

FRANCISCO JOSÉ CAHALI
GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA

DIREITO DAS SUCESSÕES

5.^a edição revista

A primeira edição desta obra foi publicada em 2000, antes da promulgação do atual Código Civil, à luz, portanto, do Código Civil de 1916.

Dois anos depois, ao organizarmos a segunda edição, já se encontrava publicado, e em vigor, o atual Código e, em razão disso, profundas alterações foram produzidas, desta feita, na obra.

Entre a segunda e a terceira edição, os assuntos mais polêmicos e que geravam um leque de interpretações foram se desenhando nas decisões monocráticas, em todo o território nacional. Observamos atentamente este desenvolvimento hermenêutico acerca dos assuntos mais intrincados e amadurecemos nossas visões. Por isso, a terceira edição já se mostrava com um perfil distinto, pois acompanhava a aplicação do novo direito aos casos concretos. Mas ainda não era o tempo de definição de certos caminhos hermenêuticos, nem mesmo de encerramento de discussões e amadurecimento de ideias.

Na quarta edição, estando o Código Civil já com 10 (dez) anos contados de sua promulgação, nossos Tribunais já davam sinais que indicavam a consolidação de posições em alguns aspectos relevantes. Mas, ainda assim, encontrávamos divergências, até locais, sobre temas historicamente polêmicos, e muito pouco se tinha de precedentes no Superior Tribunal de Justiça, embora pendentes de julgamentos, à época, importantes questões, inclusive a respeito da constitucionalidade de dispositivos da atual legislação. E na doutrina também se lançavam correntes e interpretações renovadoras a respeito do direito sucessório. A edição se esgotou com rapidez, o que demonstra o interesse da comunidade jurídica por tais temas, ainda tão carentes de solução em definitivo.

Exatamente como em todas as anteriores vezes, acompanhamos, atentos, os passos da mais lúcida doutrina e o desenvolvimento da melhor jurisprudência, justamente para nos certificarmos de que a nova edição prosseguiria atendendo às pesquisas dos nossos pares.

Mantivemos nesta quinta edição de nossa obra conjunta, o costume de assinarmos, pessoalmente, cada um dos capítulos, buscando imprimir o melhor de nossa experiência jurídica a serviço da comunidade de estudiosos e aplicadores do direito.

ISBN 978-85-203-5005-8



9 785203 500058

BUSQUE PELO "e"
Este item eletrônico pode ser
consultado no endereço eletrônico:
Visto: livelaw.com.br

THOMSON REUTERS

FRANCISCO JOSÉ CAHALI
GISELDA MARIA FERNANDES
NOVAES HIRONAKA

DIREITO DAS SUCESSÕES

5.^a
edição

FRANCISCO JOSÉ CAHALI
GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA

DIREITO DAS SUCESSÕES

5.^a edição revista

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIS

FRANCISCO JOSÉ CAHALI

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica – PUC-SP, em que leciona na graduação e no programa de pós-graduação em Arbitragem e em Direito de Família e Sucessões. Professor convidado da Universidade de Salamanca – USAL, para período de investigação como pós-doutorado em Arbitragem. Professor e palestrante convidado em diversas universidades brasileiras e institutos nacionais, como Associação dos Advogados de São Paulo, Escola Paulista da Magistratura, Escola Superior da Advocacia – ESA e Escola do Ministério Público.

Membro fundador do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBD FAM e coordenador do Conselho Consultivo da Diretoria Nacional desta entidade. Membro da Comissão de Direito Civil da OAB-SP. Membro do Conselho Editorial Nacional da Revista de Arbitragem publicada pela Editora RT coordenada pelo Prof. Arnaldo Wald. “Líder” do Grupo de Pesquisa em Arbitragem junto à PUC-SP.

Advogado e consultor jurídico.

GISELDA MARIA FERNANDES

NOVAES HIRONAKA

Livre-Docente e Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo – USP. Professora Titular do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Coordenadora titular e pedagógica do Curso de Direito das Faculdades Alves Faria – ALFA, em Goiânia. Coordenadora científica e pedagógica, na área de Direito Civil, da Escola Paulista de Direito – EPD. Coordenadora titular do Programa de Pós-Graduação stricto sensu (Mestrado e Doutorado) da Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Membro fundador e diretora nacional para a região Sudeste do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBD FAM. Ex-procuradora federal. Advogada e consultora jurídica.

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

**DIREITO
DAS SUCESSÕES**

Diretora Responsável
ROSILE TAPIA

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MANTUA OLIVEIRA

Editores: Daniella Oliveira, Elizabeth Bianchi, Flávia Viana Filho, Henderson Fink e Joly A. M. Loureiro Gomes

Produção Editorial
JULIANA DE OLIVEIRA

Coordenação
JULIANA DE OLIVEIRA

Analistas Editoriais: Amanda Junqueira de Oliveira, Andréia Regina Schneider Nunes, Danielle Castro de Moraes, Flávia Campos Macielino

Técnicos de Processos Editoriais: Maria Angélica Leite e Paulo Alexandre Teixeira

Assistentes Documentais: Roberta Alves Soares e Samara Fernandes Silva

Capa: André Zanardi

Coordenação Administrativa
ROSANA COSTA PAIVA e ROSAMARIA MARIA DOS SANTOS

Assistente: Karla Capelas

Editoração Eletrônica

Coordenação

ROSSE CAMPOS DE CARVALHO

Equipe de Editoração: Carolina Jo Prado Fátima, Gabriel Bratti Costa, Laila de Francisco de Lima Neto, Luciana Peres dos Santos, Luiz Fernando Romeu de Vira Lúcia Guro

Produção Gráfica

Coordenação

CAIO HENRIQUE ANDRADE

Auxiliar: Rafael de Costa Brito

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Cahali, Francisco José
Direito das sucessões / Francisco José Cahali, Giselda Maria
Fernandes Novaes Hironaka. — 5. ed. rev. — São Paulo : Editora
Revista dos Tribunais, 2014.

ISBN 978-85-203-5005-8

1. Direito civil — Brasil. 2. Direito das sucessões — Brasil. I.
Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes. II. Título.

13-10590

CDU-347.65(01)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Direito das sucessões :
Direito civil 347.65(01)

FRANCISCO JOSÉ CAHALI
GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA

DIREITO
DAS SUCESSÕES

5.ª edição revista

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIS

SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

11

GISELDA HIRONAKA

SUMÁRIO 11.1 Notas introdutórias e breve notícia histórica – 11.2 Sucessão testamentária na atualidade – 11.3 Direito anterior – 11.4 Referências doutrinárias – 11.5 Bibliografia: 11.5.1 Citada; 11.5.2 Recomendada.

11.1 Notas introdutórias e breve notícia histórica

Na acepção mais restritiva termo, compreende-se o vocabulo *sucessão* – derivado do latim *succedere* – como a transmissão do patrimônio de alguém a outrem, supondo-se a morte daquele.

PONTES DE MIRANDA¹ ensina que a sucessão assim compreendida, isto é, a sucessão *causa mortis* é um “vir em seguida, no espaço e no tempo”.

Contrariamente ao que se dá com a sucessão legítima, a sucessão testamentária pressupõe uma aquisição de situação jurídica decorrente da intervenção volitiva do autor da herança, o testador.

O patrimônio endereçado pelo testador ao seu sucessor constitui o que se designa por herança.

Assim como em Roma, se hoje falecer o autor da herança *ab intestato* prevalecerá a sucessão legítima. Por outro lado, declarando uma pessoa sua disposição de última vontade, estará possibilitando o ingresso no campo da sucessão testamentária, que, ao contrário do que se possa imaginar, não exclui a sucessão legítima, mas com ela convive, se for o caso – se houver herdeiros necessários –, para o efeito final de se ver distribuído o acervo sucessório entre herdeiros legítimos e herdeiros e/ou legatários nomeados em testamento.

1. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. LVI.

tal regra, hoje reproduzida no direito brasileiro pela primeira parte do art. 1.788 do Código Civil, já se encontrava apresentada pelo direito romano, ao que parece, na Tabua V, 2-3, da *Lex Duodecim Tabularum*: "Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Adgnatus nec escit, gentiles familiam habeto".

Antes, CÍCERO já havia dito que a religião determina que os bens e o culto de cada família sejam inseparáveis, ficando incumbido dos sacrifícios aquele que é beneficiado pela herança.

Entre os artigos, pois, em Roma, em Atenas ou na Índia, vislumbrava-se a fortuna de uma família como algo praticamente imóvel, assim como o fogo sagrado e o túmulo dos antepassados. Tais bens e valores, fundidos, associados e imobilizados, "viam" passar as gerações, e não, ao contrário, passavam de mão em mão através dos tempos.

A sucessão apresentava-se, pois, como mera consequência da propriedade e do culto, resultando para o *heres*, a um só tempo, direito e obrigação. Assim, o direito de testar não foi logo conhecido na Antiguidade e certos povos proibiram-no terminantemente ou, ainda, o ignoraram.

O antigo direito romano, anterior às XII Tabuas, apresenta-se de difícil análise e interpretação, em face de sua obscuridade. Mesmo a Lei das XII Tabuas, que autorizava o testamento, o fazia de modo incompleto, pelo menos conforme os fragmentos que restaram.

O que se pode aferir de importante nesta antiga era romana é que a finalidade precípua da sucessão não era o repasse do acervo patrimonial, em razão da morte, senão a finalidade de assegurar a continuidade da família e a possibilidade de perpetuação da execução daquelas tarefas extrapatrimoniais que, um dia, haviam sido incumbidas ao *pater familias* e cuja incumbência, agora, pelo seu falecimento, passa-se ao *heres*.

As transformações sociais e costumeiras marcam a evolução do conceito de sucessão *in ius defuncti* para abranda-lo, de sorte que, pela modificação dos costumes religiosos, puderam os romanos conhecer a sucessão testamentária.

E de tal forma infiltrou-se a ideia de testamento, por meio do qual o testador deferia a *hereditas* a alguém, pessoa a quem atribuía o título de herdeiro, tornando-o executor de suas derradeiras vontades.

Na verdade, apontam os romanistas e os historiadores, tornou-se bem rara a possibilidade de vir um *pater familias* a falecer sem testar, constituindo, na realidade, esta ausência de testamento uma espécie de "vergonha" para a família do *de cuius*.

A ULPIANO é atribuída a seguinte definição de testamento: "Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, solemniter factum, ut post mortem nostram valeat".²

2. "O testamento é o testemunho justo da nossa mente, feito de forma solene para que valha depois de nossa morte" (tracução livre).

As espécies de testamento romano apresentavam-se segundo as seguintes formas: *testamentum calatis comitiis*, ato oral realizado perante o povo, nos comícios *curiatis*, sob a presidência do sumo pontífice, duas vezes por ano, nos tempos de paz; *testamentum in procinctu*, ato oral realizado perante o exército posto em ordem de combate, pelo testador que deveria participar da luta; *testamentum per aes et libram*, forma mais recente, que traduzia o ato oral realizado por meio da *mancipatio*, quando então o testador alienava por preço fictício – *uno nummo* – o seu patrimônio a uma terceira pessoa – *familiæ emptor* – que, após o falecimento daquele, daria execução à sua vontade (num momento histórico posterior do direito romano já se ultrapassava esta fase da *mancipatio*, adotando o ato a forma escrita e substituindo a figura do *familiæ emptor* pela do herdeiro instituído); *testamentum praeatorium*, forma do direito clássico, traduzida em ato escrito, realizado perante sete testemunhas, sem as formalidades da *mancipatio*; *testamentum tripertitum*, criado em 439 por Teodósio II e Valentiniano III, assim se denominava porque sua composição derivava de três origens: do direito civil antigo, do direito pretoriano e das constituições imperiais.

O direito romano conheceu, ao lado destas formas de testamento, ditas normais, outras formas, consideradas especiais, quais sejam: testamento feito no meio rural (cinco testemunhas); testamento em tempo de peste (não exige a presença contemporânea das testemunhas); testamento de pais para filhos (não exige testemunhas); testamento militar (sem formalidades); testamento do cego (oito testemunhas); testamento do analfabeto (oito testemunhas); testamento do surdo-mudo (escrito pelo próprio punho).

11.2 Sucessão testamentária na atualidade

Procede inteiramente a ponderação de juristas e doutrinadores brasileiros ao asseverar que, no Brasil, a difusão da sucessão testamentária é minúscula.

