade relativa ou anulabilidade (art. 171, inciso I, do CC).

Partindo para os requisitos específicos de *capacidade testamentária ativa*, enuncia o art. 1.860, *caput*, do Código Privado que, além dos incapazes, tratados pelos arts. 3.º e 4.º do CC/2002, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento para tanto. Como se percebe, a incapacidade deve ser analisada especificamente, para o ato em si. O seu parágrafo único já traz a ressalva importante de que podem testar os menores púberes, com idade entre dezesseis e dezoito anos, tratados na Parte Geral como relativamente incapazes (art. 4.º, inciso I, do CC). Eis uma regra especial a respeito do testamento, o que demonstra tratar-se realmente de um negócio jurídico especial, *sui generis*, com características próprias.

Fazendo a devida confrontação, o atual preceito é mais genérico (art. 1.860 do CC/2002), pois o seu correspondente no Código Civil de 1916 procurava elencar os sujeitos que não poderiam testar. Conforme o art. 1.627 da lei geral revogada, seriam incapazes para 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". Na redação anterior, havia previsão expressa apenas quanto aos absolutamente incapazes e em relação a pessoas que pudessem não ter o discernimento espe-

cífico para testar. No sistema atual, fala-se em *incapazes* em sentido amplo e em pessoas que não tenham o discernimento específico.

Em complemento, não se olvide que o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), em vigor no Brasil a partir de janeiro de 2016, trouxe profundas modificações no sistema de incapacidades, alterando substancialmente os arts. 3.º e 4.º do Código Civil. O objetivo foi a inclusão civil das pessoas com deficiência, na linha da Convenção de Nova York, convenção de direitos humanos da qual o País é signatário, que tem força de Emenda à Constituição (art. 5.º, § 3.º, da CF/1988 e Decreto 6.949/2009).

Com as modificações, passaram a ser absolutamente incapazes apenas os menores de 16 anos, não havendo mais menção no art. 3.º do CC/2002 aos enfermos e deficientes mentais e às pessoas que por causa transitória e definitiva não puderem exprimir vontade.

Como relativamente incapazes, estão previstos atualmente: *a)* os maiores de 16 anos e menores de 18 anos; *b)* os ébrios habituais (alcoólatras) e viciados em tóxicos; *c)* as pessoas que por causa transitória ou definitiva não puderam exprimir vontade (antiga previsão do art. 3.º, III); e *d)* os pródigos. Nota-se, na linha da citada inclusão, que o inciso II do art. 4.º não menciona mais as pessoas com discernimento mental reduzido; enquanto o seu inciso III não expressa mais os excepcionais sem desenvolvimento completo, tendo o último preceito aplicação anterior à pessoa com síndrome de Down.

Reafirme-se que o objetivo do citado Estatuto foi a inclusão plena das pessoas com deficiência para os atos existenciais, especialmente aqueles relativos à constituição de família, como se casar, constituir união estável e reconhecer um filho (art. 6.º da Lei 13.146/2015). Substituiu-se a dignidade no sentido de proteção da vulnerabilidade pela *dignidade-liberdade*.

Esse é o sentido do art. 84 do Estatuto, ao preceituar que a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. Eventualmente, pelo mesmo comando, quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei. Além disso, é facultada à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada, nova categoria que foi incluída na codificação material (novo art. 1.783-A do CC). O mesmo comando prescreve que a definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível. Por fim, está previsto que os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

O art. 85 da Lei 13.146/2015 estabelece que a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, caso do testamento. Nos termos do seu § 1.º, a definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. Ademais, a curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado (§ 2.º do art. 85). O parágrafo seguinte, e último do diploma, dita que, no caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

Vejamos quais os impactos iniciais do Estatuto da Pessoa com Deficiência para o ato testamentário, salvo um melhor juízo posterior, pois o tema é controverso e ainda está sendo debatido pela doutrina, sem que exista ainda jurisprudência sobre o assunto.

No âmbito doutrinário, tratando da situação dos incapazes para o testamento no sistema antes em vigor, Maria Helena Diniz citava como impedidos para testar os menores de dezesseis anos e os desprovidos de discernimento, por estarem impedidos de emitir vontade livre, caso das pessoas com arteriosclerose, com mal de Alzheimer, com sonambulismo, com embriaguez completa e os surdos-mudos que não pudessem exprimir vontade, por não terem recebido a educação apropriada (*Código...*, 2010, p. 1.315). E arrematava, lecionando que "Idade avançada, falência, analfabetismo (CC, art. 1.865), surdez (CC, art. 1.866), cegueira (CC, art. 1.867) e enfermidade grave não inibem o indivíduo de testar (*RT* 736:236; *JTJ* 194:169), pois já se decidiu que a 'incapacidade mental do testador não pode ser deduzida de sua saúde física' (*RT* 563:75)" (DINIZ, Maria Helena. *Código...*, 2010, p. 1.315).

Também conforme as regras anteriores, Zeno Veloso apontava a existência de problemas técnicos no diploma vigente – art. 1.860 do CC/2002 –, ao fazer alusão aos *incapazes*, incluindo os elencados nos arts. 3.º e 4.º da codificação material sem qualquer ressalva. Como primeiro aspecto da crítica, sempre alertou o professor que, "mencionando-se os incapazes, sem distinguir, estão abrangidos os absolutamente incapazes (art. 3.º) e os relativamente incapazes (art. 4.º). Trata-se de um equívoco que precisa ser corrigido, sabendo-se que o testamento outorgado por incapaz é nulo de pleno direito". Além disso, segundo ele, não haveria "razão para afirmar que os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por deficiência mental, tenham discernimento reduzido sejam proibidos de testar, se, apesar de reduzido, tenham entendimento ou compreensão suficiente para saber o que estão fazendo no momento em que outorgam a disposição de última vontade. É uma questão de fato, a ser apurada em cada caso concreto. O

mesmo se pode dizer dos excepcionais, sem desenvolvimento mental completo" (VELOSO, Zeno. *Código...*, 2012, p. 2.094).

Seguindo proposta do doutrinador citado, o Projeto de Lei 699/2011 – de autoria original do Deputado Ricardo Fiúza – propõe uma nova redação para o art. 1.860 do CC/2002, a saber: "além dos absolutamente incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem o necessário discernimento". As sábias justificativas da proposta, que sempre contavam com meu apoio doutrinário, representam uma volta segura parcial ao sistema revogado, de 1916.

Em suma, pela proposição deve ser reconhecida a incapacidade testamentária ativa daqueles que estão expressos no art. 3.º da codificação material, atualmente apenas os menores de 16 anos; além das pessoas que não apresentaram um discernimento específico para a manifestação de última vontade.

Ora, essa última solução está plenamente de acordo com o *espírito* do Estatuto com Pessoa com Deficiência. Assim, quanto aos maiores, a regra é a capacidade testamentária, o que inclui as pessoas com deficiência. Eventualmente, caso essas pessoas sejam tidas como relativamente incapazes, pois faltam-lhes condições para exprimir vontade específica no ato de última vontade, o negócio testamentário deve ser considerado anulável, pela conjugação do novo art. 4.º, inc. III, com os arts. 171, inc. I, e 1.860 da codificação material. Mesmo com a redação atual do último preceito, esse parece ser o melhor caminho a ser percorrido, como opinião doutrinária a ser aplicada pela jurisprudência a partir de agora.

A propósito da falta de discernimento específico para o ato testamentário, vale citar recente julgado do Superior Tribunal de Justiça que confirmou decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais no sentido de reconhecer como nulo o testamento feito por uma senhora para a Santa Casa de Misericórdia de Belo Horizonte. Como constou do acórdão, superior: "i) 'ficou claro que a testadora apresentava episódios de grande confusão mental e esquecimentos, além de memória remota' (e-STJ 2491); ii) 'a demência senil da testadora comprometia seriamente sua lucidez, inclusive antes e após a data do ato de disposição de última vontade, sendo forçoso concluir que não estava gozando da plena capacidade para os atos da vida civil, quando da lavratura do ato impugnado' (e-STJ fl. 2495); iii) 'a prova dos autos demonstra que o testamento possui vício insanável, uma vez que não há quaisquer dúvidas sobre o precário estado de lucidez da Sra. B. P. O. A. desde 1995, que abrangeu o momento da lavratura dos atos' (e-STJ fl. 2501)". E mais:

> "O TJ/MG, ao confirmar a sentença, registrou que a testadora, após a morte do marido, já não reconhecia os próprios membros da família, confundia o filho como se seu namorado fosse e achava que sua nora era uma amante do marido falecido. Já não mais reconhecia amigos e vizinhos de longa data, frequentava salão de beleza com joias caras, utilizava 'estolas e blusas de pelo em dia de temperaturas altas' e em dado episódio quis temperar comida com água sanitária, por supostamente ser de costume". Como também constou desse importante *decisum*, a capacidade para testar deve ser tida 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 redigido o testamento" (STJ, REsp 1.694,965/MG, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05.12.2017, *DJe* 07.12.2017).

Continuando no problema relativo aos incapazes, sigo a firme opinião de que o pródigo pode testar, uma vez que a sua interdição somente atinge os atos de alienação direta de bens, praticados em vida. Oportuno pontuar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência não alterou a situação do pródigo, que continua elencado como relativamente incapaz no art. 4.º, inc. IV, do Código Civil. O sempre citado Zeno Veloso chega à mesma conclusão, demonstrando a existência de intensos debates a respeito da questão no passado. Anota que, no sistema das Ordenações do Reino, o pródigo estava inibido de testar e que o Código Civil de 1916 não manteve tal regra, condenada por Carlos Maximiliano, Clóvis Beviláqua, Teixeira de Freitas e Pontes de Miranda (*Código...*, 2012, p. 2.094).

Cabe expor, em complemento, as palavras de Carlos Roberto Gonçalves sobre o pródigo, no sentido de que "a simples manifestação da sua última vontade não lhe poderá acarretar nenhum prejuízo, pois não estará dilapidando o seu patrimônio, uma vez que as disposições testamentárias hão de vigorar somente depois de sua morte" (*Direito...*, 2010, v. 7, p. 240). E, em nota de rodapé, o último doutrinador cita as opiniões confluentes de Washington de Barros Monteiro, Silvio Rodrigues e Arnaldo Rizzardo, além dos juristas antes mencionados por Zeno Veloso.

Vale lembrar que o pródigo é aquele que gasta de maneira destemperada o seu patrimônio, o que pode levá-lo à situação de total penúria. Estabelece o art. 1.782 do Código Civil que "a interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração". Como se percebe, não há qualquer menção ao testamento no diploma transcrito, não sendo o caso de impor a restrição testamentária, posição majoritária na civilística nacional. De toda sorte, a solução não é pacífica, como se retira do seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que deduz pela invalidade do testamento do pródigo:

> "Ação anulatória. Testador pródigo. Interdição provisória decretada. Testamento. Nulidade caracterizada. Voto vencido. Não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não disporem do pleno discernimento. Tendo sido decretada a interdição

provisória do testador, não há como prevalecer o testamento por ele produzido, mormente à revelia do curador, nos termos da Lei Civil. Voto vencido: Sujeita-se à interdição a pessoa que comprovadamente demonstre não possuir aptidão para gerir atos de sua vida civil. Ausentes provas suficientes acerca da suposta prodigalidade do testador, de rigor a manutenção da revogação da interdição provisória, mormente em face da inexistência de perícia e do fato de a cassação da providência acautelatória ter se dado após interrogatório com o interditando, procedimento previsto no artigo 1.181 do CPC. A sentença que declara a interdição gera efeitos a partir de sua publicação, sendo os atos anteriormente praticados sujeitos à anulação desde que cabalmente demonstrada a incapacidade à época de sua realização. Havendo alegação de excesso nas disposições testamentárias, e diante da impossibilidade de se aferir se o adiantamento da legítima praticado anteriormente se refere ao quinhão reservado aos herdeiros necessários, haverá apuração em liquidação de sentença, consoante previsão ao artigo 475-C, do estatuto processualista. Caso comprovada, impõe-se a aplicação da redução das determinações, nos termos do artigo 1.967, do Código Civil de 2002" (TJMG, Apelação Cível 1.0137.06.000436-3/0011, 11.ª Câmara Cível, Carlos Chagas, Rel. Des. Fernando Caldeira Brant, j. 16.04.2008, *DJEMG* 17.05.2008).

Ressalte-se que a incapacidade superveniente do testador, manifestada após a sua elaboração, não invalida o testamento (art. 1.861 do CC/2002). Isso porque, quanto ao plano da validade, deve ser analisada a realidade existente quando da constituição ou celebração do negócio. Além disso, pelo mesmo comando, o testamento do incapaz não se valida com a superveniência da capacidade. Nesse *último* caso, será necessário fazer outro testamento para que a disposição de *última* vontade tenha concreção de eficácia.

A título de exemplo, imagine-se que alguém elabora um testamento no ano de 2005, quando era hígida a sua vontade, sendo a pessoa plenamente capaz. Um ano depois a pessoa começa a apresentar um problema, não podendo mais exprimir sua vontade, enquadrando-se no novo art. 4.º, inc. III, do CC/2002. Segue um processo de interdição – ou de nomeação de um curador –, com laudo médico indicativo do problema e sentença transitada em julgado no ano de 2013. Ora, no caso descrito, o testamento é plenamente válido, pois, em 2005, a vontade do testador era plena, sem qualquer problema que a acometesse.

Além de tudo isso, é pertinente relembrar que a lei estabelece algumas pessoas *legitimadas* a suceder pela via testamentária, expressamente. Conforme o art. 1.798, legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, sendo a sucessão legítima ou por ato de última vontade. Em complemento, nos termos do art. 1.799 da codificação privada, na sucessão testamentária podem ser ainda chamados a suceder: *a)* os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas

estas ao abrir-se a sucessão; *b)* as pessoas jurídicas; e *c)* as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

Por outra via, o art. 1.801 da mesma norma material elenca aqueles que não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: *a)* a pessoa que, a rogo (a pedido), escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos; *b)* as testemunhas do testamento; *c)* o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos; e *d)* o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento. Esses comandos estão todos abordados no Capítulo 1 desta obra, cabendo repisá-los apenas para que se tenha a devida atenção em relação a tais regras, importantes para a capacidade testamentária.

Vistas as regras fundamentais a respeito da capacidade testamentária ativa, partindo para o conteúdo patrimonial do testamento, estabelece o § 1.º do art. 1.857 do Código de 2002 que os bens da legítima (*bens legitimários*) não podem ser objeto de testamento. Trata-se de mais um preceito que protege a quota dos herdeiros necessários, quais sejam os descendentes, os ascendentes e o cônjuge (art. 1.845 do CC), pelas razões expostas no Capítulo 1 desta obra. Caso ocorra o desrespeito a essa regra, o testamento está sujeito à *redução* da disposição testamentária, conforme os arts. 1.966 a 1.968 da própria codificação privada.

Não obstante, reafirme-se que o conteúdo do testamento pode ser extrapatrimonial. Na dicção do § 2.º do art. 1.857 do CC, "são válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado". Vale frisar que o testamento pode ter o conteúdo *apenas existencial*, sem qualquer consequência para o patrimônio. Cite-se o ato de última vontade que reconhece um filho, sem que testador tenha deixado a ele qualquer bem, pelo exercício da autonomia privada ou em decorrência da sucessão legítima.

Seguindo na abordagem das regras fundamentais do testamento, cabe o estudo do polêmico art. 1.859 do Código Civil pelo qual "extingue-se em cinco anos o direito de impugnar a validade do testamento, contado o prazo da data do seu registro". Não há dúvidas de que a norma se aplica aos casos de nulidade relativa ou anulabilidade do testamento, sendo regra especial que prevalece sobre os preceitos gerais de prazos para anulação do negócio jurídico, constantes da Parte Geral do CC/2002, quais sejam os seus arts. 178 e 179.

Como é cediço, em termos gerais para qualquer negócio jurídico, o art. 178 do CC/2002 consagra o prazo decadencial de quatro anos, para os casos de incapacidade relativa, erro, dolo, coação moral, estado de perigo, lesão e fraude contra credores. Os prazos são contados da *realização* do negócio jurídico, como

regra, com exceção da incapacidade relativa e do vício da coação moral, em que o prazo é contado da sua cessação. Por outra via, o art. 179 do Código Privado consagra prazo decadencial de dois anos quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo, contado da *conclusão* do ato. Existe polêmica a respeito do sentido das palavras *realização e conclusão*, conforme está exposto no Volume 1 desta série bibliográfica. No presente momento, não cabe relembrar tais controvérsias.