Na verdade, de regra as pessoas passam pela vida e dela se vão intestadas; o reduzido número daquelas que testam o fazem porque não tiveram filhos, ou porque desejavam beneficiar (na vigência do Código Civil de 1916) o cônjuge, em desfavorecimento dos ascendentes, ou, ainda, porque desejavam beneficiar certas pessoas, por meio de legados ou, simplesmente, porque desejavam reconhecer filhos havidos fora do casamento.

Poucos são os que, possuindo herdeiros necessários, testam relativamente à parte disponível, sem prejudicar, com isso, os descendentes, os ascendentes ou o cônjuge ou convivente supérstite.

Esta espécie de aversão à prática de testar, entre nós, e devida, certamente, a razões de caráter cultural ou costumeiro, folclórico, algumas vezes, psicológico, outras tantas.

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 fluidos 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 estas atitudes, no dito popular, "arracem o azar...".

Mas, a par destas razões que igualmente poderiam estar a fundamentar a ineficaz prática brasileira do costume de testar, talvez fosse útil relatar, como o faz ZENO VELOSO,³ que há certamente outra razão a ser invocada para justificar a pouca frequência de testamentos entre nós. Esta razão estaria diretamente relacionada à excelente qualidade de nosso texto legislativo, a respeito da sucessão legítima. Quer dizer, o legislador brasileiro, quando produziu as regras gerais relativas à sucessão *ab intestato*, o fez de maneira primorosa, chamando a suceder exatamente aquelas pessoas que o *de cuius* clencaria se, na ausência de regras, precisasse produzir testamento. Esta tradição acompanha a evolução social e inclui, agora, o *conjugue* supérstite na classe dos herdeiros necessários. Poder-se-ia dizer, como o fez antes, na França, o insuperável PLANOL, que a regulamentação brasileira a respeito da sucessão *ab intestato* opera assim como se fosse um "testamento tácito" ou um "testamento presumido", dispondo exatamente como o faria o *de cuius*, caso houvesse testado.

Se assim for, compreende-se, então, a escassez de testamentos no Brasil, pois estes só seriam mesmo utilizados quando a vontade do *de cuius* fosse distinta daquela naturalmente insculpida na diagramação legislativa.

No entanto, curioso é observar que o legislador, a par destas situações, dedicou nada mais nada menos que cento e trinta e três artigos à sucessão testamentária, este modo excepcional de suceder.

Qual terá sido a razão que levou o legislador a produzir tão prolongado elenco normativo? E bem provável que a resposta tenha por fundamento motivos de ordem filosófica mais aprofundados que aqueles outros que querem justificar a escassez de testamentos baseada no "medo da morte". É provável que o legislador tivesse levado em conta uma ideia maior, a soberana ideia de homem de que, por meio do testamento, realizaria e expandiria, para além de sua morte e para um futuro no qual já não mais estará, uma das mais importantes ilações de sua personalidade, qual seja o seu desejo, o seu querer e a sua vontade, no que diz respeito ao destino a ser dado aos bens que em vida amealhou ou administrou, ou — quando é ainda mais significativo — no que diz respeito a disposições acerca de outros bens jurídicos, de caráter extrapatrimonial, mas por isso mesmo mais valiosos, quicá, que quaisquer outros, como, por exemplo, a disposição testamentária que tem por objetivo operar o reconhecimento da paternidade de um filho extraconjugalmente havido.

3. ZENO VELOSO, *Testamentos*.

Com a inteligência de sempre, sobre este assunto assim se expressou ZENO VELOSO: "O testamento é como o tabernáculo em que se guarda a *voluntas testatoris*. Paradoxalmente, o último suspiro do testador é o sopro vivificador que dá definitividade e eficácia à mensagem que o documento contém".⁴

Assim, então, a sucessão testamentária revelar-se-á por meio do testamento, que instituirá herdeiros ou legatários, os primeiros sucedendo a título universal e os segundos, a título singular. No entanto — e é de interesse sempre relembrar —, a liberdade de testar, no direito brasileiro, não é ilimitada, como o foi nos primórdios da história romana, pois que, entre nós, o legislador estabeleceu limites, operando reservas patrimoniais que beneficiarão aqueles parentes do *de cuius* designados herdeiros necessários.

Pode ocorrer também — e não é raro — que o testador não promova o total endereçamento de seu patrimônio disponível pela via do testamento, sobejando, assim, bens que terão o destino ditado, nesta circunstância, pela sucessão legítima. Isto é, nada obsta que convivam as duas formas de sucessão contempladas pelo direito brasileiro, quer na hipótese de existência de herdeiros necessários, quando então o legislador, a favor deles, obrigatoriamente determina a reserva de significativa quota patrimonial, quer na hipótese de inexistência de tais herdeiros, mas sendo certo que deixou, o autor da herança, de dispor integralmente de seus bens por meio do testamento.

O Código Civil de 1916, na esteira da legislação francesa, cuidou de definir o que entendia por testamento, fazendo-o em seu art. 1.626: "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".

Tratava-se de definição falha e censurada, especialmente porque o testamento, na verdade, possui disposições extrapatrimoniais, além do seu conteúdo patrimonial, não apontadas pelo preceito legal referido.

Além disso, não explicitava, o conceito, a respeito da real natureza jurídica do testamento, que é, conforme apontava já a melhor doutrina, ato jurídico unilateral, de caráter personalíssimo, solene, gratuito e eminentemente revogável.

O atual Código Civil não define expressamente o testamento, mas positiva algumas de suas características em seus arts. 1.857 e 1.858, como se verá já a seguir.

Sem dúvida, é ato jurídico unilateral, pois o momento do seu aperfeiçoamento é aquele em que o autor da herança declara a sua vontade, na forma da lei, dispondo, desta maneira, sobre a própria sucessão. A elaboração do testamento exige a presença mesma do testador, tão somente se admitindo a participação indireta de terceiro que apenas orientará, sob o ponto de vista técnico, o feito deste instrumento. Daí se dizer ser o testamento ato unilateral e personalíssimo.

4. ZENO VELOSO, *Comentários ao Código Civil* v. 21, p. 4.

Dado este seu caráter personalíssimo (CC, art. 1.858), torna-se inadmissível a possibilidade de validade do chamado testamento conjuntivo, que é aquele feito juntamente com outra pessoa, num mesmo instrumento.⁵ Se esta modalidade é vedada juridicamente (CC, art. 1.863), não ocorrerá o mesmo – sendo, portanto, válidos – se forem produzidos testamentos de natureza recíproca, pelos quais os seus respectivos testadores se beneficiam reciprocamente, desde que, obviamente, sejam estes testamentos realizados por meio de instrumentos distintos e desde que, como lembra ORLANDO GOMES, a corresponsividade não exista, restando presente apenas a reciprocidade.

Um aspecto interessante a ser observado é que a futura acatização da herança ou do legado não desvirtua a unilateralidade do testamento, já que se trata de manifestação de vontade posterior ao momento da formação, aperfeiçoamento e eficácia do ato.

Além disso, possui o testamento o caráter de gratuito, e inclui-se na categoria das liberalidades. Mesmo quando a herança ou o legado estejam submetidos a ônus ou encargos, ainda assim persiste a gratuitidade do testamento, posto ser inaceitável a ideia de exigência de contrapartida patrimonial compensatória, a favor do testador.

Sabe-se, por outro lado, que o testamento é ato essencialmente solene ou formal, já que sua validade e eficácia dependem, sob pena de nulidade, do atendimento à rígida forma imposta pela lei. Tais exigências visam acima de tudo revelar a seriedade do ato, alertar o testador sobre a liberalidade que está instituindo, bem como resguardar de dúvidas, ao depois, a livre manifestação da vontade do autor do ato, no momento de sua realização.

É, também, o testamento ato produtor de eficácia *causa mortis*, de sorte que o falecimento do testador retirará do instrumento toda possibilidade de vir a ser revogado, tornando-se, assim, definitivo (CC, art. 1.857, *caput*). No entanto, até que se dê o óbito, poderá, livre e ilimitadamente, revogar-lo ou alterá-lo seu autor (CC, art. 1.858, 2.ª parte). Consequentemente, como decorrência desta ampla liberdade que é assegurada ao testador, cada novo testamento terá o condão de revogar o testamento anterior, no que concerne às disposições de ordem patrimonial.

Em síntese, então, mostra-se o testamento como um ato: a) personalíssimo, uma vez que apenas o testador pode realizá-lo; b) revogável, porque a qualquer tempo o testador pode produzir novo instrumento revocatório do anterior, no que respeita

5. O testamento conjuntivo pode se revestir de três características diversas: pode ser simultâneo (quando os testadores falam na primeira pessoa do plural, dizendo a mesma coisa – ORLANDO GOMES, *Sucessões*, p. 98), recíproco (em que cada testador nomeia o outro como seu herdeiro) ou corresponsivo (quando então o motivo da reciprocidade passa a ser corresponsivamente declarado, como ocorre no caso de o testador A nomear B como seu herdeiro legatário, tendo-se em vista que B também nomeará A como herdeiro ou legatário).

as disposições de caráter patrimonial⁶; c) unilateral, porque se aperfeiçoa apenas e exclusivamente com a manifestação de vontade do testador; d) gratuito, porque não se compadece de qualquer aspecto oneroso, embora suporte a existência de imposição de encargos a herdeiro instituído ou legatário, o que não desvirtua a sua condição característica de gratuidade; e) solene, porque exige, para valer, a estrita observância dos requisitos essenciais e das formalidades legais; f) *causa mortis*, porque sua eficácia só será produzida após a morte do testador.

Feitas essas observações sobre a natureza jurídica deste ato jurídico que é o testamento, seria possível oferecer um conceito doutrinário que registrasse o perfil do instituto em tela. Para JOSÉ LUIZ DE OLIVEIRA,⁷ então, testamento seria “ato personalíssimo, unilateral, gratuito, solene e revogável, pelo qual alguém, segundo norma de direito, dispõe, no todo ou em parte, de seu patrimônio para depois de sua morte, ou determina providências de caráter pessoal ou familiar”.

11.3 Direito anterior

Tendo morrido o autor da herança durante a vigência do Código Civil de 1916, este será o diploma legal que regulará todos os aspectos da sucessão, respeitadas as alterações decorrentes da legislação especial então já vigentes, ainda que a partilha só se ultime quando vigente o novo Código (CC, art. 2.041), o que equivale a dizer que a lei de 1916, embora tendo perdido sua vigência com o fim da *vacatio legis* do novo Código, não perdeu sua eficácia, podendo-se afirmar, como o fez MARIA HELENA DINIZ, que “a eficácia residual da norma extinta cercará a da vigente, repelindo-a para tutelar relações jurídicas constituídas”,⁸ como é o caso da transmissão *causa mortis*. Tendo, porém, falecido o de cujus na vigência do atual Código Civil, este será o diploma que regulará toda a sucessão, seja ela legítima, testamentária ou ambas.

Resumo esquemático

1. Introdução

2. Conceitos

6. São disposições de caráter extrapatrimonial (CC, art. 1.857, § 2.º), por exemplo, o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, a nomeação de tutor para filho menor funeral, a deserção de herdeiro, a reabilitação de indulto, as determinações sobre o extrapatrimonial, não são revogáveis pela falta de testamento posterior a aquele que as contém, a menos que, por sua natureza, admitissem modificação da vontade do testador, como é o caso da nomeação de A ou B para o cargo de tutor em lugar de C, nomeado em testamento anterior.

7. JOSÉ LUIZ DE OLIVEIRA, *Sucessões*.

8. MARIA HELENA DINIZ, *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, p. 180.

3. Notícia histórica. Formas de testamento romano

4. Testamento na atualidade

- Diminuta difusão no Brasil: causas ou razões

5. Natureza jurídica do testamento: ato jurídico unilateral, caráter personalíssimo, solene, gratuito, eminentemente revogável

11.4 Referências doutrinárias

SOBRE FACULDADE DE TESTAR E ETIMOLOGIA DA PALAVRA TESTAMENTO

ZENO VELOSO (*Testamentos*, p. 14-15) registra, preciosamente, o seguinte: "SAVIGNY (*Sistema del derecho romano actual*, trad. espanhola de Mestia e Poley, 2. ed., t. VI, § CCCLXXV-IV, p. 288), o fundador da Escola Histórica, leciona que o direito das sucessões consiste na transmissão do direito do defunto a outras pessoas e, em síntese magistral, observa que ele constitui uma extensão do poder e da vontade do homem para além do término de sua vida. GUSTAV RADBRUCH (*Filosofia do direito*, 1934, trad. de Cabral de Moncada, § 21, p. 227), aponta que o princípio individualístico do direito sucessório é o da liberdade de testar, acrescentando: 'Nele não podemos ver senão uma manifestação do direito de propriedade, projetando-se ainda para além da morte do de cujus'. Na famosa carta que enviou ao ministro Martin Francisco, em 20 de setembro de 1867, em que expôs o seu novo e genial plano para o Código Civil, TEIXEIRA DE FREITAS observou que o senso comum, que de ordinário é o mais sábio dos jurisperitos, diz que os testadores são legisladores. Por sinal, a palavra *legatarius* deriva de *lex* (lex, legis).