Pois bem, em casos específicos de testamento anulável o prazo decadencial é de cinco anos, devendo ser contado especificamente do seu registro, o que afasta aquela polêmica percebida na teoria geral das nulidades do negócio jurídico a respeito do seu termo *a quo*. A ilustrar, tratando da possibilidade de se anular o testamento pelos defeitos da vontade, vejamos dois julgados estaduais:

> "Ação anulatória de testamento público. Pedido em preliminar de anulação do testamento por ser uma das testemunhas irmã da beneficiária. Proibição disposta no art. 1.650 do CC de 1916. Falta de formalidade que gera nulidade do testamento (art. 1.634 do CC/1916). Testadora idosa que na promessa de ser amparada pela requerida a beneficiou exclusivamente em seu testamento. Testadora que somente, após arrombamento da residência pela polícia militar, pôde ser socorrida do estado de abandono pela ré, vindo a falecer poucos meses após a lavratura do testamento. Caracterização de erro substancial de vontade, nos termos dos arts. 86 e 87 do Código Civil/1916. Sentença reformada. Recurso provido" (TJSP, Apelação Cível 9147434-93.2007.8.26.0000, Acórdão 5767266, 2.ª Câmara de Direito Privado, Santos, Rel. Des. Neves Amorim, j. 20.03.2012, *DJESP* 21.06.2012).

> "Ação anulatória de testamento. Negócio jurídico *causa mortis*. Vício de consentimento. Presença. Incompatibilidade de dois atos de última vontade realizados em curto espaço de tempo. Ausência de motivos para exclusão de um dos herdeiros. Declaração de testemunha herdeira de que o testamento foi forjado, em prejuízo próprio. Procedência da ação. Manutenção da sentença. Os negócios jurídicos *causa mortis* podem ser anulados, em virtude de vícios no consentimento da manifestação, sendo eles: Erro, dolo, coação, simulação e fraude. A incompatibilidade entre dois atos de última vontade, em pouco espaço de tempo, e excluindo herdeiro sem motivo aparente, pode levar à anulação das disposições de última vontade. A declaração em audiência que relata que o testamento foi forjado, feita pela testemunha herdeira, em prejuízo próprio, e em conformidade com as demais provas, é passível de anulação. Comprovado que beneficiários do testamento viciaram a declaração de última vontade da *de cujus*, com intuito de serem agraciados com o patrimônio deixado, em conluio com as testemunhas, também beneficiadas indiretamente, em detrimento do irmão da falecida, a ação anulatória deve ser julgada procedente" (TJMG, Apelação Cível 0000022-15.2003.8.13.0358, 6.ª Câmara Cível, Jequitinhonha, Rel. Des. Sandra Fonseca, j. 23.08.2011, *DJEMG* 02.09.2011).

De qualquer modo, cabe esclarecer que, havendo os vícios do erro, do dolo e da coação moral, o próprio Código Civil estabelece um prazo decadencial de quatro anos, a contar de quando o interessado tiver conhecimento do vício (art. 1.909, parágrafo único, do CC). Sendo assim, o art. 1.859 da codificação material somente incide para os demais casos de anulabilidade, quais sejam a incapacidade relativa específica e pela presença dos vícios da lesão, do estado de perigo e da fraude contra credores. O tema ainda será aprofundado no presente capítulo, quando do estudo das disposições testamentárias.

Resta saber se tal prazo decadencial de cinco anos também se aplica à nulidade absoluta ou à nulidade, nos casos especificados nos arts. 166 e 167 do Código Civil. Vale lembrar que o primeiro comando elenca como casos de nulidade absoluta: *a)* negócio celebrado por absolutamente incapaz, sem a devida representação (art. 166, inciso I); *b)* objeto ilícito, impossível ou indeterminável (art. 166, inciso II); *c)* quando o motivo comum, a ambas as partes, for ilícito (art. 166, inciso III); *d)* quando houver desrespeito à forma ou à solenidade (art. 166, incisos IV e V); *e)* quando estiver presente, no negócio, a finalidade de fraude à lei imperativa (art. 166, inciso VI); e *f)* quando a lei dispuser expressamente que o negócio é nulo – *nulidade textual* –, ou proibir-lhe a prática do ato sem cominar sanção – *nulidade virtual* (art. 166, inciso VII), sendo certo que uma dessas situações está tratada no art. 1.863 do CC/2002, estudado a seguir.

Além dessas hipóteses, o art. 167 do Código Civil envolve a nulidade absoluta do negócio sempre que houver uma simulação, uma discrepância entre a aparência e a essência. Entendo que todas essas regras são perfeitamente aplicáveis para a nulidade absoluta testamentária, eis que o testamento é um negócio jurídico por excelência.

A doutrina majoritária responde positivamente quanto à subsunção do prazo decadencial de cinco anos também para os casos de nulidade absoluta do casamento. Segundo Sílvio de Salvo Venosa, se o legislador não distinguiu a nulidade absoluta da relativa, não cabe ao intérprete fazê-lo (*Código...*, 2010, p. 1687-1688). Na mesma esteira, segundo Zeno Veloso, como a lei não distingue, não cabe ao intérprete diferenciar, subsumindo-se o prazo de caducidade tanto ao caso de nulidade quanto ao de anulabilidade, eis que a invalidade é gênero, que comporta as duas espécies (*Código...*, 2008, p. 2.046). Igualmente, para Eduardo de Oliveira Leite, há uma quebra à regra geral constante do art. 169 da própria codificação, segundo a qual a nulidade não convalesce com o decurso do tempo (*Comentários...*, 2003, v. XXI, p. 318).

Com opinião compartilhada, aduz Paulo Lôbo que "esse prazo não é de prescrição, e sim de caducidade, aplicando-se tanto para a nulidade quanto para a anulabilidade" (*Direito...*, 2013, p. 200-201). Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, "em nossa linha de pensamento, entendemos ser tal prazo

aplicável tanto para as nulidades absolutas quanto para as relativas, por se tratar de regra específica da disciplina testamentária, o que tem encontrado respaldo na doutrina majoritária" (FILHO PAMPLONA, Rodolfo. *Novo Curso...*, 2014, v. 7, p. 390). Por fim, pondera Carlos Roberto Gonçalves que, "em matéria de testamento, porém, o art. 1.859 supracitado inova, introduzindo em nosso sistema um regime especial para nulidade do negócio jurídico testamentário, fixando um prazo de caducidade para que a ação própria seja intentada e derrogando, *ipso facto*, a regra geral estabelecida no art. 169" (*Direito...*, 2010, v. 7, p. 245).

Entretanto, com o devido respeito a todos os juristas referidos, entendo que, nos casos de nulidade absoluta, deve ser aplicado o art. 169 do Código Civil, segundo o qual a nulidade não convalesce pelo decurso do tempo. Isso porque tal grau de invalidade envolve a ordem pública, não estando a ação declaratória de nulidade de testamento sujeita a qualquer prazo, seja ele prescricional ou decadencial.

Em complemento, pelo fato de o testamento afastar, como premissa-regra, a sucessão legítima, deve-se ampliar a possibilidade de ingresso da ação de invalidade a qualquer tempo, eis que o direito à herança é um direito fundamental consagrado na Constituição da República (art. 5.º, inciso XXX).

Essa nossa posição era praticamente isolada na doutrina nacional. Todavia, em obra lançada em 2015, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald a ela aderiram. Segundo os juristas, com argumentos relevantes, "por conta do elevado grau de comprometimento, o testamento nulo, como sói ocorrer com qualquer outra figura jurídica inválida absolutamente, não se submete a prazo decadencial, podendo sofrer ataque a qualquer tempo. Com isso, o prazo referido no multicitado dispositivo estaria a aludir, tão só, às hipóteses de anulabilidade" (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso...*, 2015, v. 7, p. 358). Ademais, de qualquer modo, pode ser encontrado aresto do Tribunal Paranaense adotando esse caminho:

> "Apelação cível. Ação de nulidade de ato jurídico. Testamento forjado. Falsidade da assinatura do testador e do tabelião. Nulidade inextinguível pela prescrição (CC/1916, art. 1.632). Provas suficientes. Fatos impeditivos e modificativos não demonstrados (CPC, art. 333, II). Apelo não acolhido. É absolutamente nulo e por isso imprescritível o testamento público no qual o testador não participou do ato, nem tampouco o tabelião que o teria lavrado. Sendo forjado, segundo a prova dos autos, não produz qualquer efeito (CC/1916, art. 1.632), pois a nulidade decorre de ofensa à predeterminação legal e configura sanção que, na ordem prática, priva o ato irregular de sua eficácia" (TJPR, Apelação Cível 0385159-8, 12.ª Câmara Cível, São José dos Pinhais, Rel. Des. Ivan Bortoleto, *DJPR* 26.09.2008, p. 169).

Por derradeiro, cabe mais uma vez demonstrar que o antigo Projeto Ricardo Fiúza tende a alterar o art. 1.859 do Código Civil. Nos termos do atual PL 699/2011, o dispositivo teria a seguinte expressão: "extingue-se em cinco anos o direito de requerer a declaração de nulidade do testamento ou de disposição testamentária, e em quatro anos o de pleitear a anulação do testamento ou de disposição testamentária, contado o prazo da data do registro do testamento".

O objetivo é trazer dois prazos decadenciais distintos, um para a nulidade absoluta e outro para a relativa, até com o fim de afastar a dúvida por último levantada. Vejamos suas longas justificativas, mais uma vez baseadas na doutrina de Zeno Veloso:

> "Como a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir: o prazo de caducidade se aplica tanto ao caso de nulidade como de anulabilidade. A invalidade é o gênero, que comporta as duas espécies (arts. 166 e 171), e não deve ser confundida com a revogação (arts. 1.969 a 1.972), a caducidade (art. 1.971) e o rompimento do testamento (arts. 1.973 a 1.975). No art. 1.909, o Código afirma que são anuláveis as disposições testamentárias inquinadas de erro, dolo ou coação, e o parágrafo único desse artigo prevê: 'Extingue-se em quatro anos o direito de anular a disposição, contados de quando o interessado tiver conhecimento do vício'. Como se vê, o prazo para que a ação seja interposta, no caso de anulabilidade da disposição testamentária é elástico, não tem termo inicial rígido, certo, e, embora possa servir melhor ao interesse puramente individual, não convém à sociedade, pois introduz um fator de insegurança jurídica. O testamento é negócio jurídico *mortis causa*, que tem eficácia quando o seu autor já não mais está presente. Manter a possibilidade de questionar e atacar uma disposição, por vício de vontade que teria sofrido o testador, e isto por um tempo variável, indeterminado, tornando instável e vacilante o processo de transmissão hereditária, com certeza, não é de melhor política legislativa. Pode ocorrer, inclusive, em muitos casos, que o prazo para anular a mera disposição testamentária – portanto, para anular parcialmente o testamento – seja maior, e muito maior do que o prazo para arguir a anulação ou para declarar a nulidade do testamento inteiro. A nulidade pode ser total ou parcial, fulminar todo o testamento, ou parte dele, ocorrendo o mesmo com a anulabilidade (art. 184). Pode ser nula, ou anulável, apenas uma cláusula, somente uma disposição do testamento. Como está posto, a anulação da disposição testamentária, cuja ação é cabível a partir do momento em que o interessado tiver conhecimento do vício, pode ocorrer num prazo variável, algumas vezes extremamente longo, ocorrendo, eventualmente, muito depois da própria execução da disposição testamentária. Isto gera instabilidade, e não é bom. Um testamento nulo, por exemplo, não pode mais ter a validade impugnada depois de cinco anos do seu registro. Mas uma disposição que ele contém, sob o argumento de que o testador errou, deliberou mediante dolo, ou foi vítima de coação, pode ser anulada muito depois daquele prazo, pois a decadência do direito de atacar a disposição começa a ser contada de 'quando o interessado tiver conhecimento do vício'. É necessário promover uma alteração nos arts. 1.859 e 1.909, parágrafo único, para evitar a contradição e os conflitos que eles podem gerar. O prazo para pleitear a anulação deve corresponder ao que está previsto no art. 178".

Novamente com o devido respeito, não se adere a esta proposição especificamente, pois em caso de nulidade absoluta é forçoso concluir pela não sujeição da demanda a qualquer lapso temporal extintivo, como antes foi desenvolvido, pela notória existência de matéria de ordem pública, a fundamentar a mais grave das invalidades.

3.4 DAS MODALIDADES OU FORMAS DE TESTAMENTO

3.4.1 Primeiras palavras

Como é realidade desde o Direito Romano, o testamento admite formas ordinárias e especiais, conforme o tratamento da atual codificação privada, a exemplo de sua normatização geral antecessora.

De acordo com o art. 1.862 da Lei Privada vigente, são *testamentos ordinários* ou *comuns*: *a)* o testamento público; *b)* o testamento cerrado; e *c)* o testamento particular. Anote-se que tais categorias são exatamente as mesmas que eram tratadas pela codificação de 1916.

Em complemento, estabelece o art. 1.886 do CC/2002 as únicas formas admitidas de *testamento especial*, a saber: *a)* o marítimo; *b)* o aeronáutico; e *c)* o militar. Essas modalidades são também denominadas *testamentos extraordinários, excepcionais* ou *emergenciais*, sendo novidade no atual Código Civil apenas o testamento aeronáutico.

Tal relação encerra rol taxativo (*numerus clausus*) e não exemplificativo (*numerus apertus*). Nesse sentido, é cristalino o art. 1.887 da codificação privada, segundo a qual "Não se admitem outros testamentos especiais além dos contemplados neste Código". Na verdade, essas formas especiais quase ou nenhuma aplicação prática têm, até porque encerram tipos bem específicos, de difícil concreção no mundo real contemporâneo. Se no Brasil já não são comuns os testamentos ordinários ou comuns, imagine-se a pouca incidência das formas emergenciais.

Em todas as hipóteses, a lei proíbe o *testamento comum ou conjuntivo*, seja ele *simultâneo, recíproco* ou *correspectivo*. Isso sob pena de *nulidade absoluta virtual*, pois a norma proíbe a prática do ato sem cominar sanção (arts. 1.863 e 166, VII, segunda parte, do CC/2002). Como é notório, o primeiro comando especial expressa que *é proibido* o testamento conjuntivo nas modalidades expostas.

Apesar de o diploma estar incluído na seção que diz respeito às formas ordinárias de testamento, deve-se entender que a proibição alcança também as formas especiais, pois em todos os casos estar-se-á atingindo a essência do ato testamentário. Em reforço, como se verá, as modalidades especiais podem assumir as formas assemelhadas ao testamento público, particular ou cerrado, o que confirma a premissa de vedação geral para todas as categorias.

Como bem expõe a doutrina, o *testamento comum, conjuntivo, uno contextu* ou de *mão comum* constitui gênero, sendo o celebrado por duas ou mais pessoas, que fazem um único testamento, existindo a proibição diante de seu caráter personalíssimo e unilateral.

Além disso, pela vedação argumenta-se que as modalidades ora em estudo constituem pactos sucessórios – o que é vedado pelo atual art. 426 do Código Civil –, e entram em conflito com a *revogabilidade essencial* do ato testamentário (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código...*, 1977, v. VI, p. 827; VELOSO, Zeno. *Código...*, 2012, p. 2.096-2.097; DINIZ, Maria Helena. *Código...*, 2010, p. 1.316-1.317; VENOSA, Silvio de Salvo. *Código...*, 2010, p. 1.694). Na linha dos ensinamentos dos professores citados, como espécies do testamento conjuntivo, temos as seguintes definições categóricas:

a) Testamento simultâneo – dois testadores, no mesmo negócio, beneficiam terceira pessoa.
b) Testamento recíproco – realizado por duas pessoas que se beneficiam reciprocamente, no mesmo ato.
c) Testamento correspectivo – os testadores fazem em um mesmo instrumento disposições de retribuição um ao outro, na mesma proporção.

Da prática jurisprudencial podem ser encontrados acórdãos que aplicam muito bem as citadas proibições, cabendo trazer à colação os seguintes, para ilustrar:

"Apelações cíveis e recurso adesivo. Ação de nulidade de testamento particular. Manifestação de vontade. Dispensa da colação das ações nominativas anteriormente doadas. Testamento conjuntivo. Vedação legal. Exegese do art. 1.863 do Código Civil. Nulidade reconhecida. Sentença reformada. Recurso da autora provido e prejudicados os demais. O testamento é negócio jurídico solene. Só pode ser escrito e seguir espécies e formalidades previstas em Lei. E personalíssimo, a ser utilizado por alguém que queira dispor de seu patrimônio para depois da morte. Só é válida a dispensa da colação quando efetivada pelo doador no título constitutivo da liberalidade ou por meio de testamento. É nulo o testamento elaborado por mais de uma pessoa, porquanto a legislação em vigor proíbe expressamente o testamento conjuntivo" (TJSC, Apelação Cível 2008.060086-6, 3.ª Câmara Cível, Mafra, Rel. Desig. Des. Fernando Carioni, j. 28.02.2011, *DJSC* 15.03.2011, p. 308).