O fundamento da faculdade de testar, como sentenciou ORCZIMMO NOBATO, responde à aspiração do homem de viver além da vida, à sua tendência de sobreviver, à sua solidariedade com o futuro.

Apesar de MAYNAR BARNOLAS tê-lo tachado de absurdo, este é um parecer isolado, pois o conceito generalizado em nossa época e nos tempos mais recuados é o de que, através do testamento, realiza-se uma das mais importantes atribuições da personalidade humana, sendo de milenar velhez a concepção de que, por meio deste ato e pelos efeitos que ele gera, chega perto o homem do inalcançável e sempre perseguido sonho da imortalidade.

Etimologicamente, testamento deriva de *testatio mentis*, isto é, atestação de vontade. Nas Institutas (L. II, T. X, princ.), JUSTINIANO consignou: *Testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis est*.

O testamento, assim, encerra a vontade de uma pessoa, projetando este querer para um tempo em que o declarante já é defunto. O testamento é como o tabernáculo em que se guarda a vontade testatoris. Paradoxalmente, o último suspiro do testador é o sopro vivificador que dá definitividade e eficácia à mensagem que o documento contém.

Dai a gravidade deste ato, o respeito que ele deve receber dos que ficaram. O testamento é a coisa santa (*res sacra*), pode-se afirmar, porque enuncia o mandamento de um homem que morreu, a sua última notícia, a sua vontade extrema, o derradeiro recado deixado por sua inteligência e seu espírito no mundo dos vivos".

11.5 Bibliografia

11.5.1 Citada

- DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
 GOMES, Orlando. *Sucessões*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
 LOPES DE OLIVEIRA, José. *Sucessões*. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1972.
 PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. São Paulo: RT, 1984.
 VELOSO Zeno. *Testamentos*. 2. ed. Belém: Cejup, 1993.
 ———. *Comentários ao Código Civil*. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21.

11.5.2 Recomendada

- ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: 1913.
 ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Borsoli, 1966.
 AMORIM, Sebastião Luiz. *Código Civil comentado*. Coord. Álvaro Villalá Azevedo. São Paulo: Atlas, 2004. v. 19.
 BEVILÁQUA, Clovis. *Código Civil comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955.
 CHAVES, Antonio. *Lições de direito civil*. São Paulo: RT, 1975.
 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – Direito das sucessões*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 6 vol.
 FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. São Paulo: RT, 1966. 4 vol.
 ITABARA DE OLIVEIRA, Anhur Vasco. *Tratado de direito das sucessões – Da sucessão testamentária*. São Paulo: Max Limonad, 1952. vol. 2.
 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil – Direito das sucessões*. 35. ed. Atual. Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003.
 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. vol. 6.
 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil – Direito das sucessões*. 25. ed. (com a colaboração de Zeno Veloso). São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 7.

- SURGIK, Aloisio. A influência da história na sucessão testamentária. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo, n. 4, abr.-maio-jun. 1978.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- VLIANA, Marco Aurelio S. *Teoria e prática do direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- WALD, Arnoldo. *Direito das sucessões*. 11. ed. São Paulo: RT, 1997.

FORMAS ORDINÁRIAS DE TESTAMENTO

12

GISELDA HIRONAKA

SUMÁRIO: 12.1 Introdução – 12.2 Formas ordinárias de testamento: 12.2.1 Testamento público; 12.2.2 Testamento cerrado; 12.2.3 Testamento particular – 12.3 Direito anterior – 12.4 Referências doutrinárias – 12.5 Bibliografia: 12.5.1 Citada; 12.5.2 Recomendada.

12.1 Introdução

Já se disse, o testamento exigirá, no momento de sua facção, o atendimento a determinada forma externa que fixará a espécie de testamento que deve ser escolhido, como instrumento válido e eficaz, tradutor da livre vontade do testador.

O direito brasileiro conservou a duplicidade classificatória do direito romano, realçando as formas ordinárias e as formas especiais de testamento.

12.2 Formas ordinárias de testamento

Encontram-se tais formas discriminadas no art. 1.862 do Código Civil, e são as seguintes: a) testamento público; b) testamento cerrado; e c) testamento particular.

12.2.1 Testamento público

É o lavrado pelo tabelião ou por seu substituto legal em livro de notas, de acordo com a declaração de vontade do testador, exarada verbalmente em língua nacional, perante o mesmo oficial e na presença de duas testemunhas idôneas e trazidos consigo. A exigência da utilização da língua nacional, que vinha expressa no Código Civil de 1916, embora não reproduzida pelo Código Civil atual, há de ser mantida, dado o caráter oficial e público do instrumento (CC, art. 215, § 3.º).

A publicidade, aqui, está a indicar a forma de facção do testamento. Mas isto não significa que, uma vez aperfeiçoado o negócio jurídico, pudesse qualquer pessoa interessada ou não – requerer certidão do testamento elaborado. Com efeito, a vontade manifestada pelo testador deve manter-se incólume à curiosidade alheia. No entanto, nosso Código Civil não proíbe a requisição de tais certidões, no que andou mal, devendo-se, quanto a este assunto, reconhecer que o melhor é a solução do Projeto outora elaborado por ORLANDO GOMES.¹

Os requisitos, portanto, desta modalidade de testamento são os que se contém no art. 1.864, e são requisitos essenciais, isto é, a ausência de qualquer um deles gera, por consequência, o afastamento de sua validade, tornando-o nulo.

Contudo, registre-se, embora essenciais, estes requisitos não são únicos ou exclusivos, devendo ser observados, também, os requisitos gerais da escritura pública, tal como determina o art. 215, § 1.º, do Código Civil, quando elenca que tal documento público deve conter certos requisitos, além de outros previstos em lei especial.

De qualquer modo, e como antes referido, a ausência de algum desses requisitos essenciais, gerais ou especiais, implicará a nulidade absoluta do testamento, pois, “havendo infração a uma regra jurídica de forma, a consequência, em regra, é a invalidade. E invalidade radical, nulidade, não se podendo cogitar de remendo ou conserto, porque se trata de invalidade insanável, circunstância que, no testamento, assume graves proporções, na medida em que o ato somente se executa quando o declarante já não existe mais, não podendo, por argumento, sabendo da falha, em ou omissão, praticar um ato novo”.²

Portanto, o testamento público deve ser lavrado pelo tabelião em seu livro de notas, exatamente de acordo com o que houver sido declarado pelo testador.

Este oficial público encarregado de lavrar as notas poderá ser, segundo a lei, além da pessoa do tabelião, também a autoridade diplomática (art. 18 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), o escrivão distrital e o escrivão de paz, desde que a estes tenha a lei atribuído as funções notariais específicas para lavrar testamentos públicos, bem como o oficial maior do tabelionato e o escrevente legalmente investido em tais funções tabelionais, mas desde que o titular não esteja no pleno exercício da serventia (CC, art. 1.864, I).

Enfim, é este oficial público quem estará encarregado de reproduzir fielmente o pensamento e a vontade manifestados pelo testador, ainda que a eles possa dar forma própria e solene, desde que este exercício não desvirtue aquilo que foi enunciado, de tal sorte que não sucumba a perfeita equivalência entre o declarado e o contido no instrumento.

1. ZENO VILELOSO, *Comentários ao Código Civil*, v. 21, p. 58-59 e 71.

2. ZENO VILELOSO, *Testamentos*, p. 139.

O testamento deverá ser redigido em língua portuguesa, sendo impossível a sua outorga em idioma estrangeiro, já que todos os atos públicos, conforme a lei brasileira, deverão ser enunciados no vernáculo.

Por isso, o testador enunciará sua última vontade em língua nacional, sendo certo que os erros de linguagem, o uso de expressões regionais ou até mesmo de palavras estrangeiras não serão motivo de prejuízo ao ato, desde que tenham sido compreendidas pelas pessoas presentes e que deveriam efetivamente compreender, isto é, o tabelião e as testemunhas.

O testador, portanto, não está obrigado a manifestar a sua vontade em português escorreito, livre de vícios de linguagem ou de defeitos morfológicos ou de sintaxe. Ao contrário, poderá fazê-lo da maneira que lhe é peculiar falar, com defeitos de linguagem, ou com sotaque, ou utilizando expressões próprias de uma determinada região ou mesmo utilizando certas palavras estrangeiras.

Nada impede, também – e agora isso decorre mesmo da lei, como já se fez referência – que o testador, a fim de bem concatenar suas ideias e bem expressar sua real vontade, utilize anotações particulares ou mesmo uma minuta elaborada por um técnico, por um profissional da advocacia.

Entre nós, diferentemente do que ocorre em outros países cuja lei determina que o testador deverá “ditar” ao notário o seu testamento, não há qualquer impedimento a respeito da autorização que tem o autor do testamento de ditá-lo ou declará-lo, socorrendo-se destes apontamentos que já tráfegamos, por si mesmo ou por outrem, especialmente contratado, lendo-os como ditado, ou simplesmente entregando-os ao tabelião para que os reproduza. Neste último caso, quer dizer, quando o testador entregar ao notário as suas anotações, minuta ou apontamentos, não estará dispensado de declarar que aquele é o seu testamento, pois que a oralidade é da substância deste ato jurídico; deverá, pois, ler suas notas ou, ao menos, declarar oralmente o que elas contêm, ainda que em linhas gerais, mas sem omissão de todo o espectro de sua intenção testamentária.

O que parece não ser possível aceitar, embora haja segmento jurisprudencial pendente neste sentido,³ é que se aceite a simples declaração do testador, de caráter apenas genérico e relativamente à minuta que entrega, de que aquele é o seu testamento, de que aquela é a sua derradeira disposição de vontade. Enfim, sua declaração deve ser específica e objetiva, se por acaso ele não procedeu – o que seria sempre melhor – a leitura de suas anotações.

Outra situação esdrúxula, mas de frequência corriqueira, infelizmente, diz respeito à prática de o tabelião produzir, antecipadamente, o testamento, a pedido do testador, operando, depois, apenas a sua leitura em face das testemunhas e do testador. O desrespeito ao Código Civil é evidente, por mais que esta praxe aparen-

3. V. decisão do STJ, 1.ª Turma, publicada na RF 92/393.

temente seja válida e econômica. O art. 1.864 é extremamente claro ao determinar que é requisito essencial do testamento que ele seja escrito pelo tabelião ou por seu substituto legal, em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador sempre na presença de duas testemunhas que a tudo verão e ouvirão.

Trata-se de outra daquelas ocorrências que dividem o resultado jurisprudencial, sendo que alguns tribunais, em nome da equidade e a favor do testamento, adotam soluções no sentido da validade do ato, mas outros não, como, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,⁴ que decidiu: "É nulo o testamento se o oficial, ao invés de lavrá-lo na presença e sob ditado ou de acordo com as declarações do testador, lança-o em seu livro de notas em cartório, antecipadamente, e só depois comparece à residência do testador impossibilitado de locomover-se, obtendo, então, a concordância do mesmo".

Mas, enfim, trazida por meio de declaração oral, ou ditada ao notário, a vontade do testador, passará acule à sua redação, sendo certo que a atuação do tabelião, na facção do testamento, deverá se desenvolver de modo absolutamente fiel, na medida exata em que reduza a escrito as declarações recebidas, de modo a traduzir perfeitamente o querer do testador. Contudo, não está ele obrigado a reproduzir literalmente, todas as palavras utilizadas pelo testador, mesmo porque estas não são técnicas e, às vezes, mais que atômicas, podem ser até mesmo impróprias. Mas, anote-se, embora diferenciado o texto escrito pelo notário – este mais claro, mais técnico, mais correto – será essencial que a reprodução conduza à fiel interpretação da vontade do autor da disposição, mesmo porque se trata de sua vontade verdadeira, cuja produção de efeitos vai se operar apenas depois de sua morte, quando já não será possível qualquer esclarecimento adicional, qualquer reparo, qualquer correção de eventual erro.

No entanto, apesar de todas estas diligências e cautelas próprias da atividade do tabelião, ainda assim poderá o documento conter imperfeições, falhas, erros ou enganos, bem como emendas, rasuras, borrões e suprimimentos. Caso estes vícios estejam relacionados à essência das disposições, estarão incluídos na categoria daqueles vícios capazes de invalidar o ato jurídico, nulificando o testamento, mas passíveis de serem sanados, desde que sejam ressalvados ao final da escritura, antes das assinaturas dos comparecentes. Não há impedimento a respeito de ser feita a ressalva após as assinaturas se, porventura, o defeito ou engano for detectado só então. Neste caso, será necessário repetir as assinaturas, após a ressalva. Operada, enfim, a ressalva, o ato jurídico estará livre do vício capaz de conduzir à nulidade, pois ocorreu a sua convalidação.

Todo ato deve ser assistido e presenciado, simultaneamente, por duas testemunhas que, segundo a exigência legal (CC, art. 1.864, II), devem ouvir, em

⁴ V. decisão publicada na RT 522/190.

simultâneo a leitura do testamento, para que restem convencidas de que as notas traduzem fielmente a declaração de última vontade do testador. Este é o princípio do *uno contextu* já consagrado desde o direito romano⁵ e que exige, então, na facção do testamento, a presença simultânea de todos os comparecentes, quer dizer, do testador, do tabelião e das duas testemunhas.

Menos rígido que no direito romano, a unidade do ato, nos dias de hoje, encontra-se atenuada, embora esta amenização de exigências não queira significar que possa algum dos comparecentes se ausentar por tempo indeterminado e sem razão suficiente a justificar a ausência. Por isso, breves e momentâneas interrupções podem ser suportadas, sem que tal ocorrência conduza à invalidade do ato, como, por exemplo, a falta de energia elétrica, a satisfação de necessidades fisiológicas básicas das pessoas ou o atendimento a uma emergência passageira.

Muito mais importante, hoje, é a unidade de contexto do testamento do que a unidade do ato propriamente dita, daí por que esta exigência já não consta expressamente (como antes acontecia) da lei civil. Quer dizer, mais importa a cetera e o sentido do ato jurídico em questão do que eventual interrupção que o mesmo venha a sofrer. Se interrompida a facção do testamento, ao recomenciar-lo deverão os comparecentes, todos, estar simultaneamente presentes, para a continuidade do ato.

Embora este seja um pensamento mais consentâneo com a realidade e, exatamente por isso, muito mais sábio e justo, é curioso registrar que a jurisprudência tem se mostrado sempre muito vacilante e até mesmo contraditória neste viés, ora se revestindo de posicionamentos mais liberais e frutificando soluções mais benévolas, ora se apresentando de forma mais rígida e extremada, não se admitindo a ausência de qualquer dos comparecentes, ausência esta que produz a interrupção do ato de facção do testamento.

A melhor opinião doutrinária e jurisprudencial é aquela esposada por ZENO VELOSO, que, na esteira de outros consagrados doutrinadores, escreve: "Louvamos a doutrina e a jurisprudência que não fulminam de nulidade o testamento em que ocorreram breves e passageiras ausências das testemunhas, observadas, é claro, as circunstâncias de cada caso. Mas não vemos como aceitar a tese em prol da validade de um testamento em que as testemunhas não assistiram à redução a escrito (e já não tinham presenciado as declarações orais do testador!), sem que isto importe em flagrante desrespeito à expressa norma legal".⁶

Após a lavratura, por forma manual ou mecânica (CC, art. 1.864, parágrafo único), o testamento deverá, obrigatoriamente, ser lido pelo oficial ou pelo próprio

⁵ "Uno contextu actus testari oportet: est autem uno contextu, nullum alienum testamentum intermiscere: quod aliquid pertinet ad testamentum faciat, testamentum non vitiat" (Digesto I, XXVIII, l. 1, frag. 21, § 3.º).

⁶ ZENO VELOSO, *Testamentos*, p. 147. Mais recentemente, do mesmo autor, o posicionamento exposto em *Comentários ao Código Civil*, v. 21, p. 63-64.

temente seja válida e econômica. O art. 1.864 é extremamente claro ao determinar que é requisito essencial do testamento que ele seja escrito pelo tabelião ou por seu substituto legal, em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, sempre na presença de duas testemunhas que a tudo verão e ouvirem.

Trata-se de outra daquelas ocorrências que dividem o resultado jurisprudencial, sendo que alguns tribunais, em nome da equidade e a favor do testamento, adotam soluções no sentido da validade do ato, mas outros não, como, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,⁴ que decidiu: "É nulo o testamento se o oficial, ao invés de lavrá-lo na presença e sob ditado ou de acordo com as declarações do testador, lança-o em seu livro de notas em cartório, antecipadamente, e só depois comparece à residência do testador impossibilitado de locomover-se, obtendo, então, a concordância do mesmo".

Mas, enfim, trazida por meio de declaração oral, ou ditada ao notário, a vontade do testador, passará àquela à sua redação, sendo certo que a atuação do tabelião, na facção do testamento, deverá se desenvolver de modo absolutamente fiel, na medida exata em que reduza a escrito as declarações recebidas, de modo a traduzir, literalmente, todas as palavras utilizadas pelo testador, mesmo porque estas não são técnicas e, às vezes, mais que técnicas, podem ser até mesmo impróprias. Mas, anote-se, embora diferenciado o texto escrito pelo notário — este mais claro, mais técnico, mais correto —, será essencial que a reprodução conduza à fiel interpretação da vontade do autor da disposição, mesmo porque se trata de sua vontade verdadeira, cuja produção de efeitos vai se operar apenas depois de sua morte, quando já não será possível qualquer esclarecimento adicional, qualquer reparo, qualquer correção de eventual erro.

No entanto, apesar de todas estas diligências e cautelas próprias da atividade do tabelião, ainda assim poderá o documento conter imperfeições, falhas, erros ou enganos, bem como emendas, rasuras, borrões e suprimentos. Caso estes vícios estejam relacionados à essência das disposições, estarão incluídos na categoria daqueles vícios capazes de invalidar o ato jurídico, nulificando o testamento, mas passíveis de serem sanados, desde que sejam ressalvados ao final da escritura, antes das assinaturas dos comparecentes. Não há impedimento a respeito de ser feita a ressalva após as assinaturas se, porventura, o defeito ou engano for detectado só então. Neste caso, será necessário repetir as assinaturas, após a ressalva. Operada, enfim, a ressalva, o ato jurídico estará livre do vício capaz de conduzir à nulidade, pois ocorreu a sua convalidação.

Todo ato deve ser assistido e presenciado, simultaneamente, por duas testemunhas que, segundo a exigência legal (CC, art. 1.864, II), devem ouvir, em

⁴ V. decisão publicada na RT 522/190.

simultâneo, a leitura do testamento, para que restem convencidas de que as notas traduzem fielmente a declaração de última vontade do testador. Este é o princípio do testamento, a presença simultânea de todos os comparecentes, quer dizer, do testador, do tabelião e das duas testemunhas.

Menos rígido que no direito romano, a unidade do ato, nos dias de hoje, encontra-se atenuada, embora esta amenização de exigências não queira significar que possa algum dos comparecentes se ausentar por tempo indeterminado e sem razão suficiente a justificar a ausência. Por isso, breves e momentâneas interrupções podem ser suportadas, sem que tal ocorrência conduza à invalidade do ato, como, por exemplo, a falta de energia elétrica, a satisfação de necessidades fisiológicas básicas das pessoas ou o atendimento a uma emergência passageira.

Muito mais importante, hoje, é a unidade de contexto do testamento do que a unidade do ato propriamente dita, daí por que esta exigência já não consta expressamente (como antes acontecia) da lei civil. Quer dizer, mais importa a coerência e o sentido do ato jurídico em questão do que eventual interrupção que o mesmo venha a sofrer. Se interrompida a facção do testamento, ao recomencê-lo deverão os comparecentes, todos, estar simultaneamente presentes, para a continuidade do ato.

Embora este seja um pensamento mais consentâneo com a realidade e, exatamente por isso, muito mais sério e justo, é curioso registrar que a jurisprudência se revestindo de posicionamentos mais liberais e frutificando soluções mais benéficas à ausência de qualquer dos comparecentes, ausência esta que produz a interrupção do ato de facção do testamento.

A melhor opinião doutrinária e jurisprudencial é aquela esposada por Zeno Veloso, que, na esteira de outros consagrados doutrinadores, escreve: "Louvamos ocorreram breves e passageiras ausências das testemunhas, observadas, é claro, as circunstâncias de cada caso. Mas não vemos como aceitar a tese em prol da validade de um testamento em que as testemunhas não assistiram à redução a escrito (e já não tinham presenciado as declarações orais do testador?), sem que isto importe em flagrante desrespeito à expressa norma legal".⁵

Após a lavratura, por forma manual ou mecânica (CC, art. 1.864, parágrafo único), o testamento deverá, obrigatoriamente, ser lido pelo oficial ou pelo próprio

⁵ "Uno contextu actus testari oportet, est autem uno contextu, nullum alienum testamentum intermiscere: quod aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitium" (Digesto I, XXVIII, t. 1, frag. 21, § 3.º).

⁶ Zeno Veloso, *Testamentos*, p. 147. Mais recentemente, do mesmo autor, o posicionamento exposto em *Comentários ao Código Civil*, v. 21, p. 674-6.

testador, se este assim desejar, sempre na presença um do outro e das duas testemunhas, em oitiva simultânea. Se tiver sido feita opção por processo mecânico de inscrição da vontade, deverão todas as páginas eventualmente utilizadas receber a rubrica do testador. A leitura do texto, respeitada a unidade acústica, será feita de modo integral, sem omissão de nenhuma palavra, frase ou texto, de maneira clara, inteligível e audível. Constará do texto testamentário a menção à pessoa que procederá à leitura, sob pena de nulidade.

A leitura, realizada nestes termos, é requisito essencial exigido pelo art. 1.864, II, do Código Civil, revelando-se assim, pois, como mais uma das formas do juízo cogente, e devendo por isso mesmo ser estritamente cumprida.

Por fim, será o documento assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião (CC, art. 1.864, III). Trata-se de formalidade extrínseca substancial demandada pelo legislador como mais um dos requisitos essenciais do testamento – por isso, se um dos comparecentes deixar de assinar, ou mesmo se não estiver presente no momento da assinatura, esta falha não poderá ser suprida depois, comprometendo inextoravelmente o ato, maculando-o de invalidez absoluta e insanável, pois

Se, porventura, o testador não souber ou não puder assinar, dispõe a lei que o tabelião ou seu substituto legal assim o declare, fazendo a designação de uma das testemunhas para que a rogo, por aquele assine (CC, art. 1.865).

Assinar a rogo, como é sabido, significa assinar o próprio nome, a pedido e em lugar de outrem. Assim, neste caso, a testemunha assina seu próprio nome no espaço designado ao testador, a pedido deste e em seu lugar. Não assina, como seria talvez possível imaginar, o nome do testador, pois se o fizesse estaria cometendo o crime de falsidade ideológica, tornando impronunciável o documento.

Quanto ao fato de ser necessária a aposição de assinatura de testemunha, a rogo, no lugar do testador, porque este não sabe ou não pode assinar, algumas considerações devem ser feitas. Se ele não souber assinar (esta será a hipótese de testamento das pessoas inteiramente analfabetas – as que não sabem ler nem escrever), só se admitirá mesmo esta modalidade testamentária, quer dizer, a que se faz por escritura pública.⁷

Por outro lado, poderá ocorrer que o testador saiba assinar, mas não possa fazê-lo naquele instante. Tal impossibilidade poderá ser resultante de alguma deficiência física, como, por exemplo, estar o testador com os braços engessados ou mesmo amputados, ou ter sido acometido de paralisia, de hemiplegia ou de qualquer outra patologia que o impeça de utilizar as mãos. Mas pode ocorrer, também, de estar o testador, naquele momento apenas, sob enorme dificuldade para assinar, embora não impossibilitado completamente da utilização de suas mãos – nesta circunstância

7. As pessoas que não sabem escrever, nem sequer assinar, mas que são capazes de ler, podem testar, também, pela modalidade de testamento cerrado, como se verá adiante.

cia também poderá pedir que uma das duas testemunhas assine por ele, devendo o tabelião ou seu substituto legal operar a menção expressa desta situação, embora não esteja obrigado a descrever o motivo gerador da impossibilidade.