"Inventário. Testamento particular firmado com afronta à norma do art. 1.863 do Código Civil (testamento conjuntivo). Pretensão no sentido de que a partilha de bens seja realizada nos termos do referido instrumento particular considerado não

como testamento, e sim 'declaração de última vontade'. Inadmissibilidade Nulidade absoluta e incontornável do ato. Sucessão que, na ausência de testamento válido, deve ser regida pelas normas dos artigos 1.829 e seguintes do Código Civil, que tratam da sucessão legítima. Recurso desprovido" (TJSP, Agravo de Instrumento 565.649.4/7, Acórdão 2725131, 2.ª Câmara Cível, São Paulo, Rel. Des. Morato de Andrade, j. 29.07.2008, *DJESP* 22.08.2008).

Por outra via, também para facilitar o trabalho de compreensão das proibições, *decisum* do Superior Tribunal de Justiça afastou a configuração de um testamento conjuntivo em situação em que o *de cujus* deixou cotas de sua empresa para sua ex-sócia e concubina, tendo esta efetuado outro ato testamentário, mas no mesmo momento e por mesmo tabelião. Julgou-se pela presença de dois negócios jurídicos *mortis causa* distintos, em que cada um dos envolvidos compareceu individualmente para expressar o seu *desejo sucessório*, o que manteve o caráter unilateral e personalíssimo dos atos respectivos (STJ, REsp 88.388/SP, 4.ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 05.10.2000, *DJ* 27.11.2000, p. 164). Essa a conclusão que deve imperar na interpretação do art. 1.863 do Código Civil, prestigiando-se sempre a vontade dos testadores dos atos que não se confundem, pois não fundidos.

Na mesma esteira, pode ser encontrada ementa ainda mais remota do Supremo Tribunal Federal, com conteúdo bem interessante. Foram celebrados dois atos distintos, porém constituídos pelo mesmo tabelião, perante as mesmas testemunhas, no mesmo momento e com estipulações recíprocas para as partes, marido e mulher. Deduziu-se pela inaplicabilidade das vedações em análise, pois elas dizem respeito ao conteúdo no mesmo negócio, o que não ocorreu no feito. A transcrição da ementa é pertinente para os devidos fins de estudo:

> "Recurso extraordinário. Testamentos públicos, em instrumentos distintos e sucessivos, feitos por marido e mulher, na mesma data, no mesmo local e perante as mesmas testemunhas e tabelião. 2. Testadores casados pelo regime de comunhão universal de bens sem descendentes, que legaram, nos testamentos aludidos, um ao outro, a respectiva meação disponível. Cada qual, na cédula testamentária própria, estipulou que, por falta do legatário instituído, a parte disponível se destinaria aos irmãos e sobrinhos por consanguinidade. 3. Ação declaratória da nulidade dos referidos testamentos, alegando-se infringência ao art. 1.630 do Código Civil, que proíbe o testamento conjunto, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo. 4. Recurso extraordinário, por negativa de vigência do art. 1.630 do Código Civil. 5. Não ocorreu, no caso, testamento conjuntivo, 'uno contextu', ou de mão comum, mas foram feitos dois testamentos em separado, relativamente aos quais o tabelião, com sua fé, certificou, sem qualquer elemento de prova em contrário, a plena capacidade dos testadores e a livre manifestação de sua vontade. 6. Não incidem na proibição do art. 1.630 do Código Civil os testamentos de duas pessoas, feitos na mesma data, no mesmo tabelião e em termos semelhantes, deixando os bens um para o outro, pois, cada um deles, isoladamente, conserva a própria autonomia e unipessoalidade. Cada testador pode livremente modificar ou revogar o seu testamento. A eventual reciprocidade, resultante de atos distintos, unilateralmente revogáveis, não sacrifica a revogabilidade, que é da essência do testamento. Não cabe, também, falar em pacto sucessório, em se tratando de testamentos distintos. 6. Exame da doutrina e da jurisprudência sobre a compreensão do art. 1.630 do Código Civil. Precedentes. 7. O fato de marido e mulher fazerem, cada qual, o seu testamento, na mesma data, local e perante as mesmas testemunhas e tabelião, legando um ao outro a respectiva parte disponível, não importa em se tolherem, mutuamente, a liberdade, desde que o façam em testamentos distintos. Cada um conserva a liberdade de revogar ou modificar o seu testamento. 8. No caso concreto, o acórdão, ao anular dois testamentos feitos em 1936, com atenção às formalidades da Lei, fazendo incidir o art. 1.630 do Código Civil, relativamente à hipótese não compreendida em sua proibição, negou-lhe vigência. 9. Recurso extraordinário conhecido, por negativa de vigência do art. 1.630 do Código Civil, e provido, para julgar improcedente a ação declaratória de nulidade dos referidos testamentos" (STF, RE 93603/GO, 1.ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 31.05.1994, *DJU* 04.08.1995, p. 22.643).

Como alertam Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, citando outros doutrinadores de escol e em comentários ao art. 1.863 da codificação material, "tal proibição não impede que duas pessoas combinem o modo de dispor dos seus bens, desde que o façam em atos separados, conservando cada testador a sua plena liberdade de ação (Carlos Maximiliano, *Direito das sucessões*, vol. I, p. 415). No mesmo sentido é a opinião de Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições*, VI, p. 217). Isso porque essencial é assegurar a autonomia do ato, sendo vedada qualquer espécie de pacto sucessório" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil...*, 2014, p. 683). Os juristas mencionam o último aresto e, com razão, a ele se filiam plenamente, como correta incidência do princípio da conservação dos negócios jurídicos.

Na mesma esteira, aliás, as lições de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, para quem "nada impede que duas pessoas, em testamentos separados (ainda que realizados na mesma data e no mesmo local), façam disposições de seu patrimônio, elegendo um ao outro como destinatário de sua herança" (*Novo Curso...*, 2014, v. 7, p. 290). Cite-se, ainda, que igualmente se posiciona Luiz Paulo Vieira de Carvalho (*Direito...*, 2014, p. 521-522). Por fim, como aludem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, "é possível a duas ou mais pessoas utilizar de cédulas testamentárias distintas para dispor de sua vontade, autonomamente. Seria o exemplo de cônjuges ou de pai e filho que elaboram testamentos individuais, sem que contenham eventuais beneplácitos comuns" (*Curso...*, 2015, v. 7, p. 326). Reafirme-se que essa é a minha posição doutrinária, sem qualquer ressalva.

Vistas tais proibições e algumas de suas aplicações concretas, passa-se à abordagem específica das modalidades ordinárias e especiais de testamento, de forma sucessiva e pontual.

3.4.2 Dos testamentos ordinários ou comuns

3.4.2.1 Do testamento público

Iniciando-se o estudo das suas modalidades ordinárias ou comuns, o testamento público é aquele que traz maior segurança para as partes envolvidas, pois lavrado pelo Tabelião de Notas ou por seu substituto, que recebe as declarações do testador ou autor da herança.

Diante de confusões que são percebidas no meio jurídico, é necessário esclarecer as atribuições e a atuação dos Tabelionatos de Notas, cuja atividade consta da Lei 8.935/1994, conhecida como *Lei dos Notários e Registradores*.

Trata-se de norma que regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, segundo o qual os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. Conforme o art. 1.º dessa lei especial, os serviços notariais e os de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos. Em complemento, está estabelecido que notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de *fé pública*, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro, respectivamente (art. 3.º da Lei 8.935/1994). A menção à fé pública também consta do art. 215, *caput*, do Código Civil, segundo o qual "a escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena".

O notário ou tabelião tem as competências para: *a)* formalizar juridicamente a vontade das partes; *b)* intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo; e *c)* autenticar fatos jurídicos (art. 6.º da Lei 8.935/1994).

A competência exclusiva para a elaboração de testamentos públicos consta do art. 7.º, inciso II, do mesmo diploma específico. Em suma, nota-se que ao tabelião compete o aperfeiçoamento formal de atos ou negócios jurídicos, deixando clara e confirmada pela fé pública a vontade do declarante. Os atos do tabelião ou notário dizem respeito à *forma prescrita em lei*, conforme o art. 104, inciso III, do Código Civil, estando relacionados à validade dos atos e negócios. Assim, pode-se dizer que a sua atuação é relativa ao *segundo degrau da Escada Ponteana*, qual seja o *plano da validade*.

Cabe deixar consignado que, a respeito da escritura pública, inclusive de testamento, o art. 215, § 1.º, do Código Civil elenca os seus requisitos formais gerais. Nos termos da lei, salvo quando exigidos por lei outros requisitos, a escritura pública deve conter: *a)* data e local de sua realização; *b)* o reconhecimento da identidade e da capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato, por si, como representantes, intervenientes ou testemunhas; *c)* o nome, a nacionalidade, o estado civil, a profissão, o domicílio e a residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do outro cônjuge e filiação; *d)* a manifestação clara da vontade das partes e dos intervenientes; *e)* a referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato; *f)* a declaração de ter sido lida na presença das partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram; e *g)* a assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião ou seu substituto legal, encerrando o ato.

Pois bem, o desempenho das funções do notário ou tabelião não se confunde com as atribuições do registrador, uma vez que ao último cabe, quando previamente exigida, proceder à distribuição equitativa pelos serviços da mesma natureza, registrando os atos praticados. Compete também ao registrador efetuar as averbações e os cancelamentos de sua competência. Por fim, tem ele a incumbência de expedir certidões de atos e documentos que constem de seus registros e papéis (art. 13 da Lei 8.935/1994).

O registro, especialmente o imobiliário, diz respeito não ao plano da validade dos atos ou negócios jurídicos, sendo atinente ao *plano da eficácia*, relativo às consequências do ato ou negócio verificadas no plano concreto, relacionadas à modificação e extinção de direitos. O registro envolve, desse modo, o *terceiro degrau* da *Escada Ponteana*.

Insta perceber que o art. 20 da Lei 8.935/1994 estabelece que os notários e os oficiais de registro poderão, para o desempenho de suas funções, contratar escreventes como prepostos, dentre eles escolhendo os substitutos, e auxiliares como empregados, com remuneração livremente ajustada e sob o regime da legislação do trabalho. Em cada serviço notarial ou de registro haverá tantos substitutos, escreventes e auxiliares quantos necessários, a critério de cada notário ou oficial de registro (§ 1.º desse art. 20 da Lei dos Notários e Registradores). Os notários e os oficiais de registro encaminharão ao juízo competente os nomes dos substitutos (§ 2.º). Os escreventes poderão praticar somente os atos que o notário ou o oficial de registro autorizar (§ 3.º). Por fim, estabelece o último parágrafo do preceito que os substitutos poderão, simultaneamente com o notário ou o oficial de registro, praticar todos os atos que lhe sejam próprios, exceto, nos tabelionatos de notas, lavrar testamentos (§ 4.º).

Pois bem, existe a respeito do tema aqui tratado um problema técnico, de antinomia ou conflito de normas, porque o último comando especial está em contradição com o art. 1.864 do Código Civil, que elenca os requisitos essenciais para o testamento público, sob pena de sua nulidade absoluta por desrespeito à forma (art. 166, inciso IV, do CC). Nos termos do inciso I do art. 1.864 do CC/2002, o ato pode ser escrito por tabelião ou por seu *substituto legal* em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos. Qual o dispositivo deve prevalecer? O constante da lei especial ou o da codificação privada, que autoriza a elaboração do testamento público pelo substituto do Tabelião?

Aqui, a doutrina de Zeno Veloso ganha especial destaque pelo fato de ser ele um experiente Tabelião, que atuou por muitos anos nessa atividade na cidade de Belém do Pará. Na esteira de suas lições, "com a entrada em vigor deste Código Civil, admitindo que o substituto escreva o testamento público, fica revogada, nesta parte, a Lei n. 8.935/1994, pois a norma que ela exprime é incompatível com a posterior (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – antiga Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2.º, § 1.º)" (*Código...*, 2012, p. 2.098). Igualmente, para Carlos Roberto Gonçalves, "não só o tabelião, mas também o seu substituto legal (*oficial-maior* ou *escrevente* autorizado a substituí-lo, nos termos do art. 20 da Lei n. 8.935, de 18.11.1994, que dispõe sobre os serviços notariais e de registro), podem lavrar testamento. Fica, em consequência, tacitamente revogado o § 4.º do aludido art. 20, que proibia os substitutos legais de praticar tal ato" (*Direito...*, 2010, v. 7, p. 254-255).

Esse também é o meu entendimento. O art. 1.864, inciso I, do Código Civil revogou tacitamente o art. 20, § 4.º, da Lei 8.935/1994, diante de incompatibilidade dos seus conteúdos, na linha do que consta do art. 2.º, § 1.º, da Lei de Introdução. E nem se argumente que o dispositivo da Lei dos Notários e Registradores é especial, devendo prevalecer sobre o Código Civil, que é lei geral. A análise da especialidade de uma norma deve ser feita *artigo por artigo*, e de acordo com as circunstâncias do caso concreto, sendo o preceito da codificação privada também *especial* a respeito desse requisito formal, prevalecendo pelo *critério cronológico*. Em reforço, a possibilidade de o substituto lavrar o testamento está na linha da *operabilidade*, um dos princípios fundamentais da atual Lei Geral Privada, que busca a facilitação e a concreção dos atos e negócios civis. Entre o *formal* e o *material*, como regra, deve-se priorizar o último, na civilística contemporânea.

No âmbito do Estado de São Paulo, a questão era ainda mais intrincada, pois a Lei Estadual Paulista 12.227, de 11 de janeiro de 2006, reproduziu o texto da Lei Federal 8.935/1994, e em seu art. 13, § 2.º, estabeleceu que o substituto não poderia lavrar o testamento público, em clara colisão com o texto do Código Civil brasileiro de 2002. O problema aqui surgia pelo fato de ser a lei estadual posterior ao CC/2002, o que traria o entendimento de sua prevalência, pelo mesmo *critério cronológico*.

No entanto, já se concluía nesta obra pela supremacia da codificação privada diante do *critério hierárquico*, eis que a norma superior – no caso, o CC/2002 –, prevalece sobre a inferior – a Lei Estadual 12.227/2006. Em complemento, cabe pontuar que a citada norma estadual foi declarada como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn. 3.733, julgada em 2009. Concluiu-se que os cartórios são serviços auxiliares do Poder Judiciário o que faz com que a sua organização seja de competência privativa deste Poder. Como consequência natural da premissa, também a iniciativa de lei que trate do assunto é de sua exclusiva competência – no caso, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo –, e não do governador do Estado, como ocorreu em relação à norma em questão.

Partindo para a prática, ementa do Superior Tribunal de Justiça expressa que "o testamento público exige, para sua validade, que sua lavratura seja realizada por tabelião ou seu substituto legal, na presença do testador e de duas testemunhas que, após leitura em voz alta, deverão assinar o instrumento" (STJ, REsp 1.155.641/GO, 4.ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 13.12.2011, *DJE* 28.09.2012). Dessa forma, nota-se que não há dúvida na jurisprudência superior recente quanto à possibilidade de o escrevente substituto lavrar o ato. Em complemento, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, já na vigência da Lei 8.935/1994 e ainda sem o dispositivo expresso da codificação em vigor, foi pronunciado há tempos que "não é o caso de nulidade ter participado, como testemunha, funcionário do cartório onde foi lavrado o documento, muito menos escrito por tabelião substituto, em exercício no respectivo cargo" (TJRJ, Apelação Cível 2008/1995, 6.ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Carlos Perlingeiro, j. 10.10.1995).

Seguindo-se no estudo dos requisitos essenciais do testamento público, o instrumento deve ser lavrado, lido em voz alta pelo tabelião – ou por seu substituto –, ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas testemunhas e do oficial (art. 1.864, inciso II, do Código Civil). Diante do citado *princípio da operabilidade*, no sentido de facilitação dos institutos privados, cabe anotar, em boa hora, a redução do número de testemunhas, que era de cinco, na vigência do art. 1.632 do Código Civil de 1916.

No presente momento, surge outro problema de direito intertemporal relativo à emergência da codificação material de 2002, agora a respeito desse número de testemunhas exigido por lei como solenidade essencial à validade do negócio jurídico em estudo. A questão a ser formulada concerne ao testamento celebrado na vigência do Código Civil de 1916 e que contou com a presença de somente duas testemunhas, e não cinco, tendo o falecimento do testador

ocorrido na vigência do Código Civil de 2002. Apegando-se ao rigor formal da norma, esse testamento será válido ou nulo?

Tendo-se como parâmetro o art. 2.035, *caput*, do Código Civil em vigor, quanto ao plano da validade dos atos e negócios jurídicos, deve-se aplicar a norma do momento da sua celebração ou constituição. Sendo assim, como o testamento foi constituído na vigência da lei anterior, os requisitos de validade relativos às solenidades são os da lei vigente naquele momento, que exigia cinco testemunhas. Portanto, deve-se concluir que o testamento será nulo de pleno direito pelo fato de ter sido preterida uma solenidade que a lei considerava como essencial para o ato (art. 145, inciso IV, do CC/1916). De toda sorte, como se verá, tal resposta pode ser afastada, pois a jurisprudência superior contemporânea tem demonstrado um desapego às estritas regularidades formais.

Feitas essas considerações, tratando da prova dos atos e negócios jurídicos, não se podem esquecer as vedações constantes do art. 228 do Código Civil de 2002, no sentido de que não podem ser admitidas como testemunhas determinadas pessoas, o que tem aplicação direta para o testamento. Vejamos as hipóteses do diploma, que também foi alterado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência:

a) Os menores de dezesseis anos (menores impúberes), sendo certo que não há proibição para os menores púberes, com idade entre dezesseis e dezoito anos. E não poderia ser diferente, eis que tais menores podem praticar o ato testamentário (art. 1.860, parágrafo único, do CC/2002).

b) O inciso II do art. 228 do CC expressava que aqueles que, por enfermidade ou retardamento mental, não tivessem discernimento para a prática dos atos da vida civil. Tratava-se da mesma hipótese de incapacidade absoluta para os atos e negócios em geral, prevista originalmente no art. 3.º, inciso II, do CC/2002. Todavia, esse artigo foi expressamente revogado pelo art. 123, II, da Lei 13.146/2015. Além disso, foi incluído um § 2.º no art. 228 pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, prevendo que "a pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva".

c) O inciso III do comando em estudo elencava os cegos e os surdos, quando a ciência do fato que se quer provar dependesse dos sentidos que lhes faltavam. Esse dispositivo também foi revogado pelo art. 123, III, do citado Estatuto da Pessoa com Deficiência, aplicando-se a premissa da inclusão das pessoas com deficiência.

d) O interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes. A ilustrar a subsunção deste e de inciso sucessivo, vejamos outro trecho de julgamento já trazido à colação, no sentido de que, "*in casu*, houve violação dos referidos dispositivos legais, na medida em que o testamento público teve como testemunhas um amigo íntimo e a nora da única beneficiária da disposição de última vontade. O acórdão recorrido, com base no exame dos elementos fático-probatórios dos autos, consignou a ausência do pleno discernimento do testador para a prática do ato, bem como reconheceu a interferência da beneficiária na celebração do testamento e o reflexo de sua vontade na do testador, de modo que é inviável, em sede de recurso especial, a revisão de tais questões, haja vista o óbice da Súmula n. 7 desta Corte Superior" (STJ, REsp 1.155.641/GO, 4.ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 13.12.2011, *DJe* 28.09.2012).

e) Os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consanguinidade, ou afinidade. De acordo com a proteção constitucional da união estável, constante do art. 226, § 3.º, da CF/1988, forçoso entender que o mesmo impedimento existe para as relações decorrentes da união estável, conforme vem há tempos entendendo a jurisprudência (STJ, REsp 81.551/TO, 3.ª Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 23.09.1997). Como reforço, vale lembrar que, em matéria de prova processual, CPC/2015 equiparou o companheiro ao cônjuge para todos os fins, o que conduz ao caminho sem volta de incluir o companheiro no dispositivo em estudo. Mencione-se, ainda como argumento, a recente decisão do STF, que equiparou a união estável ao casamento, para todos os fins sucessórios (*Informativo* n. *864* da Corte, julgada em 10 de maio de 2017).

Sem prejuízo dos acórdãos citados, também a ilustrar outra incidência a respeito do requisito formal relativo às testemunhas, instigante julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo não admitiu a tese de que o testamento seria nulo pelo fato de uma testemunha ter afirmado, em ação judicial, não se lembrar do ato e se retratado posteriormente. A ementa paulista mantém íntegro o ato, preservando a vontade do autor da herança, como sempre deve ser:

"Ação de anulação de testamento. Preterição de solenidade essencial à validade do ato. Testemunha do testamento que afirmou, em outro processo, desconhecer a existência de testamento deixado pelo *de cujus*. Audiência de instrução e julgamento designada, na qual as partes celebraram acordo. Processo extinto com fundamento no art. 269, inc. III, do Código de Processo Civil. Inconformismo do Ministério Público. Alegação de que a matéria (nulidade absoluta) é de ordem pública e não permite transação. Necessidade de manutenção da sentença homologatória. Composição patrimonial válida e eficaz celebrada entre os requerentes e a requerida. Testemunha do testamento que, perante o Promotor de Justiça recorrente, apresentou retratação, enfatizando que acompanhou a lavratura do testamento, mas se esqueceu de tal fato em razão de grave acidente automobilístico do qual resultou traumatismo cranioencefálico. Retratação que enfraquece a tese do *parquet* quanto à nulidade do testamento. Recurso desprovido" (TJSP, Apelação Cível 994.00.097339-8, Acórdão 4308867, 5.ª Câmara de Direito Privado, Cerquilho, Rel. Des. J.L. Mônaco da Silva, j. 27.01.2010, *DJESP* 23.03.2010).

Por outro lado, é interessante também trazer à tona acórdão da mesma Corte Bandeirante que reconhece a nulidade absoluta do testamento porque o que foi declarado pelas testemunhas não estava alinhado à realidade dos fatos. Conforme trecho da ementa, o *de cujus*, então paciente médico, não havia deixado as dependências do hospital onde se encontrava, o que contrariava aquilo que foi lavrado na escritura de testamento. Quanto às testemunhas, especificamente, nada souberam declarar acerca da realização do ato (TJSP, Apelação Cível 0113883-23.2003.8.26.0000, Acórdão 5612353, 10.ª Câmara de Direito Privado, Lins, Rel. Des. Márcia Regina Dalla Déa Barone, j. 13.12.2011, *DJESP* 19.06.2011).

Como outro requisito essencial e formal para o ato testamentário, deve ser o instrumento público, em seguida à leitura, assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião (art. 1.864, inciso III, do Código Civil). Em complemento, o parágrafo único do preceito reconhece que o testamento público pode ser escrito manualmente ou mecanicamente (*v.g.*, digitado em computador ou na antiga máquina de escrever), bem como ser feito pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de livro de notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma.

Todos esses atos sucessivos e simultâneos engendram o que se denomina como *princípio da unidade* ou *unicidade do ato testamentário*. Sobre tal regramento, interessante, mais uma vez, o socorro às lições de Zeno Veloso:

> "Desde o direito romano, a unidade do ato testamentário (*uno actu*), ou melhor dizendo, a unidade do contexto (*uno contextu*), é uma rigorosa exigência: o tabelião e as testemunhas devem estar presentes simultaneamente, do começo até o fim da solenidade, sem intervalos e lacunas. Mas o tema não deve escravizar-se à rigidez romana, merecendo temperamentos, uma interpretação inteligente, considerando as circunstâncias de cada caso, que consinta breves interrupções, por falta de energia elétrica, para resolver uma emergência passageira, para o atendimento de um telefonema urgente, ou para remediar uma necessidade corporal do tabelião ou das testemunhas, por exemplo" (VELOSO, Zeno. *Código...*, 2012, p. 2.098).

Como se nota, o jurista prega a flexibilização da regra, o que conta com o pleno apoio deste autor, pela premissa antes aduzida de que *o material deve prevalecer sobre o formal*. A ilustrar a pregada flexibilização, cabe colacionar julgado publicado no *Informativo* n. 457 do Superior Tribunal de Justiça, de novembro de 2010:

> "Testamento. Princípio da unicidade. O testamento em questão foi lavrado da seguinte forma: primeiro, o oficial do cartório remeteu espécie de minuta do testamento ao testador octogenário (de delicada saúde), que fez nela correções, e, só após isso, foi à residência do testador com o texto final do testamento, que foi lido pelo oficial e assinado pelo testador e testemunhas. Nesse contexto, não há como ter por ofendido o art. 1.632 do CC/1916 pela falta de observância do princípio da unicidade do ato; pois, antes de tudo, há que privilegiar a vontade do testador, ainda que se sustente a ocorrência de eventual inobservância dos requisitos formais do testamento. Tal não ocorreria se existente fato concreto passível de causar dúvidas quanto à própria faculdade do testador de livremente dispor de seus bens, o que não é o caso, pois o TJ afastou a alegação de incapacidade mental do testador no momento da elaboração do testamento, decisão contra a qual sequer se insurgiram os recorrentes. Assim, as assertivas do TJ referentes à perfeição formal do ato testamentário (certificada pelo oficial), sua veracidade e regularidade encontram-se abrigadas na Súm. n. 7-STJ, que impede sua revisão nesta sede especial. Ao acolher esse entendimento, a Turma, dando prosseguimento ao julgamento, negou provimento ao especial. O voto vista do Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS) alude a parecer inserto nos autos que assinala ser possível mitigar as formalidades testamentárias desde que justificado, como no caso. Já o Min. Sidnei Beneti ressaltou que essa é interpretação mais moderna das formalidades constantes do art. 1.632 do CC/1916, que dizem respeito a outros tempos em que os documentos realmente se produziam manuscritos e diretamente na presença de todas as pessoas envolvidas. Precedentes citados do STF: RE 21.731-CE, *DJ* 05.10.1953; do STJ: REsp 1.001.674-SC, *DJe* 15.10.2010; REsp 223.799-SP, *DJ* 17.12.1999; REsp 828.616-MG, *DJ* 23.10.2006, e REsp 228-MG, *DJ* 04.12.1989" (STJ, REsp 753.261/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 23.11.2010).

Como é notório, não existe qualquer competência territorial para a elaboração das escrituras públicas, o que tem incidência para o testamento público. Conforme o art. 8.º da Lei dos Notários e Registradores, é livre a escolha do tabelião de notas, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens objeto do ato ou negócio. Por isso, a título de exemplo, uma pessoa residente na cidade de São Paulo pode lavrar seu testamento público em qualquer tabelionato do Brasil. Entretanto, é imperioso advertir o que estabelece o art. 9.º da mesma Lei 8.935/1994, *in verbis*: " o tabelião de notas não poderá praticar atos de seu ofício fora do Município para o qual recebeu delegação".

Resumindo, é perfeitamente possível que o testador se desloque, com o fim de fazer o testamento em Tabelionato fora de sua Comarca de domicílio. Contudo, não poderá o notário ou tabelião fazer tal deslocamento para o ato, sob pena de sua nulidade absoluta. Para tal invalidade máxima, pode-se argumentar pela presença de fraude à lei imperativa (art. 166, inciso VI, do CC/2002); ou de uma *nulidade virtual*, pois a lei proíbe a prática do ato sem cominar sanção (art. 166, inciso VII, segunda parte, do CC/2002). Seguindo o

caminho da nulidade absoluta do ato testamentário diante desse deslocamento do tabelião, colaciona-se:

> "Testamento público. Lavrado fora da circunscrição delegada ao tabelião. Nulidade da escritura pública de testamento. Apelação. Prescrição quinquenal para impugnação do ato. Inocorrência. Inteligência do art. 1.859 do CC. Mérito. Simultaneidade de testamentos. Impossibilidade. Art. 1.863 do CC. Testamento lavrado fora dos limites da circunscrição delegada ao tabelião. Aplicação do art. 9.º da Lei Federal n.º 8.935/94. Manutenção da sentença. Recurso desprovido. Extingue-se em cinco anos o direito de impugnar a validade do testamento, contado o prazo da data do seu registro. Inteligência do art. 1.859 do CC/2002. A simultaneidade de testamentos é vedada pelo art. 1.863 do Código Civil. O tabelião não pode praticar atos fora do município para o qual recebeu delegação, não tendo validade, se assim o fizer, consoante art. 9.º da Lei federal n.º 8.935/94" (TJPB, Apelação Cível 055.2011.000499-5/001, 4.ª Câmara Especializada Cível, Rel. Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira, *DJPB* 21.05.2013, p. 13).

> "Apelação cível. Anulação testamento. Ausência dos requisitos necessários à validade do instrumento de última vontade. Descumprimento do diploma legal. Limite geográfico para atuação dos ofícios de cartório de títulos e documentos. Aplicação do art. 9.º da Lei n.º 8.935/94, a qual veda a prática de atos fora do município para o qual se recebeu a delegação. A parte não se dirigiu ao cartório, o que validaria o testamento, mesmo fora da área da delegação, mas, sim, o tabelião inverteu o deslocamento. Recurso conhecido e negado provimento. Decisão unânime. 1. O tabelião deve ser competente para a lavratura do testamento, sob pena de incorrer em nulidade do ato, consoante estabelece a Lei n.º 8.935, de 18 de novembro de 1994; 2. Da análise da escritura pública de testamento (fl. 7/9), vislumbra-se que esta fora lavrada nas dependências do Hospital Memorial Arthur Ramos, situado no município de Maceió, pelo 2.º tabelião público do 2.º ofício de notas da Comarca de Coruripe. Em que pese o art. 8.º da Lei n.º 8.935/1994 dispor que a escolha do Tabelião é independente do domicílio das partes ou do lugar da situação dos bens, há de se ressaltar que o disposto no art. 9.º é no sentido de que o tabelião de notas não poderá praticar atos de seu ofício fora do município para o qual fora delegado; 3. Recurso conhecido e não provido. Unanimidade" (TJAL, Processo 2011.003823-0, Acórdão 6-1487/2012, 3.ª Câmara Cível, Rel. Des. Klever Rêgo Loureiro, *DJAL* 06.09.2012, p. 74).

De todo modo, como ainda se verá neste capítulo, a jurisprudência superior tem afastado o rigor formal do ato testamentário, fazendo prevalecer a vontade do morto, ou seja, a autonomia privada manifestada no ato de última expressão volitiva. Sendo assim, a norma que prevê a nulidade absoluta do testamento pelo deslocamento do Tabelião pode ser afastada, conservando-se o negócio jurídico.

Analisados os requisitos formais de validade para o testamento público, insta repisar se há necessidade de um estrito apego formal a esses elementos essenciais, o que já foi debatido a respeito do *princípio da unicidade do ato testamentário*. Pela literalidade da lei a resposta seria positiva, e muitos arestos estaduais alinham-se à necessidade desse controle rigoroso (por todos: TJSP, Apelação 0018578-12.2012.8.26.0577, Acórdão 6485825, 3.ª Câmara de Direito Privado, São José dos Campos, Rel. Des. Donegá Morandini, j. 05.02.2013, *DJESP* 19.04.2013; TJRJ, Apelação Cível 2005.001.47610, 9.ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Eduardo Moreira Silva, j. 21.03.2006; TJMG, Apelação Cível 1.0000.00.193985-9/000, 3.ª Câmara Cível, Belo Horizonte, Rel. Des. Isalino Romualdo da Silva Lisboa, j. 11.06.2001, *DJMG* 10.08.2001; TJPR, Embargos Infringentes Cíveis 0061200-2/01, Acórdão 3489, 1.º Grupo de Câmara Cível, Guairá, Rel. Des. Ruy Fernando de Oliveira, *DJPR* 23.10.2000).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça igualmente existem julgamentos que seguem tal apego, caso do seguinte, do ano de 2001:

> "Direito civil. Testamento público. Falecimento da herdeira testamentária antes da testadora. Nomeação posterior das filhas da herdeira por procuração particular. Impossibilidade. Rigor formal. Solenidade essencial. Arts. 1.592, II, 1.717 e 1.746, CC. Conversão de inventário em herança jacente. Possibilidade. Economia processual. Art. 1.142, CPC. Recurso desacolhido. I – A mitigação do rigor formal em prol da finalidade é critério que se impõe na interpretação dos textos legais. Entretanto, no caso dos testamentos, deve-se redobrar o zelo na observância da forma, tanto por não viver o testador no momento de esclarecer suas intenções quanto pela suscetibilidade de fraudes na elaboração do instrumento e, consequentemente, na deturpação da vontade de quem dispõe dos bens para após a morte. II – A revogação parcial do testamento, para substituir a herdeira anteriormente nomeada e já falecida, deve dar-se pelo mesmo modo e forma do anterior (art. 1.746 do Código Civil), não tendo a procuração *ad judicia* por instrumento particular esse condão revogador. III – A capacidade para adquirir por testamento pressupõe a existência do herdeiro, ou legatário, à época da morte do testador. Tendo falecido antes o herdeiro, perde validade a cédula testamentária. IV – Na lição de Pontes, 'a nulidade dos atos jurídicos de intercâmbio ou *inter vivos* é, praticamente, reparável: Fazem-se outros, com as formalidades legais, ou se intentam ações que compensem o prejuízo, como a ação de *in rem verso*. Não se dá o mesmo com as declarações de última vontade: Nulas, por defeito de forma, ou por outro motivo, não podem ser renovadas, pois morreu quem as fez. Razão maior para se evitar, no zelo do respeito à forma, o sacrifício do fundo' (Tratado de Direito Privado, t. LVIII, 2. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1969, § 5.849, p. 283). V – Iniciado o inventário e, no seu curso, verificada a inexistência de herdeiro testamentário, é de considerar-se jacente a herança, nos termos do art. 1.592, II, CC, caso em que 'o juiz, em cuja Comarca tiver domicílio o falecido, procederá sem perda de tempo à arrecadação de todos os seus bens' (art. 1.142, CPC). A conversão do procedimento e a nomeação do curador dão cumprimento a essa norma e atende ao princípio da economia processual, nele expressamente assentado" (STJ, REsp 147.959/SP, 4.ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 14.12.2000, *DJU* 19.03.2001, p. 111).