Aliás, esta obrigação de o tabelião operar menção expressa de toda circunstância excepcional ocorrida durante a feição do testamento era fruto da ordem contida no art. 1.634, caput e parágrafo único, do Código Civil de 1916, não reproduzido nesta exigência legal de o oficial estar obrigado a menção de observância de todas e de cada uma daquelas formalidades, pois a ausência de uma única implicará, como já referido, a nulidade do testamento.

O testamento, como todo ato jurídico, pressupõe a capacidade do agente, conforme a genérica regra do art. 104, I, do Código Civil.

Por vezes, esta incapacidade para testar revelará menos uma inaptidão do espírito – como disse CLÓVIS BEVILAQUA – do que a ausência ou insuficiência da vontade para livremente dispor.

Sob a análise da espécie testamentária em exame – testamento público – e operando a interligação do assunto com os impedimentos decorrentes da incapacidade, dois temas se apresentam, em especial, à busca de explicitação.

Assim, então, apresenta-se o testamento do cego, a quem a lei (CC, art. 1.867), com o escopo de protegê-lo, conferiu esta única permissão para dispor, testamentariamente vale dizer, por meio da forma pública. No momento da leitura do testamento, afigurar-se-á uma peculiaridade, sendo cego o testador: o testamento lhe será lido duas vezes, uma pelo tabelião ou por seu substituto legal e outra por uma das testemunhas, designada pelo próprio testador. Imprescindivelmente, tais circunstâncias serão mencionadas no testamento, sob pena de nulidade.

O cego que souber assinar deverá subscrever ele mesmo o seu testamento, só se fazendo substituir por uma das testemunhas no caso de não saber assinar ou não poder assinar. Esta conclusão – a respeito de o cego poder assinar seu próprio testamento, caso saiba fazê-lo – tem opositores na doutrina, mas revela-se, sem dúvida, como a mais ponderável, já que, embora não podendo enxergar onde lança sua assinatura, todo o ato está sendo fiscalizado e referendado pelo oficial e pelas testemunhas.

A segunda hipótese a ser levantada refere-se ao testamento do surdo, que poderá se valer desta forma testamentária para poder expressar a sua derradeira vontade quanto ao destino de seu patrimônio, para depois de sua morte (CC, art. 1.866). O surdo – que não é mudo, mas apenas surdo –, de viva voz e em português, ditará o seu testamento ou declarará quais são as suas disposições de última vontade ao notário. Caso saiba ler, lerá pessoalmente seu testamento; se não souber, indicará a pessoa de sua inteira confiança para que, por ele, proceda à leitura, que não ouvirá, mas que ouvirão as duas testemunhas. Esta pessoa por ele designada, que não ouvirá, uma terceira pessoa, não interfere no ato.

No que respeita a hipótese de surdo-mudez, como o art. 1.860, devidamente interpretado à luz do art. 3.º, III, ambos do Código Civil, declara incapazes para fazer testamentos os que não puderem exprimir a sua vontade. Há de se proceder a uma análise casuística. É isso porque aqui, ressalte-se, estão mesmo só inseridos aqueles que são portadores de insuficiência da capacidade de expressão da vontade. Não estão incluídos no rol dos portadores de incapacidade testamentária os simplesmente mudos ou os surdicamente surdos; nem mesmo os surdos-mudos que puderem exprimir sua vontade. Se o deficiente portador de surdo-mudez puder se exprimir inequivocamente por alguma forma, certamente poderá testar por meio de uma modalidade testamentária que dispense a manifestação oral, como, por exemplo, o testamento cerrado.

Enfim, se houver sido lavrado um testamento público válido, em qualquer das hipóteses até aqui contempladas, ocorrendo o óbito do testador, qualquer interessado encaminhará ao juiz o traslado do mesmo, requerendo seja ordenado o seu cumprimento (CPC, art. 1.128, *caput* e parágrafo único). O magistrado, então, ordenará o seu processamento, autuando-o e oficiando, em seguida, o Ministério Público. Não havendo vício externo indutor de sua falsidade ou nulidade, o juiz determinará o registro, o arquivamento e o cumprimento do testamento.

Se o portador do instrumento testamentário não o apresentar, o juiz ordenará a sua exibição, desde que a requiera um interessado, podendo determinar, inclusive, a busca e apreensão do testamento (CPC, arts. 839 e 843).

Após o registro, o testamentário nomeado deverá, depois de intimado e no prazo de cinco dias, assinar o termo de testamentaria. Na ausência de tal nomeação, ou não a aceitando o indicio, o juiz procederá à nomeação de testamentário dativo, observando a preferência discriminada no art. 1.984 do Código Civil.

Em seguida, extrairá o escrivão cópia autêntica do testamento para ser juntada aos autos de inventário ou de arrecadação da herança. Todo este procedimento especial figura entre aqueles denominados jurisdição voluntária.

12.2.2 Testamento cerrado

Como já se mencionou anteriormente, inicialmente, em Roma, não era possível testar a qualquer momento: ou se esperavam os comícios curiatis que ocorriam duas vezes ao ano, quando então era realizado o *testamentum calatis comitiis*, ou seria possível, excepcionalmente, testar, em tempos belicos, por meio do *testamentum in procinctu*.

A carência de uma fórmula de testamento que viesse atender a circunstâncias de urgência, distintamente da excepcionalidade dos tempos de guerra, levou os romanos à criação do *testamentum per aes et libram*. Esta nova forma é a modalidade embrionária do atual testamento cerrado, cujas disposições se revestem de caráter sigiloso, se assim preferir o testador, sendo esta a grande vantagem que este instrumento apresenta.

Testamento cerrado, então, às vezes também designado testamento secreto ou místico, é o escrito pelo próprio testador ou por outra pessoa, a seu rogo, cujas disposições podem ser de caráter estritamente sigiloso, se assim preferir o testador, e que se completa pelo instrumento lavrado pelo oficial público, que o aprova, sempre na presença de duas testemunhas. Seu conteúdo, se esta for a escolha do seu autor, só será conhecido no momento de sua abertura e cumprimento, após o falecimento de seu testador, daí ser chamado de secreto.

Embora amplamente divulgado em sentido contrário, o caráter secreto do testamento não se apresenta como um de seus requisitos essenciais, de tal sorte que o sigilo – quando preferido – revela-se como faculdade do testador, e a seu 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.

Trata-se de modalidade testamentária, então, composta por duas partes distintas: uma de natureza particular, cuja facção compete ao testador, e outra de natureza pública, que compete ao tabelião. “Resulta de uma operação complexa de escritura particular e instrumento público de aprovação. Abrange, no dizer dos civilistas, duas solenidades – a cédula e o auto de aprovação.”⁸

O Código Civil oferece os elementos constitutivos de tal definição, capazes de explicitar, também, os elementos essenciais desta modalidade testamentária. O art. 1.868 refere-se tanto à cédula testamentária ou a carta sigilada, como ao auto de aprovação, enquanto o art. 1.869 refere-se apenas ao auto de aprovação.

Estes requisitos exigem, então, primeiramente, a facção de uma cédula testamentária, escrita pelo testador ou por alguém a seu rogo, desde que não seja o próprio herdeiro ou legatário, nem ascendente ou descendente, nem o irmão ou o cônjuge do beneficiado pela derradeira disposição, nem sequer um seu outro parente sucessível, um seu amigo íntimo ou um seu inimigo fidalgo,⁹ podendo ser redigido em língua nacional ou estrangeira – viva, morta¹⁰ ou artificial¹¹ –, desde que o testador a entenda, mas devendo utilizar-se apenas dos caracteres próprios da expressão gráfica de um certo idioma. Se escrito em idioma estrangeiro, será traduzido oportunamente, por ocasião de sua abertura e cumprimento.

8. CLO MARIO DA SILVA PEREIRA, *Instaurações*, vol. 6, p. 238, e ZENO VELOSO, *Testamentos*, p. 210.

9. Essas pessoas, ao entender do legislador, são consideradas suspeitas, podendo se auto-nomear, ou a outrem, caso lhes fosse atribuída a capacidade de receber, a rogo do testador, o seu testamento cerrado.

10. Como o latim, por exemplo.

11. Como o espanhol, por exemplo.

Contudo, ainda que a cédula testamentária seja escrita em língua estrangeira, o auto de aprovação a ela equivalente deve ser produzido em língua nacional. E, mais, ainda que escrito em língua estrangeira, a declaração posterior do testador, produzida também em língua nacional.

Nada obsta que seja escrito à mão ou mecanicamente, pois o que lhe confere a validade é a assinatura do testador aposta página a página do documento, como forma de autenticação.¹² A lei não é clara sobre a possibilidade de a numeração das páginas, requisito que exige, ser feita segundo o processo mecânico, parecendo, no entanto, desatendida a exigência de a numeração ser feita de próprio punho (CC, art. 1.868, parágrafo único).

Observe-se que o ato de escrever o testamento pessoalmente ou solicitar a outra pessoa que o faça é uma faculdade do testador, admitida pela lei; no entanto, deverá ele próprio assinar a cédula, em todas as suas páginas,¹³ e esta é uma exigência obrigatória, e não facultativa, e que não pode ser afastada nem sequer se o testador não puder assinar, quando então deverá testar por outra forma que não a do testamento cerrado. Uma tal interpretação decorre da inexistência de referência expressa à possibilidade de a assinatura ser aposta pelo redator do testamento em lugar do testador, hipótese antes referenciada pelo Código Civil de 1916 quanto ao testamento cerrado (CC/1916, art. 1.638, III).

Além do que, o art. 1.872 do Código Civil determina que aquele que não saiba ou não possa ler está impedido de testar pela forma cerrada. Em assim sendo, apenas aquele testador que pode e sabe ler, mas já não escrever, em decorrência quer de uma qualquer debilidade manual, passageira ou permanente, ou mesmo pessoa que lê, mas não escreve,¹⁴ poderia requerer a redação da cédula testamentária a rogo, devendo, no entanto, guardar a aptidão para assinar por si.

12. Esta é a posição doutrinária mais destacada e mais numerosa, a respeito do tema, em que pese pensamento completamente diverso de juristas de escol, como PONTES DE MIRANDA, ORLANDO GOMES, CARLOS MAXIMILIANO, PINTO FERREIRA, entre outros, que não concordam com a ideia de que possa ser produzida, mecanicamente, uma cédula testamentária de testamento cerrado.

13. Mesmo no caso de testamento manuscrito por terceiro a rogo do testador, parece ser de bom alvitre que este último aponha sua assinatura em todas as páginas do testamento, autenticando-as segundo a exigência do parágrafo único do art. 1.868 do Código Civil. Assim procedendo, deixará clara a sua total concordância com o todo redigido.

14. O próprio pai da coautoridade deste livro, JOÃO NOVAS, enquadrava-se nesta situação: era capaz de ler, mas não escrevia, nem sequer assinava seu nome, vindo a aprender a desenhá-lo apenas na década de 60, para efeito de obter título de eleitor. A coautora, GISELA M. F. NOVAS FIBONAKA, aos 10 anos de idade, foi quem o ensinou a assinar, sendo o, passou a se enquadrar na hipótese de requerer a um terceiro que lhe redigisse um testamento cerrado, o qual assinaria, depois de proceder a sua cuidadosa leitura.

ZENO VELOSO faz uma preciosa observação a respeito desta circunstância de o testador não saber assinar, dissipando comum crítica a respeito do dispositivo legal em pauta (CC, art. 1.872), embora ele mesmo estranhe bastante a hipótese de um analfabeto possa fazer testamento cerrado. O testador pode não saber daí que poder assinar, mas deverá poder e saber ler".¹⁵

No mesmo sentido, a dicção de CLOVIS BEVILAQUA, autor do Projeto que instituiu o antigo Código Civil brasileiro, por promulgação em 1916 e vigência em 1917, 1.641 [atual art. 1.872]: "O Código, naqueles primeiros dispositivos, refere-se à impedimento ocasional; mas, sabendo ler, verificará o que por ele escreva, ou por rogo, a pessoa a quem confiou essa tarefa. Não sabendo ler, ou não podendo, estará privado de fazer essa fiscalização".¹⁶

Pessoalmente, não vejo estranheza em tal situação, pois, como já referi, há pessoas que leem, mas não escrevem, nem sequer assinam.