Todavia, mais recentemente, essa mesma jurisprudência superior tem mitigado a rigorosa observância dos requisitos formais e solenes relativos ao testamento público. Ilustrando, vejamos julgado publicado no *Informativo* n. 435 do STJ, que se refere a fatos ocorridos na vigência do CC/1916, o que justifica a menção a cinco, e não a duas testemunhas. Como se percebe, o *decisum* acaba por afastar a necessidade da presença de todas as testemunhas antes exigidas, na linha do que consta de questão de direito intertemporal aqui outrora demonstrada:

> "Busca-se, no recurso, a nulidade de testamento, aduzindo o ora recorrente que a escritura não foi lavrada pelo oficial de cartório, mas por terceiro, bem como que as cinco testemunhas não acompanharam integralmente o ato. O tribunal *a quo* afirmou que não foi o tabelião que lavrou o testamento, mas isso foi feito sob sua supervisão, pois ali se encontrava, tendo, inclusive, lido e subscrito o ato na presença das cinco testemunhas. Ressaltou, ainda, que, diante da realidade dos tabelionatos, não se pode exigir que o próprio titular, em todos os casos, escreva, datilografe ou digite as palavras ditadas ou declaradas pelo testador. Daí, não há que declarar nulo o testamento que não foi lavrado pelo titular da serventia, mas possui os requisitos mínimos de segurança, de autenticidade e de fidelidade. Quanto à questão de as cinco testemunhas não terem acompanhado integralmente a lavratura de testamento, o TJ afirmou que quatro se faziam presentes e cinco ouviram a leitura integral dos últimos desejos da testadora, feita pelo titular da serventia. Assim, a Turma não conheceu do recurso por entender que o vício formal somente invalidará o ato quando comprometer sua essência, qual seja, a livre manifestação da vontade da testadora, sob pena de prestigiar a literalidade em detrimento da outorga legal à disponibilização patrimonial pelo seu titular. Não havendo fraude ou incoerência nas disposições de última vontade e não evidenciada incapacidade mental da testadora, não há falar em nulidade no caso. Precedente citado: REsp 302.767/PR, *DJ* 24.09.2001" (STJ, REsp 600.746/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 20.05.2010).

Essa mitigação de requisitos formais e solenes, fazendo prevalecer a *materialização* do Direito Privado contemporâneo, foi confirmada em acórdão do Tribunal da Cidadania mais recente, do ano de 2013. Conforme se depreende de sua ementa, que também merece destaque:

> "A Corte Local, ao interpretar as disposições de última vontade, considerou não haver qualquer dificuldade sobre o destino dos bens, pois o *de cujus* dispôs de todos os seus bens. Igualmente, em relação à qualificação dos beneficiários pelo testamento, o tribunal de origem assentou que estes se encontram suficientemente identificados. Ademais, a instância ordinária considerou inexistir qualquer mácula na entrega da minuta do testamento 2 (dois) dias antes de sua leitura e assinatura, mormente porque a autora da herança, após a sua leitura, ratificou o seu conteúdo na presença das 5 (cinco) testemunhas e do tabelião, sendo alegada irregularidade insuscetível de viciar a vontade da testadora (...)

> A corte de origem asseverou que a vontade da testadora foi externada de modo livre e consciente, sendo perfeitamente compreensível e identificável as disposições testamentárias. Assim, 'a análise da regularidade da disposição de última vontade (testamento particular ou público) deve considerar a máxima preservação do intuito do testador, sendo certo que a constatação de vício formal, por si só, não deve ensejar a invalidação do ato, máxime se demonstrada a capacidade mental do testador, por ocasião do ato, para livremente dispor de seus bens' (AgRg no REsp 1.073.860/PR, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4.ª Turma, j. 21.03.2013, *DJE* 01.04.2013)" (STJ, AgRg-AgRg-REsp 1.230.609/PR, 4.ª Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, *DJE* 02.10.2013, p. 458).

Ainda mais recentemente, do ano de 2017, em caso envolvendo testamento público celebrado por cego e citando a posição deste autor, deduziu o mesmo Tribunal da Cidadania:

> "Atendidos os pressupostos básicos da sucessão testamentária – i) capacidade do testador; ii) atendimento aos limites do que pode dispor e; iii) lídima declaração de vontade – a ausência de umas das formalidades exigidas por lei, pode e deve ser colmatada para a preservação da vontade do testador, pois as regulações atinentes ao testamento têm por escopo único a preservação da vontade do testador". Sendo assim, "evidenciada, tanto a capacidade cognitiva do testador quanto o fato de que testamento, lido pelo tabelião, correspondia, exatamente à manifestação de vontade do *de cujus*, não cabe, então, reputar como nulo o testamento, por ter sido preterida solenidades fixadas em lei, porquanto o fim dessas – assegurar a higidez da manifestação do *de cujus* –, foi completamente satisfeita com os procedimentos adotados" (STJ, REsp 1.677.931/MG, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.08.2017, *DJe* 22.08.2017).

Todas as últimas decisões citadas são louváveis, contando com o meu apoio, pois reafirme-se que a tendência contemporânea é que o *material* prevaleça sobre o *formal*; que o concreto prepondere sobre as ficções jurídicas, conforme argumentado em vários outros trechos deste livro. Repise-se, mais uma vez, que tal constatação tem relação direta com o *princípio da operabilidade*, adotado pela codificação privada de 2002, que busca um Direito Privado real e efetivo, na linha da *concretude* pregada por Miguel Reale.

De toda sorte, vale a advertência de que não se pode admitir um testamento público celebrado sem qualquer uma das formalidades previstas em lei, pois nesse caso o instituto se distanciaria da sua principal finalidade, qual seja de *atestar* a vontade do morto. Assim, existem limites para a incidência do princípio da conservação do negócio jurídico no âmbito das disposições de última vontade. A mitigação das formalidades não significa o seu total desaparecimento no

sistema jurídico nacional. Vejamos, no mesmo sentido, as precisas palavras de Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes:

> "A preconizada atenuação do rigor formal do testamento deve ser aplicada com cautela. Afirma-se que a forma dos atos negociais não pode ser um fim em si mesma, arbitrária e caprichosa. Essa deve ser disposta não para uma função qualquer, mas para uma função que seja constitucionalmente apreciável (Pietro Perlingieri, Forma dei negozi, p. 61). Sem dúvida, a manifestação da última vontade, através do testamento, constitui expressão da personalidade humana. Por este motivo, em virtude dos efeitos *causa mortis* do ato, as formalidades testamentárias atendem aos interesses superiores do ordenamento jurídico, na medida em que garantem a espontaneidade da manifestação da última vontade e a sua fiel execução quando da abertura da sucessão, em estreita conexão com a tutela da dignidade da pessoa humana (CR, art. 1º, III)" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil...*, 2014, p. 681).

Superado tal aspecto, se o testador não souber, ou não puder assinar, o tabelião ou seu substituto legal assim o declarará, assinando, neste caso, pelo testador, e, a seu rogo – a seu pedido –, uma das testemunhas instrumentárias (art. 1.865 do CC). Assim, confirma-se a premissa antes exposta, segundo a qual a pessoa analfabeta pode testar, desde que preenchidos esses requisitos complementares.

Nos termos do art. 1.866 do Código Civil, o indivíduo *inteiramente surdo*, sabendo ler, poderá testar. Nesses casos, lerá o seu testamento, e, se não o souber, designará quem o leia em seu lugar, presentes as duas testemunhas e o tabelião.

Não há dúvidas de que o dispositivo somente é subsumido à pessoa totalmente surda, e não para o sujeito que tenha problema de surdez relativa, premissa que é confirmada pelo *espírito* da recente Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Conforme consta de teor de acórdão da 1.ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, de relatoria do magistrado Cláudio Luiz Bueno de Godoy, que analisa a situação da testadora: "por fim, anote-se que em momento algum demonstrado que (...) fosse completamente surda, de modo a fazer aplicável a regra do artigo 1.866 do CC (art. 1.636 do CC/1916), afinal, como expresso em seu texto, apenas concernente a quem seja inteiramente surdo. A testadora tinha problemas de surdez, usava aparelho, mas ouvia (fls. 17 e 30, por exemplo). E o reclamado conhecimento, pelas testemunhas, da pessoa do testador remonta às Ordenações e à Consolidação de Teixeira de Freitas, porém exigível quando o Tabelião não conhecesse o declarante (v., a respeito: Eduardo Oliveira Leite, in Comentários, Coord.; Min. Sálvio de Figueiredo, Forense, v. XXI, p. 339)" (Apelação 994.07.088777-6, j. 03.08.2010). Na minha opinião, a

regra em comento não sofreu qualquer alteração pelo citado Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Ao cego só se permite o testamento público, e não as outras modalidades ordinárias que ainda serão estudadas, como se retira do art. 1.867 do Código Civil; norma que igualmente não foi alterada pelo recente Estatuto da Pessoa com Deficiência. O testamento lhe será lido, em voz alta, duas vezes, uma pelo tabelião ou por seu substituto legal, e a outra por uma das testemunhas, designada pelo testador, fazendo-se de tudo circunstanciada menção no testamento.

Consoante se depreende de antigo julgamento do Tribunal Fluminense, "o testador cego não está incluído entre os incapazes de dispor dos seus bens através de testamento. Comparecendo ao ato de disposição de sua última vontade, acompanhada do marido, do testamenteiro e das cinco testemunhas, e, assinando a escritura de testamento, depois de lida em voz alta na sua presença, pelo tabelião, não tem relevância se não consta, ou mesmo se não houve, a segunda leitura a que se refere o art. 1.637 do Código Civil" (TJRJ, Apelação Cível 3030/1997, 10.ª Câmara Cível, Rel. Des. Bernardino M. Leituga, j. 18.11.1997). Como se nota, apesar de ser *decisum* da década de 90, há clara e forte mitigação de solenidade, pela dispensa da segunda leitura, seguindo a tendência hoje consolidada em sede de Superior Tribunal de Justiça, pela prevalência do material sobre o formal.

Todas essas regras relativas ao analfabeto, ao inteiramente surdo e ao cego, ratificam a afirmação antes esposada de que o testamento é um negócio jurídico *sui generis* ou especial. Em complemento, reafirme-se que o que interessa essencialmente ao ato é o discernimento específico para o seu pleno aperfeiçoamento, o que deve ser analisado em conjunto com o recente Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Partindo para as regras processuais a respeito da *abertura e cumprimento em juízo* do testamento público, é preciso atualizar a obra em face do Código de Processo Civil de 2015. Em verdade, o Estatuto Processual emergente insistiu na abertura e no cumprimento judiciais, perdendo a chance de dar um passo determinante para a *desjudicialização*, pois seria interessante que tivesse admitido que pelo menos a abertura fosse processada perante o Tabelionato de Notas.

Ocorrendo o falecimento do testador, enunciava o art. 1.128 do CPC/1973 que, quando o testamento fosse público, qualquer interessado, exibindo-lhe o traslado ou certidão, poderia requerer ao juiz que ordenasse o seu cumprimento. No CPC/2015, o seu correspondente é o art. 736, segundo o qual, "qualquer interessado, exibindo o traslado ou a certidão de testamento público, poderá requerer ao juiz que ordene o seu cumprimento, observando-se, no que couber, o disposto nos parágrafos do art. 735". A menção ao art. 735 diz respeito

ao processamento conforme o testamento cerrado, o que já estava previsto no sistema anterior, e ainda será estudado neste livro. Aqui, não houve qualquer alteração de relevo.

Todavia, dispunha o art. 1.129 do CPC/1973 que o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer interessado, ordenaria ao detentor de testamento que o exibisse em juízo para os fins legais, se ele, após a morte do testador, não tivesse se antecipado em fazê-lo. Em complemento, não sendo cumprida a ordem, caberia uma ação de busca e apreensão do testamento público.

Esse último comando não tem correspondente na novel legislação instrumental e, em uma primeira análise, pode-se afirmar que tais medidas não são mais cabíveis, o que inclui a citada ação de busca e apreensão.

Entendeu-se que tais drásticos instrumentos não se coadunariam com o caráter particular ou privado do testamento, mesmo que pela forma pública. Ademais, como o testamento público tem, geralmente, uma via arquivada no Cartório, não se justificaria a citada demanda de busca e apreensão na grande maioria dos casos concretos.

A finalizar o estudo dessa modalidade de testamento, é interessante trazer ao debate o problema relativo à sua *publicidade,* eis que a modalidade é tida como *pública,* como a sua própria nomenclatura indica.

A respeito desse problema, há uma primeira corrente que sustenta que o conteúdo do testamento público não deve ser colocado à disposição de toda a coletividade, para a consulta de seu conteúdo, uma vez que o ato somente produz efeitos após a morte do testador.

Essa posição era sustentada por José Fernando Simão em edições anteriores deste livro, sendo suas as seguintes palavras:

> "É necessário frisar que, apesar de ser elaborado pela forma pública, o testamento não deveria ser deixado à disposição de todos para consulta, pois só produzirá efeitos após a morte do testador. O conceito de publicidade não significa amplo acesso a toda e qualquer pessoa, incluindo-se aí eventuais curiosos. Melhor seria entender que o acesso não é realmente livre, pois qualquer pessoa poderia, conhecendo o conteúdo do testamento, pressionar o testador para alterá-lo. De qualquer forma, não há nada na atual legislação que impeça o acesso ao instrumento por esses curiosos" (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito...*, 2013, v. 6, p. 300).

Na mesma esteira, acrescentem-se as lições de Zeno Veloso, notário de grande experiência no assunto no Brasil: "deve-se evitar que terceiros tenham acesso livre ao testamento, que se trata de um ato que, embora válido desde a data de sua confecção, só terá eficácia após a morte do testador. Não é razoável, pois, só porque é chamado de 'público', que fique aberto, exposto, permitindo-se que qualquer pessoa tenha prévio conhecimento" (*Código...*, 2008, p. 2.054).

Seguindo novamente proposta do último jurista, o Projeto de Lei 699/2011 tende a incluir um § 2.º no art. 1.864 do Código Civil, com a seguinte redação: "a certidão do testamento público, enquanto vivo o testador, só poderá ser fornecida a requerimento deste ou por ordem judicial". Com isso, a publicidade do testamento público somente seria alcançada por ato de vontade do seu autor ou por determinação judicial. As justificativas da proposição merecem destaque pela análise de Direito Comparado e pela citação doutrinária que traz:

> "A proposta, seguindo sugestão que já constava do 'Anteprojeto Orlando Gomes', pretende acrescentar o parágrafo segundo ao art. 1.864, para evitar que terceiros tenham acesso a um ato que, embora válido desde a data de sua confecção, só terá eficácia após morte do testador. Não deve, pois, só porque chamado de 'público', ficar aberto, permitindo-se o seu acesso a qualquer pessoa. Nesse sentido, é a melhor doutrina, como resume o mestre José de Oliveira Ascensão: 'Note-se que a qualificação como público de um testamento não significa que ele esteja aberto desde logo ao conhecimento de todos: a publicidade, aqui, refere-se antes à oficialidade na sua autoria material. Enquanto o testador vive, o testamento é mantido secreto e só após a morte dele se poderá dar conhecimento a outras pessoas' (in Direito Civil – Sucessões, Coimbra Editora, 2000, n. 33, p. 63). Além das disposições patrimoniais, o testamento pode conter outras disposições de caráter pessoal – uma confissão, o reconhecimento de um filho havido fora do casamento, uma deserdação – e é de extrema inconveniência que essas disposições sejam conhecidas de terceiros. Na Espanha (Código Notarial, art. 226) e em Portugal (Código do Notariado, art. 176.2) proíbe-se que seja fornecida certidão do testamento público antes do óbito do testado. Devemos seguir esse modelo. Enquanto vivo, somente o testador, a princípio, tem legítimo interesse para requerer a certidão de seu testamento".