Por isso, 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 analfabeta. Podem, no entanto, estar por esta via aquelas pessoas que, em decorrência da idade avançada ou outra causa, possam ler, ainda que com dificuldade e vagar.¹⁷

Em segundo lugar, exige a lei que a cédula testamentária seja entregue pelo testador ao tabelião (e não já a um seu substituto legal, como pode ocorrer no caso de redação de um testamento público), perante duas testemunhas (CC, art. 1.868, I), declarando ser aquela a sua disposição de última vontade, requerendo a aprovação da mesma (CC, art. 1.868, II). Nesse passo, inicia-se a fase pública do autenticadora do tabelião, integrando-as, consolidando-as num só procedimento, produzindo o testamento cerrado.

Deverá, então, o testador entregar pessoalmente ao notário a sua cédula, declarando ser aquela o seu testamento, vale dizer, as suas disposições de última vontade, e requerendo a sua aprovação.

Não produz efeito algum a ausência de data estampada na cédula testamentária, ou a extensão temporal entre a sua feição e a sua apresentação ao tabelião, para elaboração do auto de aprovação. Nessa modalidade, o que importa e produz efeito é a data deste auto de aprovação (CC, art. 1.874): o testador deve estar em

15. ZENO VELOSO, *Testamentos*, p. 214.

16. CLOVIS BEVILAQUA, *Código Civil comentado*, vol. 6, p. 103.

17. ZENO VELOSO *Comentários ao Código Civil*, v. 21, p. 113.

plena capacidade de testar a este tempo, desconsiderando-se o fato de ser ele, ou não, portador de capacidade testamentária ao tempo da facção da carta ou cédula testamentária.

Se o testador for mudo ou surdo-mudo capaz de expressar a sua vontade, mas, de qualquer forma, impedido de realizar oralmente aquela declaração referida, concede-lhe a lei a prerrogativa de fazê-lo por escrito, perante o oficial e as duas testemunhas, na face externa do instrumento (CC, art. 1.873). Nessa hipótese, então, o deficiente, impossibilitado de falar, escreverá que aquele é o seu testamento, para o qual pede a aprovação, por tê-lo como bom, firme e valioso. Esta circunstância de ter ocorrido a declaração por escrito, e não verbalmente, será obrigatoriamente mencionada pelo tabelião no seu auto de aprovação.

O auto de aprovação a ser lavrado pelo oficial ocorrerá na presença das testemunhas, iniciando-se logo a seguir à última palavra do testador. Isto é, após a sua assinatura na cédula testamentária. Caso não haja espaço suficiente na folha de assinatura para iniciar o auto de aprovação, o oficial o exarará em folha apartada, mas fazendo dela consignar tal fato e colocando, na cédula testamentária, o seu sinal público, a fim de que nenhuma folha possa vir a ser substituída no futuro (CC, art. 1.869, parágrafo único).

A seguir, o oficial lerá o auto de aprovação ao testador e às testemunhas, simultaneamente, ocasião em que colherá a assinatura de todos os comparecentes. Se o testador não puder assinar o auto de aprovação, uma das testemunhas o fará por ele, declarando que o faz a rogo, não havendo, aqui, incompatibilidade com o que se disse a respeito da assinatura a rogo da cédula testamentária, motivo pelo qual a pessoa que devidamente tenha assinado o seu testamento pode requerer, por motivo justificado, como uma paralisia temporária ou por estarem os braços imobilizados, que terceiro assine o auto em seu lugar.

Convenha lembrar que a mesma exigência a respeito da unidade do ato, registrada para a facção do testamento público, também se dará para o testamento cerrado, devendo, pois, todas as formalidades ser cumpridas de modo ininterrupto. Todos os partícipes da facção testamentária – testador, oficial e testemunhas – deverão estar simultaneamente presentes a todos os atos, desde a apresentação da cédula testamentária pelo testador ao tabelião até a conclusão do termo de aprovação.

Assim, e concluído o auto de aprovação, o oficial dobrará, bem como dobrará a cédula testamentária – que, em regra, ninguém leu¹⁸ –, e os colocará, juntos, dentro

18. Como já houvera sido mencionado antes, e apesar das opiniões em sentido contrário, entendemos não ser da essência do testamento cerrado a manutenção do sigilo a respeito do conteúdo da cédula testamentária, desde que assim prefira o testador. É claro que normalmente alguém escolhe esta modalidade exatamente por ser aquela que melhor lhe garante o segredo a respeito de suas disposições de última vontade, mas se o oficial, ou as

de um involuço que depois coserá, com pontos de retiro, lacrando, a seguir, os pontos da costura. Este ato de lacrar – quer dizer, colocar lacre nos furos da costura e até mesmo marcar o lacre com a aposição do sinete do oficial – não está previsto em lei como exigência, mas o costume e de assir fazer, pois a providência dificulta bastante a violação do documento ou qualquer tentativa de violação.

Fechado, cosido e lacrado, o involuço será entregue ao testador ou a pessoa que este indicar, a fim de que seja apresentado em juízo, por ocasião da abertura da sucessão. O oficial público que lavrou o auto de aprovação lançará em livro próprio – que é o livro de registro de testamentos cerrados – anotações indicativas do lugar, dia, mês e ano em que o testamento tenha sido aprovado e entregue (CC, art. 1.874), podendo, inclusive, registrar o nome e a qualificação das testemunhas daquele ato.

Como foi possível verificar, a cédula testamentária e o auto de aprovação são produzidos em momentos diversos, submetem-se a regimes distintos, têm diferentes requisitos essenciais de validade, mas são instrumentos que se completam, obrigatoriamente. Cada um, sozinho, nada significa, nada vale, nenhum efeito produz. Mas juntos, fechados e costurados num mesmo involuço, transformam-se nesta peculiar modalidade testamentária que se caracteriza especialmente pelo sigilo pelo conteúdo das disposições mortuárias, até que efetivamente ocorra o teor ou o do testador. Sua abertura só então será operada pelo magistrado a quem estiver incumbido o *munus* de cumpri-lo.

Considerar-se-á revogado o testamento cerrado que vier a ser aberto pelo testador. Presume o legislador que, nestas condições, o seu autor pretendeu revogá-lo. No entanto, se for encontrado aberto após o falecimento de seu autor, deverá o magistrado a quem se o apresentar determinar a verificação desta situação, para que reste apurado se foi aberto inadvertidamente ou até mesmo maliciosamente por quem o encontrou, ou por qualquer outra pessoa. Se assim restar provado, e seu cumprimento.

A execução e o cumprimento desta forma testamentária obedecem ao que dispõem os arts. 1.875 do Código Civil e 1.126 do Código de Processo Civil.

12.2.3. Testamento particular

O testamento particular, aberto ou holográfico¹⁹ é o escrito e assinado pelo próprio testador, lido em voz alta, pelo próprio testador, perante três testemunhas

testemunhas, ou quem quer que seja, conhecerem o teor do testamento cerrado antes que seja ele aberto, este fato não induzirá a nulidade do instrumento, segundo entendemos. Alguns autores, como ITABRANA DE OLIVEIRA, grafam o adjetivo sem a letra h, porém os ditos autores atuais, como o Aurélio, grafam no apêndice a seguir.

idôneas, que também o subscrevem. O Código Civil não impede, no entanto, que sejam mais de três as testemunhas que intervenham na facção do testamento. O número fixado é o mínimo, nada impedindo a sua não observância, desde que para mais. Nulo será, em princípio, apenas o testamento particular em que só uma ou duas testemunhas tenham estado presentes à leitura do escrito.

Os requisitos essenciais desta modalidade testamentária são aqueles agrupados nos parágrafos do art. 1.876 do Código Civil.

Determina a lei que o próprio testador o recija, leia e assine. Assim, a *holografia* – ser inteiramente escrito – e a *autografia* – ser escrito pelo testador – são características do testamento particular que se têm como essenciais, restando infirmado de nulidade se ocorrer a sua inobservância.

Assim, é requisito essencial de validade do testamento que o testador o recija pessoalmente e sozinho, não aceitando ajuda de ninguém, no momento da escrituração do documento. Essa atividade, pois, é personalíssima do disponente, inadmitindo-se que seja o testamento escrito por outrem, a rogo.

Nulo, pois, será o testamento particular cuja escrituração tenha sido produzida, no todo ou em parte, por terceiro. Segundo ORLANDO GOMES, esta intervenção de outra pessoa na produção da escrituração de um testamento particular, ainda que em trechos irrelevantes, ainda que a respeito de assunto insignificante, compromete irremediavelmente o ato, tornando-o nulo. Contudo, uma outra tradição doutrinária, encabeçada por PONTES DE MIRANDA e acompanhada por juristas de concepção mais consentânea com a realidade da vida, com o princípio do *favor testamenti* e com o respeito à *voluntas mortis causa*, parece não levar as causas da nulidade a um estágio tão radical, desconsiderando eventual, mínima e insignificante interferência de outrem como algo suficiente para invalidar o ato.

O Código Civil pôs fim a uma longa discussão doutrinária, que grassou durante quase toda a vigência do Código de 1916, a respeito de ser ou não possível confeccionar o testamento particular por processo mecânico.²⁰ E que a vetusta codificação

A respeito, assim se expressou ZENO VELOSO, em *Comentários*..., a p. 125: "Aliás, *holografo* é melhor que *ológrafo*, pois o nome vem de *holos* – inteiro, completo – e *grapho* – escrever. São estas as duas raízes do vocábulo. Etimologicamente, a palavra é grega e significa inteiramente escrito".

20. Manifestaram-se contra a possibilidade de produção mecânica do testamento holografo, entre outros, autores do *Porto de Itaboraí* de OLIVEIRA, PONTES DE MIRANDA, CARVALHO SANTOS, CARLOS MAXIMILIANO, MARCO AURELIO S. VIANA, FERREIRA ALVES, ORLANDO GOMES, GILIO MACHADO SILVA PEREIRA e RICARDO RODRIGUES GAMA, entre outros. Manifestaram-se a favor da possibilidade de produção mecânica do testamento holografo, entre nós, os seguintes autores: CANDIDO DE OLIVEIRA FILHO, ZENO VELOSO, MARIA HELENA DINIZ, NET DE MELLO ALARCA e SERIO RODRIGUES, entre outros. Na vigência do Código anterior, também a outra deste capítulo posicionara-se pela possibilidade de o testamento particular ser redigido por meio de instrumentos mecânicos.

exigia, de forma expressa, apenas os requisitos da holografia e da autografia, silenciando a respeito da necessidade de ser ou não o testamento escrito pelo próprio punho do testador, requisito este a que se convencionou denominar *dermografia*. Testamento autógrafo e testamento dermógrafo não são uma e única coisa.²¹

Bem por isso o legislador prevê, atualmente, as duas hipóteses, distinguindo-as quanto aos requisitos que se mostram essenciais, segundo seja o testamento particular autógrafo e dermógrafo ou autógrafo por processo mecânico.

Assim, reza o § 1.º do art. 1.876 do CC que o testamento particular redigido de próprio punho seja lido e assinado pelo testador na presença de um número mínimo de três testemunhas, que subscreverão a última vontade do leitor, logo após a aposição de assinatura deste.

Ja o testamento datilografado ou digitalizado e, posteriormente, impresso não pode apresentar rasuras, nem conter espaços em branco, pelo que se recomenda a utilização de um espaço não muito grande, mas razoável entre as linhas e, principalmente, entre os parágrafos, obedecendo-se a um certo rigor e a uma certa homogeneidade na apresentação estética da peça, sob pena de ser o juiz, ao depois, obrigado a nulificar o instrumento testamentário por este apresentar dúvidas quanto à possibilidade ou não de ter sido interpolado por terceiro que tenha obrado de má-fé. Também nesse caso de testamento impresso exige a lei a leitura da cédula testamentária pelo próprio testador, na presença de pelo menos três testemunhas (CC, art. 1.879, § 2.º).