No entanto, há quem analise a questão de outra forma. Para Paulo Dorón Rehder de Araújo, "a característica principal, portanto, desta espécie de testamento é justamente seu caráter público. É a participação, no ato de declaração da última vontade do testador, do tabelião e de duas testemunhas e é a lavratura do ato em livro de acesso franqueado ao público mediante requerimento de certidão. O problema é que, embora o testamento seja público, ele ainda não produz os efeitos queridos pelo testador e isso dá margem à confusão, pois, no nosso entender, leva à equivocada conclusão de que, somente por não ser eficaz, o testamento é também protegido por certo sigilo, por uma aura de segredo, como se fosse parte da própria personalidade do testador" (*Testamento...*, In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José

Fernando (Coord.). *Direito...*, 2009, p. 543). E arremata, criticando o Projeto de Lei 699/2011:

> "Porém, ousamos aqui discordar daqueles que elogiam tais iniciativas. Conforme aqui já restou claro, entendemos que a publicidade é inerente ao testamento público, seja por conta de seu nome, seja porque sua forma e validade assim exigem, seja para evitar ofensas a direito alheio, seja porque o Código Civil concebeu uma estrutura tripartite de formas testamentárias ordinárias, em que os valores publicidade e segurança variam conforme a modalidade escolhida.
>
> Daí por que, afirmarmos, para terminar, que o testamento público deve ter seu conteúdo franqueado a quem assim o requerer e qualquer norma administrativa que se oriente em posição oposta é ilegal. Da mesma forma, nos posicionamos contrários a alterações legislativas que pretendam modificar essa realidade, embora democraticamente as respeitemos, colocando-nos sempre abertos ao debate" (ARAÚJO, Paulo Dorón Rehder. *Testamento...*, In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coord.). *Direito...*, 2009, p. 543).

O último autor também condenava os preceitos então constantes de Provimento das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal Paulista, que trata da atuação dos cartórios extrajudiciais na região demográfica em que esta obra foi escrita. Criticava, originalmente, do Provimento 58/1989, que já passou por diversas alterações. Fazia-se a crítica pelo fato de que, quando da elaboração do último texto doutrinário citado, a norma paulista estabelecia que o acesso ao conteúdo dos testamentos públicos somente seria possível mediante requisição judicial ou a pedido do interessado, munido de comprovação documental do óbito do testador.

De acordo com o preceito agora em vigor, devidamente atualizado pelo Provimento 7/2013, os Tabeliães de Notas e os Registradores Civis com atribuição notarial para lavratura de testamentos remeterão, quinzenalmente, ao Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal (CNB-CF), por meio da Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (CENESC), relação dos nomes constantes dos testamentos lavrados em seus livros e respectivas revogações, bem como dos instrumentos de aprovação de testamentos cerrados, ou informação negativa da prática de qualquer um desses atos. Esses dados enviados compõem o "Registro Central de Testamentos *On-line*". Cabe anotar que esse registro central foi criado originalmente no ano de 2002, pelo próprio Colégio Notarial do Brasil.

Em complemento, ainda de acordo com a norma administrativa vigente, a informação sobre a existência ou não de testamento somente será fornecida pelo CNB-CF nos seguintes casos: *a)* mediante requisição judicial ou do Ministério Público, gratuitamente; *b)* de pessoa viva, a pedido do próprio testador, mediante apresentação da cópia do documento de identidade; *c)* de pessoa falecida, a pedido de interessado, mediante apresentação da certidão de óbito expedida pelo Registro Civil de Pessoas Naturais. Como se nota, abre-se a possibilidade de o Ministério Público ter acesso ao conteúdo do testamento, o que é um abrandamento do rígido sistema anterior.

Nesse debate, opino que o acesso livre, sem qualquer restrição, ao conteúdo dos testamentos públicos não pode ser admitido. Acrescente-se aos argumentos anteriores que, em tempos de intensa violência urbana, alguns meliantes poderiam ter interesses escusos em obter tal acesso. Sem falar na tutela da privacidade e o direito ao segredo, protegidos como direitos da personalidade e fundamentais, tanto no Código Civil (art. 21) quanto na CF/1988 (art. 5.º, incisos V e X).

Todavia, seria interessante ampliar os casos de acesso ao conteúdo testamentário, atribuindo quiçá ao notário ou tabelião local o poder de analisar se aquele que pretende ter o acesso o faz com motivos justos e cabíveis, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Eis mais uma tentativa de *desjudicialização* de contendas, uma das tendências do Direito Contemporâneo.

3.4.2.2 *Do testamento cerrado*

O testamento cerrado tem origem no Direito Romano, na figura do *testamentum per aes libram*, em que "o testador se reunia na presença das cinco classes censitárias que foram instituídas por Sérvio Túlio, e estas cinco classes representavam o papel de cinco testemunhas dos testamentos modernos" (FERREIRA, Pinto. *Tratado...*, 1990, p. 241).

Havia um ato solene com a presença das figuras do bronze (*aes*) e da balança (*libra*), inicialmente feito oralmente. No entanto, com o decorrer dos tempos, passou-se a admitir que o negócio fosse realizado por escrito, em tabuinhas de cera, presas e fechadas por cordões. As testemunhas passaram a inserir na sua parte externa, através de um sinete, o seu brasão d'armas, ou seja, seu símbolo designativo (FERREIRA, Pinto. *Tratado...*, 1990, p. 241). No Brasil, a figura era tratada pelas Ordenações do Reino, tendo sido transposta para as duas codificações privadas, tanto para a presente quanto para a anterior.

Como leciona Orosimbo Nonato, "o testamento cerrado, secreto ou místico é uma carta sigilada", em que não se sabe o conteúdo (*Estudos...*, 1957, v. I, p. 279). Isso justifica as denominações *místico e secreto*, pois o seu teor permanece em segredo até a morte do testador. Trata-se de instituto sem grande aplicação no presente, tendo pouca operabilidade na prática sucessionista brasileira.

O fato de não saber, como regra, o conteúdo gera vantagens e desvantagens. Como principal desvantagem, se a integralidade do documento for atingida de

alguma forma, o testamento pode não gerar efeitos, por revogação tácita, como se verá. Cite-se, inicialmente, a possibilidade de deterioração do documento pela umidade, pelo calor excessivo ou por mudanças abruptas de temperatura. Ou, ainda, a viabilidade de alguém, que não conhece a sua finalidade, jogar no lixo o documento testamentário ou abri-lo. Nota-se, assim, que a cédula testamentária deve ser cuidada e vigiada por aquele que pretende dar aplicabilidade ao seu objeto no futuro.

Por outra via, a vantagem do desconhecimento de seu conteúdo é de trazer ao testador maior segurança nos seus relacionamentos sociais, afastando pessoas interessadas apenas em seu patrimônio, pois ninguém saberá qual foi a sua disposição de última vontade. Em complemento, na linha dos ensinamentos de Sílvio de Salvo Venosa, o testamento cerrado evita "polêmicas desnecessárias e problemas familiares entre os beneficiados e os preteridos. Dessa forma, mantém-se sua utilidade e permanece neste Código" (*Código...*, 2010, p. 1.700).

De qualquer maneira, como expõe Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, não é o sigilo do conteúdo do ato testamentário um requisito essencial para o testamento cerrado, mas "revela-se uma faculdade do testador, e a seu favor opera. É verdade que na maior parte das vezes o testador prefere manter em sigilo as suas últimas declarações de vontade, razão pela qual nomeia esta modalidade testamentária como a que melhor lhe convém. Assim, poderá o testador dar conhecimento dele, se deste modo preferir, não só às testemunhas, mas ao notário, ou a qualquer outra pessoa" (*Direito...*, 2012, p. 279). Na prática, contudo, não se saberá se aquilo que o testador diz oral e socialmente é mesmo a *verdade testamentária*.

Partindo para os seus requisitos essenciais, sob pena de sua nulidade absoluta, o testamento cerrado escrito pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo (a pedido), e por aquele assinado, será válido se aprovado pelo tabelião ou seu substituto legal (art. 1.868 do CC/2002). Nos termos do mesmo comando, devem ser observadas as seguintes formalidades:

a) Que o testador o entregue ao tabelião em presença de duas testemunhas. Mais uma vez, diante do princípio da operabilidade e em boa hora, houve a redução do número de testemunhas, que era de cinco no art. 1.538 do Código Civil de 1916.

b) Que o testador declare que aquele é o seu testamento e quer que seja aprovado.

c) Que o tabelião lavre, desde logo, o auto de aprovação, na presença de duas testemunhas, e o leia, em seguida, ao testador e testemunhas.

d) Que o auto de aprovação seja assinado pelo tabelião, pelas testemunhas e pelo testador.

Ato contínuo, prescreve o parágrafo único do art. 1.868 do CC/2002 que o testamento cerrado pode ser escrito mecanicamente (*v.g.*, digitado em computador ou datilografado em máquina de escrever), desde que seu subscritor numere e autentique, com a sua assinatura, todas as páginas do documento.

O Tabelião deve começar o auto de aprovação imediatamente depois da última palavra do testador, declarando, sob sua fé, que o testador lhe entregou para ser aprovado na presença das testemunhas. Depois disso, o Tabelião passa a cerrar e a coser o instrumento aprovado, com *cinco pontos de retrós*, como vem do costume antigo, sendo o testamento lacrado nos pontos de costura (art. 1.869, *caput*, do CC). Em relação ao lacre, "seguindo um velho costume, os tabeliães colocam pingos de lacre sobre os nós da linha que utilizaram para coser o testamento. É mera praxe notarial, não havendo exigência legal para tal providência" (RODRIGUES, Silvio. *Direito...*, 2007, v. 7, p. 162-163).

Se não houver espaço na última folha do testamento, para início da aprovação, o Tabelião colocará nele o seu sinal público, mencionando a circunstância no auto (art. 1.869, parágrafo único, do CC).

Mais uma vez, insta saber se esses requisitos solenes devem ser rigorosamente obedecidos para que o ato seja plenamente válido e eficaz, ou seja, para que não seja maculado pela nulidade absoluta.

De início, existem julgamentos que respondem positivamente à indagação, como o seguinte, relativo a fatos praticados na vigência da legislação anterior:

> "A teor do art. 1.638 e seguintes do Código Civil de 1916, em se tratando de testamento cerrado, a cédula testamentária é feita e assinada pelo testador, ou a rogo, entregue ao tabelião e completada por auto de aprovação lavrado pelo oficial, tudo na presença de cinco testemunhas idôneas. Aprovado e cerrado, o testamento é devolvido ao testador e registrado em livro próprio. Os requisitos legais visam, primordialmente, garantir a autenticidade da declaração de última vontade, haja vista que o testador não poderá mais fazê-lo quando o testamento passar a produzir efeitos, devendo ser relevados eventuais vícios formais a fim de atender à finalidade do ato. No caso, contudo, os vícios são relevantes e não podem ser desconsiderados, pois as testemunhas não estavam presentes quando dos atos de aprovação do testamento, há dúvidas de se tratar do mesmo documento apresentado à tabeliã e inexiste registro nos livros do Cartório onde teria sido lavrado o auto. A inobservância de quase todos os requisitos legais quando da feitura da auto de aprovação do testamento cerrado é capaz de invalidar o ato jurídico" (TJMG, Apelação Cível 1.0210.09.061083-8/001, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, j. 07.02.2013, *DJEMG* 19.02.2013).

Na verdade, a ementa transcrita considerou como nulo o testamento pelo fato de terem sido inobservadas quase todas as solenidades prescritas em lei, o

que realmente deve ser o caminho do julgador em casos tais. A mitigação das formalidades não pode importar em seu total desaparecimento, o que representaria uma negação absoluta da natureza do instituto.

Todavia, consigne-se que, assim como ocorre com o testamento público, a jurisprudência superior brasileira tem mitigado as exigências formais para o testamento cerrado. Nessa linha:

> "Testamento cerrado. Auto de aprovação. Falta de assinatura do testador. Inexistindo qualquer impugnação à manifestação da vontade, com a efetiva entrega do documento ao oficial, tudo confirmado na presença das testemunhas numerárias, a falta de assinatura do testador no auto de aprovação é irregularidade insuficiente para, na espécie, causar a invalidade do ato. Art. 1.638 do Código Civil. Recurso não conhecido" (STJ, REsp 223.799/SP, 4.ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18.11.1999, *DJ* 17.12.1999, p. 379).

Em sentido muito próximo, também a merecer destaque o seguinte trecho de outro aresto: "em matéria testamentária, a interpretação deve ter por fim o intuito de fazer prevalecer a vontade do testador, a qual deverá orientar, inclusive, o magistrado quanto à aplicação do sistema de nulidades, que apenas não poderá ser mitigado diante da existência de fato concreto, passível de colocar em dúvida a própria faculdade que tem o testador de livremente dispor de seus bens, o que não se faz presente nos autos" (STJ, AgRg no Ag 570.748/SC, 3.ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, j. 10.04.2007, *DJ* 04.06.2007, p. 340).

Ademais, igualmente no que concerne aos aspectos formais e solenes do *negócio testamentário místico*, concluiu mais recentemente a jurisprudência do mesmo Superior Tribunal de Justiça que é válido o testamento cerrado elaborado por testadora com grave deficiência visual. A conclusão foi no sentido de que deve prevalecer respeito à vontade real do testador. Vejamos a ementa da decisão que, mais uma vez, faz preponderar *o material sobre o formal*, tendência do Direito Contemporâneo:

> "Ação de anulação de testamento cerrado. Inobservância de formalidades legais. Incapacidade da autora. Quebra do sigilo. Captação da vontade. Presença simultânea das testemunhas. Reexame de prova. Súmula 7/STJ. 1. Em matéria testamentária, a interpretação deve ser voltada no sentido da prevalência da manifestação de vontade do testador, orientando, inclusive, o magistrado quanto à aplicação do sistema de nulidades, que apenas não poderá ser mitigado diante da existência de fato concreto, passível de colocar em dúvida a própria faculdade que tem o testador de livremente dispor acerca de seus bens, o que não se faz presente nos autos. 2. O acórdão recorrido, forte na análise do acervo fático-probatório dos autos, afastou as alegações da incapacidade física e mental da testadora; de captação de sua vontade; de quebra do sigilo do testamento, e da não simultaneidade das testemunhas ao ato de assinatura do termo de encerramento. 3. A questão da nulidade do testamento pela não observância dos requisitos legais à sua validade, no caso, não prescinde do reexame do acervo fático-probatório carreado ao processo, o que é vedado em âmbito de especial, em consonância com o enunciado 7 da Súmula desta Corte. 4. Recurso especial a que se nega provimento" (STJ, REsp 1.001.674/SC, 3.ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 05.10.2010, *DJe* 15.10.2010).

Exposta mais uma vez essa importante controvérsia sobre as solenidades, e repetindo-se que essa mitigação não pode gerar a negação absoluta de todas elas, se o tabelião tiver escrito o testamento a pedido do testador, poderá, não obstante, aprová-lo (art. 1.870 do CC). Como leciona Zeno Veloso, "se foi o tabelião, a rogo do testador, que escreveu a cédula testamentária (art. 1.868, *caput*), funciona, nesta primeira parte do testamento, como pessoa particular. Depois, quando o mesmo tabelião lavra o auto de aprovação, já procede com outra qualidade: a de delegado do Poder Público" (*Código...*, 2012, p. 2.105). Como se constata, não há qualquer problema formal no fato de o tabelião escrever o ato e o aprovar, entendendo o legislador pela inexistência de qualquer vício em casos tais.

O testamento cerrado pode ser escrito em língua nacional ou estrangeira, pelo próprio testador, ou por outrem, a seu pedido (art. 1.871 do CC). Como bem sinaliza a doutrina, não há qualquer exigência de que as testemunhas conheçam o idioma, "uma vez que não será lido, logo àquelas testemunhas apenas atestarão a entrega da cédula testamentária ao oficial pelo testador. O mesmo se diga em relação ao oficial, pois tão somente deverá aprovar o testamento, não tomando conhecimento do seu conteúdo" (DINIZ, Maria Helena. *Código...* 2010, p. 1.321). E, de fato, não poderia ser diferente, uma vez que a testemunha testamentária tem a finalidade de comprovar o ato místico em si, e não o seu conteúdo que, como visto, não é revelado, *a priori*.

Por razões óbvias, não pode dispor de seus bens em testamento cerrado quem não saiba ou não possa ler, caso do analfabeto e do cego (art. 1.872 do CC). Como leciona Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, "quanto ao testador, é condição inafastável que saiba ler e assinar, para que possa se utilizar desta espécie de testamento. Por essa razão, estão excluídos da qualidade de testadores, por meio desta modalidade, o cego e a pessoa inteiramente analfabeta. Podem, no entanto, testar por esta via aquelas pessoas que, em decorrência da idade avançada ou outra causa, possam ler, ainda que com dificuldade e vagar" (*Direito...* 2012, p. 281). Aqui não houve qualquer alteração feita pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e, sendo assim, tanto a regra específica como as lições doutrinárias ainda persistem no sistema.