Em última análise: em sede de testamento particular, essencial não é que ele seja escrito à mão – essencial é a atividade direta e pessoal do testador.

Outro aspecto digno de registro diz respeito ao fato de que o testamento particular não exige unidade do contexto de sua escrituração, quer sob o ponto de vista do tempo, quer sob o ponto de vista do lugar de sua facção. Vale dizer, o ato de escrever o testamento pode ser interrompido pelo testador quantas vezes ele quiser ou necessitar, podendo trocar o lugar de sua escrituração também como desejar, sem que isso acarrete qualquer transtorno à validade do ato. Pode, enfim, o testador, por exemplo, levar meses ou anos para concluir a escrituração das suas derradeiras disposições de vontade, podendo tê-las iniciado num lugar e terminado em outro. Nada de errado estará ocorrendo.

21. Observe-se que, por não operarem correia distinção entre *autógrafo* e *dermógrafo*, alguns autores nacionais deixaram de abraçar a tese de que podia ser o testamento particular escrito *dermógrafo*. Atenção a este respeito era sempre recomendada pois o contrário implicava o risco de todos os males, que era o de nulificar um ato por motivo não previsto na lei. Mais grave tornava-se a situação quando se reconhecia de que o ato em questão, o testamento, não poderia mais ser ratificado, nem sequer trilhado, ou mesmo refeito por estar o seu autor morto. Em boa hora o Código Civil operou a pacificação da doutrina.

A unidade de contexto, nesta modalidade testamentária, só estará sendo rigorosamente exigida depois, quando, terminada a escrituração e assinado o documento, o testador proceder à leitura de seu testamento na presença das testemunhas, colhendo, depois, a assinatura delas. Então, nessa fase de apresentação do testamento, a unidade do contexto passa a ser exigida, sim, devendo as testemunhas, em conjunto e simultaneamente, ouvir a leitura e assinar o documento, sob pena de nulidade.

No que diz respeito ao idioma, não há qualquer obstáculo – aliás, a lei o admite expressamente – para que se produza o testamento em língua nacional ou língua estrangeira, restando como exigência insuperável que as testemunhas compreendam tal idioma (CC, art. 1.880). Não haveria nenhum interesse em se proceder à leitura do testamento se, por acaso, uma ou algumas das testemunhas não pudessem entender, pelo fato de estar escrito em idioma desconhecido para ela.

Após o falecimento do testador de testamento particular escrito em língua estrangeira, será obviamente necessário que o mesmo seja verificado para o português, por tradutor juramentado, para que se lhe possa dar cumprimento (CPC, arts. 156 e 157).

Embora não esteja consignado no texto legal, CLOVIS BEVILAQUA²² adverte para a necessidade de ser aposta a data em que o testamento foi elaborado, pois assim se poderá aferir, com certeza, a capacidade do testador à época de sua feição, além de ser elemento imprescindível para a determinação de qual, entre dois ou vários testamentos, prevalecerá se ocorrer a hipótese de multiplicidade de documentos. No entanto, os doutrinadores são unânimes em afirmar que a ausência da data – que não é requisito legal, nem sequer essencial, pois – não induzirá a possibilidade de anulação do ato.

A lei exige, também, que o testamento particular seja assinado pelo testador, sendo que sua assinatura é essencial para a validade e consequente eficácia do ato. Será a aposição, enfim, dessa assinatura que determinará a finalização do testamento. Portanto, qualquer outro acréscimo que venha a ser feito depois de assinado o testamento pelo seu autor será tido como não escrito, ressalvada a hipótese de o testador novamente assinar o documento, juntamente com todas as testemunhas se elas já houvessem assinado – todas ao mesmo tempo, guardando a unidade do contexto desta fase de acréscimo ou alteração –, providências estas, então, que favoreceriam a salvaguarda da validade do testamento.

22. O ilustre jurista, autor do Projeto que deu origem ao Código Civil de 1916 (1899), havia incluído a data como requisito essencial do testamento particular, mas o Código não mencionava esta exigência. Em comentários posteriores à promulgação do nosso Código Civil, CLOVIS BEVILAQUA manifestou-se da seguinte maneira: "É uma lacuna grave, cuja providência do testador cabe suprir. Mas, não estando enumerado este requisito como essencial, a sua falta não anulará o testamento" (Código Civil comentado, vol. 6, p. 57). Válidos se mantêm os comentários do autor.

são em número de três, pelo menos, as testemunhas que deverão intervir no testamento particular e que o assinarão prontamente, após a leitura (CC, art. 1.876, §§ 1.º e 2.º). Delas se exigirá, por ocasião do processo de publicação, o depoimento sobre o que presenciaram e ouviram.

Novidade relativamente ao regime anterior, no entanto, é a possibilidade aberta ao juiz de confirmar um testamento particular que contenha a declaração de circunstâncias excepcionais que justifiquem o fato de não haver a intervenção de qualquer testemunha (CC, art. 1.879). Uma hipótese tal pode se configurar, por exemplo, quando o testador residir em local ermo, desabitado, onde a ausência de pessoas de confiança, como devem ser, em princípio, as testemunhas, seja uma realidade, ou, quando tais pessoas existirem, sejam justamente as beneficiárias da última vontade declarada. Nesses casos, pode o testador, explicando uma tal situação, testar sem a intervenção testemunhal. Problema que se pode por é o de se saber se um testamento assistido por uma ou duas pessoas, fazendo o testador a circunstanciada explicação dos motivos de um tal fato, não pode, também, ter a sua validade reconhecida pelo juiz. Parece que os juizes deverão, sim, reconhecer como válidas as últimas vontades de um testador que, ao testar, contava apenas com uma ou com duas pessoas a seu lado. Quem pode o mais (fiar-se apenas nas explicações do morto) pode o menos (confiar não só no morto, como na testemunha ou nas testemunhas que assistiram à leitura da célula onde constam, ademais, as explicações para a insuficiência de assistentes, podendo, inclusive, testemunhar sobre a veracidade de tais circunstâncias).

Outra hipótese de configuração é a daquele testamento feito em situação de risco iminente e grave. Assim, o testador que se encontra num avião em pane, por desde que faça expressa menção da impossibilidade de tal assistência.

A leitura do testamento deve ser feita pelo próprio testador, já que o Código assim dispõe expressamente (CC, art. 1.876, §§ 1.º e 2.º). Mas se ocorrer de a leitura ser feita por terceira pessoa e sendo indicada a causa para tanto, caberá ao juiz, ouvidas as testemunhas, verificar se a nulificação do testamento se impõe. Parece que uma posição rigorosa quanto a este aspecto representa um excesso de formalismo que não se justifica.

Há algumas consequências muito interessantes a partir desse modo de interpretar o disposto nos parágrafos do art. 1.876 do Código Civil. Por isso – sendo possível, em alguns casos, se proceder à leitura do testamento particular por pessoa diversa da do testador – não se negará esta forma testamentária ao mudo, nem a aqueles que tenham dificuldades com a fala, como os gagueiros, os afônicos e outros. Alguém lê, por eles, aquilo que pessoalmente escreveram como suas disposições de última vontade.

Já o inteiramente analfabeto, que não pode escrever nem assinar, não poderá se utilizar dessa modalidade testamentária, por óbvio.

Quanto ao cego, é preciso recordar que também não pode tal pessoa se utilizar dessa modalidade testamentária, por expressa determinação legal, que só admite ao portador de tal deficiência visual, a utilização da modalidade pública de testamento (CC, art. 1.867).²³

Após o óbito do testador, outras formalidades deverão ser cumpridas, tendo em vista o efetivo cumprimento das últimas disposições de vontade. Essas formalidades – agora alinhavadas após a formação do ato testamental – produzem-se, em primeiro, com a publicação do testamento em juízo, mediante o requerimento dos interessados, citando-se os herdeiros necessários (CC, art. 1.877), que sucederem a totalidade do acervo patrimonial, caso o autor da herança falecesse *ab intestato*.

O processo de publicação judicial do testamento obedecerá ao procedimento instalado pelo art. 1.130 e ss. do Código de Processo Civil.

O art. 1.878 do Código Civil dispõe sobre a confirmação das testemunhas, em juízo, e acrescenta que a ausência ou morte de até duas delas não impedirá tal confirmação pela(s) testemunha(s) remanescente(s), desde que o magistrado que presidir ao inventário entender que concorrem provas suficientes da veracidade da cédula.

Então o juiz homologará o testamento e ordenará o seu cumprimento, tudo conforme dispõe o art. 1.126 do Código de Processo Civil.

Vantagens e desvantagens desfilam quando o tema é testamento particular. Inegavelmente, como de modo magistral aponta CARLOS MAXIMILIANO,²⁴ o testamento holográfico constitui a salvaguarda suprema da liberdade testamentária. Além disso trata-se de modalidade econômica, de facção rápida e informal.

Por outro lado, submete-se a certos inconvenientes desagradáveis, alguns dos quais comprometem, inclusive, a sua eficácia, como, por exemplo, a maior ocorrência, entre todas as modalidades previstas, de falsificações, de adulterações e de extravios. Ou, por exemplo, o fato de que, entre nós, esta modalidade pode não garantir o sigilo das disposições testamentárias, tendo em vista o número de testemunhas que intervêm. E, ainda, o fato de ficarem a comprovação e a homolo-

23. Não estivesse estampada, contudo, a incontornável posição do legislador, talvez fosse possível imaginar o deferimento dessa modalidade testamentária também ao cego, sem incorrer nos riscos e na insegurança em que estiveram, certamente, *na mens legis*, ao tempo da construção do antecedente do referido artigo (art. 1.637 do CC/1916). Assim, e só para o efeito de exercício do raciocínio, o cego poderia escrever, pessoal e inteiramente, seu testamento pelo método braille, assinar de próprio punho o documento, rubricando todas as páginas, proceder – ele mesmo ou outra pessoa que indicasse – a leitura do testamento, perante pelo menos três testemunhas não deficientes visuais, mas que conhecessem o método braille – em analogia ao art. 1.880 do Código Civil –, que atestariam, com a oitiva simultânea e com suas assinaturas, a veracidade e a perfeita equivalência entre o que foi escrito pelo testador e o que lhes tenha sido lido.

24. CARLOS MAXIMILIANO, *Direito das sucessões*, vol. 1.

gação do testamento completamente à mercê da sobrevivência de pelo menos uma das testemunhas.

Se não restarem testemunhas, não será possível dar cumprimento à disposição de última vontade do autor da herança. Nada mais inconveniente, quando se trata de dar execução a um ato que contém disposições de última vontade, que deixá-lo à mercê da confirmação de pessoas que, um dia, o testemunharam, mas que poderão estar senis, incapacitadas, desmemoriadas, doentes, sem condições, mentais ou físicas, enfim, de dar o seu depoimento eficiente, no sentido da confirmação da vontade derradeira do defunto, autor do testamento, autor da herança.

A superação de tantos e tão grandes inconvenientes, com o aproveitamento das inegáveis vantagens que esta modalidade produz, provavelmente se dará pela futura simplificação de sua facção e pela eventual diminuição de seus pressupostos e requisitos essenciais.

Muitos países²⁵ já se utilizam, e com enorme sucesso, de formulações mais simplificadas que garantem a liberdade de testar, garantem uma maior possibilidade de eficácia, ao tempo da execução, e garantem uma significativa redução no consumo de texto das formalidades legais essenciais. O Brasil vai ao encontro dessa imperiosa necessidade de simplificação, mas ainda reveste a modalidade de excessivos, e até exagerados, requisitos de natureza intrínseca.

Mais de uma vez citado, é ZENO VELOSO quem, entre nós, contemporaneamente, busca oferecer sugestões de superação das desvantagens e dos inconvenientes que o testamento holográfico pode produzir, uma das quais foi incorporada ao novo Código Civil, restancio outras ainda atuais.