Da prática jurisprudencial, é interessante o acórdão que concluiu:

> "O testador que não saber ler e escrever não poderá dispor de seus bens ou fazer declarações de última vontade por meio de testamento cerrado, nos termos do que prescreve o artigo 1.641, do Código Civil de 1916. Para a validade do negócio jurídico é necessário que o agente seja capaz, o objeto lícito e a forma prescrita ou não defesa em Lei, sendo que a ausência de quaisquer desses requisitos leva à nulidade do negócio jurídico celebrado. A arguição de nulidade de ato jurídico, dotado de fé pública, só pode ser combatida com a demonstração cabal e concludente de que a sua prática se deu por vício de consentimento" (TJGO, Apelação Cível 264960-48.2007.8.09.0118, Panamá, Rel. Des. Francisco Vildon José Valente, *DJGO* 11.05.2011, p. 277).

Reafirme-se que essa forma de ver o Direito ainda subsiste, mesmo na vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Entretanto, como outra regra específica, pode fazer testamento cerrado o surdo-mudo, contanto que o escreva todo, e o assine de sua mão, e que, ao entregá-lo ao oficial público, ante duas testemunhas, escreva, na face externa do papel ou do envoltório, que aquele é o seu testamento, cuja aprovação lhe pede (art. 1.873 do CC). Como se percebe, se o surdo-mudo não souber ler e escrever, não é o caso de se aplicar o permissivo legal, afirmação a ser mantida na vigência da Lei 13.146/2015.

Expostas essas condições especiais do testador, depois de aprovado e cerrado, será o testamento entregue ao testador, e o tabelião lançará, no seu livro, nota do lugar, dia, mês e ano em que o testamento foi aprovado e entregue (art. 1.874 do CC).

Ocorrendo o falecimento do testador ou autor da herança, o testamento cerrado será apresentado ao juiz, que o abrirá e o fará registrar, ordenando que seja cumprido, se não achar vício externo que o torne eivado de nulidade ou suspeito de falsidade (art. 1.875 do CC).

A respeito da abertura e cumprimento judiciais do testamento cerrado, vejamos, mais uma vez, um estudo confrontado entre o CPC/2015 e o CPC/1973. Repise-se que tais procedimentos também se aplicam para o testamento público e que o Estatuto Processual emergente perdeu a oportunidade de trazer um procedimento *desjudicializado* para tanto.

De início, preceituava o art. 1.125 do CPC/1973 que, ao receber o testamento cerrado, o juiz, após verificar se estaria intacto, o abriria e mandaria que o escrivão o lesse em presença de quem o entregou. Lavrar-se-ia, em seguida, o ato de abertura que, rubricado pelo juiz e assinado pelo apresentante, mencionaria: *a)* a data e o lugar em que o testamento foi aberto; *b)* o nome do apresentante e como houve ele o testamento; *c)* a data e o lugar do falecimento do testador; *d)* qualquer circunstância digna de nota, encontrada no invólucro ou no interior do testamento.

No CPC/2015, art. 735, algumas modificações merecem ser destacadas. Na dicção do seu *caput*, recebendo o testamento cerrado, o juiz, se não achar vício externo que o torne suspeito de nulidade ou falsidade, o abrirá e mandará que o escrivão o leia em presença do apresentante. Como se nota, não há menção apenas à sua integralidade, conforme a lei anterior, mas a qualquer vício externo que pode causar a sua nulidade ou a falsidade do ato.

Do termo de abertura constarão o nome do apresentante e como ele obteve o testamento, a data e o lugar do falecimento do testador, com as respectivas provas, e qualquer circunstância digna de nota. Esse é o § 1.º do art. 735 do CPC/2015, que praticamente repetiu o parágrafo único do art. 1.125 do CPC/1973. Pontue-se, todavia, que o sistema passa a exigir provas desses requisitos. Ademais, as *circunstâncias dignas de nota* não são apenas as que estão no invólucro ou no interior do testamento. Assim, por exemplo, o juiz pode fazer constar do termo de abertura eventual motivo de ineficácia ou invalidade do ato testamentário.

Depois de ouvido o Ministério Público, não havendo dúvidas a serem esclarecidas, o juiz mandará registrar, arquivar e cumprir o testamento (art. 735, § 2.º, do CPC/2015). A oitiva do Ministério Público já constava do art. 1.126 do CPC/1973, especialmente para os casos de sua nulidade ou falsidade. Fica em xeque a necessidade dessa oitiva, pelo fato de o testamento, inclusive o cerrado, envolver interesse particular ou privado, como há pouco se expôs.

Consigne-se que esse mesmo art. 1.126 do CPC/1973 prescrevia, em seu parágrafo único, que o testamento seria registrado e arquivado no Cartório a que tocasse, dele remetendo o escrivão uma cópia, no prazo de oito dias, à repartição fiscal. Essa norma não tem correspondente na novel legislação processual e, sendo assim, parece que tal procedimento não é mais cabível.

Voltando à nova legislação, feito o registro, será intimado o testamenteiro para assinar o termo da testamentária (art. 735, § 3.º, do CPC/2015). Eventualmente, se não houver testamenteiro nomeado ou se ele estiver ausente ou não aceitar o encargo, o juiz nomeará testamenteiro dativo, observando-se a preferência legal (art. 735, § 3.º, do CPC/2015). Com pequenas alterações de redação, tais regras já eram retiradas do *caput* do art. 1.127 do CPC/1973.

Como notas procedimentais finais, constata-se que também não foi reproduzido o parágrafo único do art. 1.127 do CPC/1973, *in verbis*: "assinado o termo de aceitação da testamentaria, o escrivão extrairá cópia autêntica do testamento para ser juntada aos autos de inventário ou de arrecadação da herança". Essa omissão demonstra que tal procedimento também passa a ser dispensado.

Por outro turno, incluiu-se um § 5.º no art. 735 do CPC/2015, prevendo que o testamenteiro deverá cumprir as disposições testamentárias e prestar contas em juízo do que recebeu e despendeu, observando-se o disposto em lei. Fica em dúvida a necessidade dessa última regra, naturalmente retirada do encargo da testamentaria, especialmente do art. 1.980 do Código Civil, com a seguinte redação: "o testamenteiro é obrigado a cumprir as disposições testamentárias, no prazo marcado pelo testador, e a dar contas do que recebeu e despendeu, subsistindo sua responsabilidade enquanto durar a execução do testamento".

Analisados tais procedimentos e para encerrar o tópico, adiante-se, pois essencial ao tema, que o testamento cerrado que o testador abrir ou dilacerar, ou for aberto ou dilacerado com seu consentimento, haver-se-á como *revogado tacitamente* (art. 1.972 do CC). Confirma-se, aqui, a antes exposta desvantagem do ato testamentário em questão, pois há um grande risco de que a abertura seja acidental ou o dilaceramento ou a deterioração do conteúdo decorram de um fato natural.

3.4.2.3 *Do testamento particular*

Eis a forma mais acessível de testamento, pois é a que apresenta a menor quantidade de formalidades, não sendo essencial a presença do notário ou tabelião para que seja elaborado. É chamado de *testamento hológrafo*, eis que escrito pelo próprio testador. Carlos Maximiliano apresenta outras denominações: "chama-se hológrafo, particular, aberto, privado ou do próprio punho (*eigenhändiges*, dos alemães, suíços e austríacos) ao testamento escrito e assinado pelo testador" (*Direito...*, 1952, v. I, p. 531).

O clássico jurista demonstra que a figura surgiu no ano 446, pois o imperador romano Valentiniano III admitiu, por ato de gentileza para com duas damas virtuosas, "o testamento só escrito e assinado pelo disponente, sem o concurso de testemunha nem de oficial público" (MAXIMILIANO, Carlos. *Direito...*, 1952, v. I, p. 531). De qualquer modo, alerte-se que, no caso brasileiro, a dispensa das formalidades não tem a mesma amplitude de liberdade, como se verá logo a seguir.

Apesar de ser a categoria mais fácil e acessível para ser concretizada na prática, a modalidade particular não tem a mesma certeza e segurança do testamento público, sendo essa sua principal desvantagem. Ademais, existem algumas formalidades que devem ser preenchidas, o que demonstra que o negócio *mortis causa* em questão não é tão acessível assim, pois certa burocracia faz-se presente.

Nesse contexto, de acordo com o art. 1.876, *caput*, do Código Civil brasileiro de 2002, o testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico (*v.g.*, máquina de escrever ou por computador). Como bem

aponta Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, a atual codificação privada encerrou polêmica anterior a respeito da possibilidade do processo mecânico. Cita que eram contrários a tal possibilidade Itabaiana de Oliveira, Pontes de Miranda, Carvalho Santos, Carlos Maximiliano, Ferreira Alves, Caio Mário da Silva Pereira e Orlando Gomes. Por outra via, favoráveis ao que confirmado pela lei brasileira vigente estavam Cândido de Oliveira Filho, Zeno Veloso, Maria Helena Diniz, Silvio Rodrigues e Ney de Mello Almada, além da própria doutrinadora (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito...*, 2012, p. 284). Possivelmente, se os juristas da primeira corrente tivessem vivido a realidade cibernética atual, teriam outra opinião.

Se escrito de próprio punho, são requisitos essenciais à sua validade, sob pena de nulidade absoluta, que seja lido e assinado por quem o escreveu, na presença de *pelo menos três testemunhas*, que o devem subscrever, confirmando o ato (§ 1.º do art. 1.876). Se elaborado por processo mecânico, não pode conter rasuras ou espaços em branco, devendo ser assinado pelo testador, depois de tê-lo lido na presença de *pelo menos três testemunhas*, que o subscreverão (§ 2.º do art. 1.876). Mais uma vez, em prol da *operabilidade*, no sentido de facilitação dos institutos civis, houve a redução do número de testemunhas, que era de cinco no art. 1.645 do Código Civil de 1916.

Obviamente, como o testamento é feito de forma escrita pelo próprio interessado e pelas opções antes expostas, não poderá ser elaborado pelo analfabeto. Quanto ao cego, também não há tal possibilidade, pois este somente pode testar pela forma pública, conforme antes exposto (art. 1.867 do CC).

Novamente, entra em debate o problema relativo ao *apego duro e ferrenho* aos requisitos formais, a ensejar a nulidade absoluta do testamento, por desrespeito à forma (art. 166, inciso IV, do CC/2002). Trazendo esse *apego*, podem ser colacionados os seguintes acórdãos estaduais, por todos:

> "Testamento particular. Inexistência de assinaturas de testemunhas na cédula. Formalidade inafastável, no interesse da preservação da última vontade do testador e do patrimônio dos herdeiros. Inteligência do art. 1.876 do Código Civil. Tentativa posterior de transformá-lo em testamento público, o que não se realizou porque o testador não conseguiu reunir testemunhas. Justificativa inverossímil, tendo em vista a prática notarial. Sentença mantida. Recurso desprovido" (TJSP, Embargos de Declaração 0034216-96.2008.8.26.0554/50000, Acórdão 7177516, 7.ª Câmara de Direito Privado, Santo André, Rel. Des. Mendes Pereira, j. 14.08.2013, *DJESP* 28.11.2013).

> "Apelação cível. Sucessões. Confirmação de testamento particular. Ausência de requisitos essenciais de validade. Nulidade do ato testamentário. Recurso conhecido e não provido. 1. A confirmação de testamento particular é procedimento de

jurisdição voluntária que visa a garantir eficácia a direito preexistente, cabendo ao juiz o exame de sua validade formal. 2. Ausentes as formalidades legais de validade do testamento particular (art. 1.876, §§ 1.º e 2.º do Código Civil), o indeferimento do pedido de confirmação é medida que se impõe" (TJMG, Apelação Cível 1.0680.10.001291-2/001, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, j. 24.10.2013, *DJEMG* 04.11.2013).

Todavia, mais uma vez, a jurisprudência superior vem mitigando os requisitos formais do testamento particular. A ilustrar, cabe trazer à tona os seguintes acórdãos, de momentos distintos do STJ:

"Civil. Processual civil. Procedimento de jurisdição voluntária de confirmação de testamento. Flexibilização das formalidades exigidas em testamento particular. Possibilidade. Critérios. Vícios menos graves, puramente formais e que não atingem a substância do ato de disposição. Leitura do testamento na presença de testemunhas em número inferior ao mínimo legal. Inexistência de vício grave apto a invalidar o testamento. Ausência, ademais, de dúvidas acerca da capacidade civil do testador ou de sua vontade de dispor. Flexibilização admissível. Divergência jurisprudencial. Ausência de cotejo analítico. (...). 3. A jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido de que, para preservar a vontade do testador, são admissíveis determinadas flexibilizações nas formalidades legais exigidas para a validade do testamento particular, a depender da gravidade do vício de que padece o ato de disposição. Precedentes. 4. São suscetíveis de superação os vícios de menor gravidade, que podem ser denominados de puramente formais e que se relacionam essencialmente com aspectos externos do testamento particular, ao passo que vícios de maior gravidade, que podem ser chamados de formais-materiais porque transcendem a forma do ato e contaminam o seu próprio conteúdo, acarretam a invalidade do testamento lavrado sem a observância das formalidades que servem para conferir exatidão à vontade do testador. 5. Na hipótese, o vício que impediu a confirmação do testamento consiste apenas no fato de que a declaração de vontade da testadora não foi realizada na presença de três, mas, sim, de somente duas testemunhas, espécie de vício puramente formal incapaz de, por si só, invalidar o testamento, especialmente quando inexistentes dúvidas ou questionamentos relacionados à capacidade civil do testador, nem tampouco sobre a sua real vontade de dispor dos seus bens na forma constante no documento. (...)" (STJ, REsp 1.583.314/MG, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.08.2018, *DJe* 23.08.2018).

"Civil e processual civil. Testamento particular. Assinado por quatro testemunhas e confirmado em audiência por três delas. Validade do ato. Interpretação consentânea com a doutrina e com o novo Código Civil, artigo 1.876, §§ 1.º e 2.º. Recurso especial conhecido e provido. 1. Testamento particular. Artigo 1.645, II, do CC/1916. Interpretação: Ainda que seja imprescindível o cumprimento das formalidades legais a fim de preservar a segurança, a veracidade e legitimidade do ato praticado, deve se interpretar o texto legal com vistas à finalidade por ele colimada. Na hipótese vertente, o testamento particular foi digitado e assinado por quatro testemunhas, das quais três o confirmaram em audiência de instrução e julgamento. Não há, pois, motivo para tê-lo por inválido. 2. Interpretação consentânea com a doutrina e com o novo Código Civil, artigo 1.876, §§ 1.º e 2.º. A leitura dos preceitos insertos nos artigos 1.133 do CPC e 1.648 CC/1916 deve conduzir a uma exegese mais flexível do artigo 1.645 do CC/1916, confirmada inclusive, pelo novo Código Civil cujo artigo 1.876, §§ 1.º e 2.º, dispõe: 'o testamento, ato de disposição de última vontade, não pode ser invalidado sob alegativa de preterição de formalidade essencial, pois não pairam dúvidas que o documento foi firmado pela testadora de forma consciente e no uso pleno de sua capacidade mental'. Precedentes deste STJ. 3. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 701.917/SP, 4.ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02.02.2010, *DJe* 01.03.2010).

"Recurso especial. Testamento particular. Validade. Abrandamento do rigor formal. Reconhecimento pelas instâncias de origem da manifestação livre de vontade do testador e de sua capacidade mental. Reapreciação probatória. Inadmissibilidade. Súmula 7/STJ. I – A reapreciação das provas que nortearam o acórdão hostilizado é vedada nesta Corte, à luz do Enunciado 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. II – Não há falar em nulidade do ato de disposição de última vontade (testamento particular), apontando-se preterição de formalidade essencial (leitura do testamento perante as três testemunhas), quando as provas dos autos confirmam, de forma inequívoca, que o documento foi firmado pelo próprio testador, por livre e espontânea vontade, e por três testemunhas idôneas, não pairando qualquer dúvida quanto à capacidade mental do *de cujus*, no momento do ato. O rigor formal deve ceder ante a necessidade de se atender à finalidade do ato, regularmente praticado pelo testador. Recurso especial não conhecido, com ressalva quanto à terminologia" (STJ, REsp 828.616/MG, 3.ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, j. 05.09.2006, *DJ* 23.10.2006, p. 313).

Como não poderia ser diferente, estou filiado à última forma de julgar, que prestigia a vontade material do autor do ato testamentário.

Todavia, ressalte-se que essa mitigação é afastada em casos de maior gravidade, como na hipótese em que falta a própria assinatura do testador, o que está correto tecnicamente, pois, reafirme-se, não se pode negar a essência formal do ato, que visa atestar a vontade do morto. Nos termos de aresto do mesmo STJ, publicado no seu *Informativo* n. *551*, "será inválido o testamento particular redigido de próprio punho quando não for assinado pelo testador. De fato, diante da falta de assinatura, não é possível concluir, de modo seguro, que o testamento escrito de próprio punho exprime a real vontade do testador. A propósito, a inafastabilidade da regra que estatui a assinatura do testador como requisito essencial do testamento particular (art. 1.645, I, do CC/1916 e art. 1.876, § 1.º, CC/2002) faz-se ainda mais evidente se considerada a inovação trazida

pelos arts. 1.878 e 1.879 do CC/2002, que passaram a admitir a possibilidade excepcional de confirmação do testamento particular escrito de próprio punho nas hipóteses em que ausentes as testemunhas, desde que, frise-se, assinado pelo testador. Nota-se, nesse contexto, que a assinatura, além de requisito legal, é mais que mera formalidade, consistindo verdadeiro pressuposto de validade do ato, que não pode ser relativizado" (STJ, REsp 1.444.867/DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 23.09.2014).

Ainda sobre as formalidades, Zeno Veloso traz questão prática interessante, que deve ser elucidada. Leciona o jurista paraense que o legislador não trouxe previsão a respeito de ser o testamento particular elaborado pela forma mecânica e ter mais de uma página. Comenta que, sem dúvidas, deve constar a assinatura ou a rubrica do testador em todo o seu conteúdo, em todas as páginas. No entanto, lança as dúvidas:

> "E as outras páginas, se foram duas, pode aparecer sem rubrica, sem assinatura? E as outras páginas, se forem mais de duas? É fácil imaginar as dúvidas que ocorrerão diante de um testamento que tem várias páginas, sendo apenas a derradeira assinada pelo testador.
>
> Como os requisitos e as formalidades testamentárias devem ser expressamente mencionadas em lei, não podendo ser criados pela doutrina ou pelo juiz, além em razão do descumprimento de qualquer deles determinar a nulidade do ato, concluo que não há a necessidade legal de o testador rubricar ou assinar todas as folhas do testamento público elaborado por processo mecânico, bastando que o faça na última, ao final do documento. Isso, todavia, não me impede de sugerir, por medida de segurança e prudência, que os testadores assinem e rubriquem todas as folhas do testamento datilografado ou redigido por computador, evitando, com essa providência, a desconfiança com relação ao conteúdo das folhas não rubricadas, a suspeita de que não são genuínas, fidedignas, e impedindo que muitas questões sejam suscitadas, no futuro, quando da abertura da sucessão, a respeito da autenticidade e veracidade das folhas não assinadas, nem rubricadas" (VELOSO, Zeno. *Código...*, 2012, p. 2.109).

Mais uma vez, tem razão o jurista, tanto em relação às conclusões quanto no que toca à sugestão realizada, sendo essas também as minhas posições doutrinárias. Todavia, toda essa problemática revela como ainda somos apegados às formalidades dos atos e negócios jurídicos. Veja-se que estamos tratando da forma mais simples entre os atos testamentários e questão de profundo apego formal é levantada pela doutrina, certamente por provocações práticas percebidas no campo de atuação do Direito Sucessório.

Morto o testador, publicar-se-á em juízo o testamento particular, com citação dos herdeiros legítimos (art. 1.877 do CC). Com tal publicação em juízo, tem início a fase de execução ou de eficácia do testamento hológrafo, presente uma *confirmação judicial* do seu conteúdo (DINIZ, Maria Helena. *Código...*, 2010, p. 1.324; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código...*, 2010, p. 1.706; e VELOSO, Zeno. *Código...*, 2012, p. 2.110).

Conforme se retira de *decisum* do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, "a ausência de citação do herdeiro legítimo, bem como de intimação dos legatários para audiência de confirmação do testamento particular, configuram vícios de validade formal do processo, impondo-se a nulidade do processo para renovação do ato" (TJMG, Apelação Cível 1.0024.12.200530-9/001, Rel. Des. Afrânio Vilela, j. 24.09.2013, *DJEMG* 04.10.2013). Ou, ainda, do Tribunal Paulista:

> "Cônjuge supérstite não intimado a comparecer à audiência de confirmação. Formalidade indispensável que macula o reconhecimento do ato de última vontade. Inteligência dos arts. 1.877 do Código Civil e 1.131 do Código de Processo Civil" (TJSP, Apelação 0298591-04.2009.8.26.0000, Acórdão 6598366, 7.ª Câmara de Direito Privado, Itaquaquecetuba, Rel. Des. Gilberto de Souza Moreira, j. 30.01.2013, *DJESP* 01.04.2013).

No que diz respeito ao procedimento de abertura e de confirmação do testamento particular, vejamos a confrontação entre as duas normas instrumentais, a anterior e a vigente a partir de março de 2016.

De início, expressava o art. 1.130 do CPC/1973 que o herdeiro, o legatário ou o testamenteiro poderia requerer, depois da morte do testador, a publicação em juízo do testamento particular, inquirindo-se as testemunhas que lhe ouviram a leitura e, depois disso, o assinaram. A petição inicial seria instruída com a cédula do testamento particular, com o intuito dessa confirmação.

O CPC/2015 concentra essa regulamentação da publicação e confirmação do testamento particular no art. 737. Nos termos do seu *caput*, a publicação do testamento particular poderá ser requerida, depois da morte do testador, pelo herdeiro, pelo legatário ou pelo testamenteiro, bem como pelo terceiro detentor do testamento, se impossibilitado de entregá-lo a algum dos outros legitimados para requerê-la. Essa menção ao terceiro é uma inovação festejada, pois, de fato, o portador do testamento pode ser alguém de confiança do autor da herança, que não é beneficiado pelo ato.

Previa o art. 1.131 do CPC/1973, ainda, sobre o processo de confirmação judicial do testamento particular, que seriam intimados para a inquirição: *a)* aqueles a quem caberia a sucessão legítima; *b)* o testamenteiro, os herdeiros e os legatários que não tivessem requerido a publicação; *c)* o Ministério Público. Em todos os casos, as pessoas, que não fossem encontradas na Comarca, seriam intimadas por edital (parágrafo único do então art. 1.131).

Em sentido próximo, determina o § 1.º do art. 737 do CPC/2015 que serão intimados os herdeiros que não tiverem requerido a publicação do testamento, o que corresponde aos incisos I e II do dispositivo anterior. Porém, não há mais referência ao Ministério Público para essa inquirição inicial, mais uma vez porque o interesse, no caso, é privado. Todavia, como se verá a seguir, o Ministério Público continua sendo ouvido para a confirmação final da disposição de última vontade. Também se retirou a menção à intimação por edital das pessoas não encontradas da Comarca, procedimento que não é mais cabível.

Ademais, não se reproduziu o antigo art. 1.132 do CPC/1973, segundo o qual, se inquiridas as testemunhas, poderiam os interessados, no prazo comum de cinco dias, manifestar-se sobre o testamento. Mais uma vez, não cabe tal procedimento, em uma análise preliminar do Estatuto Processo emergente.

O art. 1.133 do CPC/1973 foi alterado substancialmente pelo art. 737, § 2.º, do CPC/2015. Conforme a regra anterior, "se pelo menos três testemunhas contestes reconhecerem que é autêntico o testamento, o juiz, ouvido o órgão do Ministério Público, o confirmará, observando-se quanto ao mais o disposto nos arts. 1.126 e 1.127". O art. 737, § 2.º, do Novo CPC se resumiu a dizer que, verificando a presença dos requisitos da lei, ouvido o Ministério Público, o juiz confirmará o testamento.

De toda sorte, continua tendo aplicação o art. 1.878 do Código Civil, que traz um sentido muito próximo ao anterior art. 1.133 do revogado Código de Processo Civil. Consoante a norma material, "se as testemunhas forem contestes sobre o fato da disposição, ou, ao menos, sobre a sua leitura perante elas, e se reconhecerem as próprias assinaturas, assim como a do testador, o testamento será confirmado. Parágrafo único. Se faltarem testemunhas, por morte ou ausência, e se pelo menos uma delas o reconhecer, o testamento poderá ser confirmado, se, a critério do juiz, houver prova suficiente de sua veracidade".

Como se nota, não há menção ao MP na norma privada. No entanto, a sua oitiva parece ser necessária, pela previsão do dispositivo instrumental. Entendo que o CPC/2015 não deveria fazer tal alusão, pois o interesse do testamento – ainda mais no caso de testamento particular – é puramente privado.

Além disso, fica em xeque, novamente, a necessidade de procedimentos judiciais para se confirmarem todas as formas de testamento. Se o Estatuto Processual de 2015 foi guiado pela *desjudicialização* em vários de seus artigos, não seria mais interessante estabelecer a abertura perante o Tabelionato de Notas? Penso que sim.

Vistas as regras procedimentais de abertura do testamento particular e voltando ao Código Civil, presentes circunstâncias excepcionais declaradas na cédula testamentária, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confirmado, a critério do juiz (art. 1.879 do CC/2002). Trata-se do chamado *testamento de emergência*, que constitui uma forma simplificada de testamento particular, conforme aponta Maria Helena Diniz, citando as seguintes hipóteses de sua viabilização jurídica: *a)* situação anormal: incêndio, sequestro, desastre, internação em UTI, revolução, calamidade pública; *b)* situação em que é impossível a intervenção de testemunhas para o ato (*Código...*, 2010, p. 1.324).

Ainda sobre essa forma de testamento, na *VII Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em setembro de 2015, aprovou-se a seguinte proposta: "o testamento hológrafo simplificado, previsto no art. 1.879 do Código Civil, perderá eficácia se, nos 90 dias subsequentes ao fim das circunstâncias excepcionais que autorizam a sua confecção, o disponente, podendo fazê-lo, não testar por uma das formas testamentárias ordinárias" (Enunciado n. 611).

O objetivo do enunciado aprovado é a aplicação das mesmas premissas previstas para as modalidades especiais de testamento para a categoria tratada no art. 1.879 do Código Civil, o que é correto tecnicamente. Conforme as suas justificativas:

> "O Código Civil permite que, em circunstâncias extraordinárias (que deverão ser declaradas na cédula), o disponente elabore testamento particular de próprio punho sem a presença de testemunhas. As formalidades são flexibilizadas em função da excepcionalidade da situação em que se encontra o testador, permitindo-se que este exerça sua manifestação de última vontade. Ocorre que, em se verificando o desaparecimento das mencionadas circunstâncias extraordinárias, não se justifica a subsistência do testamento elaborado com mitigação de solenidades. Destaque-se que esta é a regra aplicável para as formas especiais de testamento (marítimo, aeronáutico e militar), para as quais de modo geral se aplica um prazo de caducidade de 90 dias, contados a partir da data em que se faz possível testar pelas formas ordinárias. Por essa razão, conclui-se que, não havendo mais o contexto de excepcionalidade, o testamento hológrafo simplificado perde sua razão de ser, devendo o testador se utilizar de uma das formas testamentárias revestidas das devidas e necessárias solenidades".

Encerrando o tratamento da matéria, o art. 1.880 do Código Civil vigente enuncia que o testamento particular pode ser escrito em língua estrangeira, contanto que as testemunhas a compreendam. Aqui o entendimento da língua por parte das testemunhas é essencial pelo fato de elas terem que comprovar o conteúdo do ato, ao contrário do que ocorre no testamento místico, antes estudado. Conforme aponta Sílvio de Salvo Venosa, "uma única testemunha que não compreende o ato poderá viciar o ato. Como todas as testemunhas devem

ouvir a leitura do testamento, não haveria sentido na sua presença sem que todas pudessem compreender o que foi lido. Se as testemunhas não compreendam o idioma, é como se nada tivessem ouvido" (*Código...*, 2010, p. 1.708). Todavia, não se pode esquecer que a jurisprudência superior tem afastado ou mitigado o rigor formal quanto ao número de testemunhas, o que relativiza as palavras do doutrinador.

3.4.3 Dos testamentos especiais

3.4.3.1 Do testamento marítimo e do testamento aeronáutico

Diante de um tratamento unitário que consta da legislação privada, o testamento marítimo e o aeronáutico serão abordados na mesma seção. A grande novidade do Código Civil de 2002 é o tratamento relativo à última forma testamentária, celebrada a bordo de aeronave militar ou comercial, perante pessoa designada pelo comandante, em forma similar ao testamento público ou cerrado. Nosso sistema segue, por tal previsão, o exemplo do Código Civil italiano, que regula tal instituto no seu art. 616, diante das necessidades oriundas do patente incremento da atividade de transporte aéreo, perceptível principalmente nas últimas décadas.

Mantido ficou o *testamento marítimo*, celebrado a bordo de navio mercante ou de guerra, em viagem marítima, lacustre ou fluvial. Nessa linha, preconiza o art. 1.888 do Código Civil brasileiro que "quem estiver em viagem, a bordo de navio nacional, de guerra ou mercante, pode testar perante o comandante, em presença de duas testemunhas, por forma que corresponda ao testamento público ou ao cerrado. Parágrafo único. O registro do testamento será feito no diário de bordo". Trata-se de norma com previsão em quase todas as legislações do Direito Comparado, podendo ser citadas as codificações da França, da Itália, de Portugal, da Espanha, da Argentina, do México, do Uruguai, entre outras.

Pela regra, há a possibilidade de testar em viagens em alto-mar, desde que preenchidas as formalidades previstas para os testamentos público ou cerrado, havendo necessidade, ademais, de registro do ato no diário de bordo da embarcação. Trata-se, esse último preceito (art. 1.888 do CC/2002), de inovação louvável, eis que o antigo parágrafo único do art. 1.656 do CC/1916 não mencionava sua previsão, o que traz mais segurança à confirmação da disposição de última vontade.

No mais, todas as solenidades previstas no comando legal devem ser observadas, como regra, sob pena de nulidade absoluta do ato jurídico formal. De qualquer maneira, mais uma vez, não se pode esquecer a tendência contemporânea de mitigação das solenidades testamentárias, na linha de vários arestos do Superior Tribunal de Justiça, o que igualmente tem incidência para os testamentos emergenciais.

Quando o ato assume forma assemelhada ao testamento público, após a lavratura do ato, perante duas testemunhas e o escrivão de bordo (ou comandante), assinarão o instrumento o testador e os presentes. As testemunhas podem ser membros da tripulação ou meros passageiros. Não há exigência expressa de assinatura do comandante ou oficial do navio, mas é forçoso concluir que esta, sendo possível, deverá constar, trazendo maior certeza à manifestação de última vontade.

Assumindo a forma de testamento cerrado, o documento é escrito pelo testador ou por outra pessoa a seu rogo – a seu pedido –, sendo entregue a cédula testamentária, em seguida, ao comandante ou escrivão de bordo, perante duas testemunhas. Após o ato de entrega, o comandante certificará todo o ocorrido, datando e assinando o documento, com o testador e as duas testemunhas. Ato contínuo, deverá lacrar o documento, segundo a forma prevista para o testamento ordinário cerrado.

Forçoso deduzir que somente será possível esse testamento especial se o meio de transporte encontrar-se em navegação, eis que, no caso de possibilidade de desembarque, uma das formas ordinárias de testamento poderá ser efetivada. Ademais, o testamento marítimo regulado por lei brasileira somente será aquele celebrado perante embarcação nacional, de guerra ou mercante, diante da regra *locus regit actum*.

Questão discutível é sobre a possibilidade de o clandestino ou náufrago fazerem testamento marítimo. Tal debate é levantado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, citando Zeno Veloso, respondendo positivamente ambos os juristas, pois mesmo o clandestino ou o náufrago é um passageiro, devendo ser tratado como tal para todos os fins (*Direito...*, 2012, p. 316). Essa também é a minha opinião doutrinária, servindo como argumento complementar o direito de autodeterminação relativo à autonomia privada, retirado da tutela da dignidade humana, constante do art. 1.º, inciso III, do Texto Maior.

Por outra via, o *testamento aeronáutico* consta do art. 1.889 do Código Civil brasileiro de 2002, pelo qual quem estiver em viagem, a bordo de aeronave militar ou comercial, pode testar perante pessoa designada pelo comandante, nos termos do artigo anterior, ou seja, perante duas testemunhas e por forma que corresponda ao testamento público ou cerrado. Do mesmo modo, o testamento aeronáutico deve ser registrado no diário de bordo. O surgimento dessa nova modalidade tem origem no incremento do transporte aéreo, principalmente após a Segunda Guerra Mundial.