Uma das sugestões por ele destacada quando ainda vigente o Código Civil de 1916, fundamentalmente, era a relativa à aplicação do princípio da conversão²⁶ dos certos testamentos.²⁷

O ponto central desse assunto diz respeito à seguinte indagação: em face de um testamento nulo – por ausência de atendimento a requisito essencial –, seria possível validá-lo sob outra forma modal, desde que essa outra inexistisse o requisito que deflagrara a nulidade do primeiro instrumento? Dito de outro modo: um testamento cerrado, cujo auto de aprovação fosse nulo, valeria como testamento particular se preenchidos os requisitos essenciais ou os elementos substanciais do

25. França e Alemanha, por exemplo. A respeito, v. a lição de ZENO VELOSO, *Testamentos*, p. 263-264.

26. Aspecto da conversão do negócio jurídico, v. RAQUEL CAMPANI SCHIMMEL, *Negócios Jurídicos*, p. 250-254.

27. Confira-se junto à obra mencionada – *Testamentos* –, especialmente, p. 250-254.

testamento particular? Ou ainda: um testamento particular, destruído pela nulidade, poderia valer como codicilo se estivessem presentes os elementos substanciais deste?

A doutrina separou-se, sob a vigência do Código Civil de 1916, quanto a esta questão, entendendo determinada parcela que não poderia ocorrer a conversão de um negócio jurídico em outro, exatamente porque não tínhamos, no Brasil, legislação expressa autorizante. Assim, por exemplo, ORLANDO GOMES,²⁸ que, no máximo, procurava mostrar uma eventual possibilidade de aproveitamento, sendo exatamente pelo princípio-espécie da conversão, ao menos pelo princípio-gênero da conservação.

A posição doutrinária em contrário era e é mais substancial e vigorosa, tendo deixado registro vitorioso especialmente na França, na Itália e na Argentina. Consubstanciou-se, assim, na valorização da declaração de última vontade em documento da forma ou do meio utilizado pelo testador para expô-la – e se porventura esta forma ou meio fossem maculados pela nulificação –, sendo possível, contudo, “salvar-se” a vontade do autor do testamento, agora morto. Com essa posição, a melhor doutrina parece ter mesmo firmado sua fundamentação e justificativa sobre o princípio da conversão dos atos e negócios jurídicos nulos por meio do qual se opera a necessária medida sanatória do negócio jurídico unilateral em questão, valorando o testamento nulo, sob aquela forma, como testamento eficaz, de tipo diverso.

Trata-se, por certo, de conversão substancial, isto é, de conversão propriamente dita, que “é aquela que importa numa correção de qualificação jurídica” do negócio, ou na sua “valorização como negócio de tipo diverso” (Emílio Betti), o que significa dizer, em resumo, que a conversão é, basicamente, um “fenômeno de qualificação, pois ‘acarreta nova qualificação categorial’ (Antonio Junqueira de Azevedo), quer dizer, importa em valorá-lo ou em caracterizá-lo como um tipo de negócio distinto daquele que foi efetivamente realizado”.²⁹

Esse importante assunto pertinente aos negócios jurídicos em geral, de regulamentação ausente no Código Civil de 1916, como já referido, encontra-se, afortunadamente, presente na nova legislação civil, colocando fim a enorme polêmica e resolvendo muitos problemas, incluindo dúvidas ancestrais no ambiente dos testamentos. Trata-se da previsão da possibilidade de conversão dos negócios jurídicos nulos. Diz o art. 170 do Código Civil: “Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”.

28. ORLANDO GOMES, *Sucessões*, n. 100, p. 118. Confira-se, a respeito, ao final deste capítulo, as Referências doutrinárias, a fim de se conhecer o pensamento do mencionado autor e de outros, com posição contrária.

29. RAQUEL CAMPARI SCHMIEDL, *ob. cit.*, p. 73. Confira-se a respeito, ao final deste capítulo, as Referências doutrinárias, a fim de se conhecer melhor, por meio do pensamento da mencionada autora, o fenômeno da conversão dos negócios jurídicos nulos, como eficiente medida sanatória tendente à conservação de tais negócios.

Ora, admitindo a chance de sanabilidade para os negócios jurídicos nulos, em geral, o referido art. 170 alcança igualmente o testamento, negócio jurídico unilateral, para consagrar a eventual hipótese de se converter em outro o testamento que, por falta de atendimento a requisitos essenciais não exigidos pela modalidade nova (à qual se converteu), não possa gerar seus efeitos, dada a nulidade que o afeta. Feliz providência.

O mesmo autor anteriormente citado, ZENO VELOSO – e ainda sob a mesma análise das várias sugestões que produziu, com o escopo de buscar a salvação do testamento holografo, permitindo, por isso, a sua possibilidade eficaz – refere-se a uma providência simples a ser tomada pelo testador para evitar que o documento desapareça (acidental, maliciosa ou dolosamente), qual seja a produção de duas ou mais vias do mesmo testamento,³⁰ que poderiam ser deixadas com diferentes pessoas. Por certo essa providência superaria o inconveniente da perda, da acultação, do extravio, e, até mesmo, dificultaria a incorreção da adulteração por outrem.

Mas o jurista refere-se, também, aos indiscutíveis benefícios da criação de arquivos testamentários, onde permaneceriam, sob custódia do tabelião, os testamentos particulares, juntamente com os cerrados, segundo a proposta que faz o referido autor.

12.3 Direito anterior

O que fazer com os testamentos elaborados de acordo com a Lei Civil de 1916, mas cujo autor venha a falecer já sob a vigência da nova legislação, sem ter modificado suas disposições de última vontade? Deve-se, aqui, fazer distinção entre conteúdo material e forma de elaboração e feitura do testamento. A forma do testamento deve sempre estar de acordo com a lei sob cujo império foi elaborado, o mesmo acontecendo com a capacidade para testar, uma vez que diz respeito à própria feitura do testamento. Há, no entanto, doutrina em sentido contrário.³¹

Outra solução advirá quanto ao conteúdo das disposições de última vontade, e quatro são as hipóteses possíveis de verificação, que, todavia, disciplinam-se sempre pelo mesmo princípio, qual seja o de deverem as disposições se reger pela lei vigente no momento da morte do testador. Assim: 1) se de acordo com a lei vigente ao tempo da elaboração do testamento a disposição fosse válida, não havendo opção na lei vigente no momento da morte, a solução a prevalecer é aquela que empresta validade às disposições do testador; 2) se a disposição é válida de acordo com a lei anterior, mas a lei vigente ao tempo da morte nega-lhe validade, deve-se-a considerar como não escrita a cláusula testamentária; 3) se a disposição sob o império da lei vigente quando de sua aposição na cédula testamentária fosse nula, mas a lei do momento

30. Por último em ZENO VELOSO, *Comentários*, ..., p. 134-135.

31. Para uma análise desta doutrina, ZENO VELOSO, *Comentários*, ..., p. 18-20.

da morte lhe empresta plena validade, esta é apta a produzir efeitos; 4) se ambas as leis inquinam de nulidade a cláusula aposta no testamento, esta não prevalecerá.

Dois problemas se põem, relativamente ao valor dos testamentos confeccionados durante a *vacatio legis*, segundo sejam eles escritos de acordo com o ditame da nova ou da antiga lei civil.

O primeiro é aquele decorrente da feitura de um testamento, segundo as regras do Código Civil de 1916, após a data de publicação do novo Código Civil, testamento esse que poderá ter sua abertura determinada sob os auspícios de qualquer uma das leis.

No que se refere à forma, o problema não se põe, uma vez que a lei reguladora da forma dos negócios jurídicos é sempre aquela vigente à época de seu aperfeiçoamento, como já se disse. Nesse sentido, o testamento elaborado formalmente segundo os ditames da Lei Civil de 1916 será válido, do ponto de vista formal, quer tenha sido o testamento aberto durante a *vacatio legis*, quer durante a vigência do Código novo.

Com relação às disposições materiais do testamento assim elaborado, há que se distinguir com base no momento da morte do testador. Se falecer o *de cuius* durante o período de *vacatio legis*, aplicável é, para todos os efeitos, a lei anterior, uma vez que, no momento da morte, a lei que vigorava era ainda a de 1916. Se, por outro lado, a morte se der decorrido o prazo de *vacatio legis*, em vigor já estaria o novo Código, que seria a lei aplicável para regular toda sucessão, inclusive a testamentária. Nessa derradeira hipótese, a cláusula testamentária que não encontrar guarda de acordo com a nova lei vigente será tida como não escrita, dando-se, entretanto, execução à cláusula que for recepcionada pela lei nova.

A segunda hipótese problemática é aquela em que o testamento haja sido escrito no período de *vacatio legis*, mas agora seguindo a normativa da lei nova, que, embora existente e válida, não se encontra ainda em vigor.

Aqui o problema se complica.

No que diz respeito à forma, como se viu, deve ela seguir as disposições legais vigentes ao tempo da feição do negócio jurídico. Assim, realizado o testamento pela forma determinada na lei nova (por óbvio o problema não se põe no caso de testamento público ou cerrado, mas apenas no caso de testamento particular datado), será ele sempre tido como nulo. E isso se deve ao fato de que a lei buscou, tanto em 1916 como agora, regular o testamento de forma muito minuciosa.

Os preceitos legais que impõem tal ou qual forma para a realização do testamento são preceitos imperativos, que inquinam de nulidade o ato praticado em desconformidade com a lei então vigente, quer seja o testamento aberto durante ou após o término da *vacatio legis*.

No que se refere ao conteúdo, ou seja, à vontade mesma do testador, nenhum controle exerce a lei quando de sua declaração. A vontade só será examinada, pelo mérito, no momento em que é aberto o testamento, e tal verificação se dá de acordo com a lei vigente no momento da morte, como se sabe.

Assim, morto o *de cuius* sob o império da lei nova, então já em vigor, e tendo sido o testamento confeccionado segundo os ditames da lei anterior, nada importará que a vontade do falecido esteja expressa segundo o que dispõe a lei nova, ainda não vigente no momento da feição do testamento, já que tal verificação, repita-se, será efetuada segundo a lei vigente no momento da transmissão do acervo hereditário.

Bem por isso, se o *de cuius* faleceu ainda no mesmo período de *vacatio legis* em que elaborado seu testamento, segundo a forma determinada pela lei em vigor naquele momento, devem ser tidas como não escritas as cláusulas testamentárias que gerem conflito com a lei material que regula a sucessão do morto.

Resumo esquemático

1. Introdução

2. Formas ordinárias de testamento

3. Testamento público: noção, requisitos essenciais, lavratura pelo tabelião ou por seu substituto legal, língua nacional, utilização de minuta previamente elaborada, notas ou apontamentos, ocorrência de ressenhas posteriores, duas testemunhas, leitura do testamento, testamento de cego e testamento do surdo
4. Testamento cerrado: origem, noção, requisitos essenciais, caráter sigiloso, cédula testamentária e auto de aprovação, lacre e costura do involucrio, rompimento pelo testador, violação por terceiros
5. Testamento particular: conceito, requisitos essenciais, distinção entre holografia, autografia e dactilografia, utilização de minuta elaborada por terceiro, feição mecânica – dactilografia e computação –, escrituração e leitura – unidade de contexto, idioma nacional ou estrangeiro, data e assinatura – vantagens e desvantagens, conversão dos negócios jurídicos em geral e dos testamentos em particular

12.4 Referências doutrinárias³²

SOBRE TESTAMENTO PÚBLICO CONSULAR

ZENO VELOSO (*Testamentos*, p. 124) expõe, a respeito do assunto, interessante conclusão: "Ao garantirmos que, em nosso país, o oficial público

32. A maioria das referências doutrinárias correspondentes a este capítulo são do mesmo autor, ZENO VELOSO, e referem-se a sua ancestral obra *Testamentos*, ainda hoje moderna e completa, apesar de se referir ao Código Civil de 1916. Muitas das ideias foram reproduzidas e reelaboradas pelo autor em seus *Comentários ao Código Civil*, v. 21.

competente para lavrar o testamento público e o tabelião, não estamos esquecendo que o testamento público pode ser feito, também, pelas autoridades diplomáticas, sendo, então, chamado testamento consular, previsto no art. 18 da Lei de Introdução ao Código Civil [atual Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro]. Nem estamos deslembando que escrivães distritais e escrivães de paz exercem, em distritos rurais, atribuições notariais, conferidas pelas respectivas leis, podendo lavrar testamentos públicos.

Nestes casos, porém, os agentes diplomáticos e oficiais públicos agem como se fossem tabeliães. Quem está autorizado para a prática de atos de tabelionato, ao exercitá-los e enquanto os exercita, é tabelião³³.

SOBRE A OPINIÃO DA DOUTRINA QUE ENTENDE
QUE O CEGO NÃO DEVA ASSINAR O TESTAMENTO
PÚBLICO, POR NÃO PODER FAZÊ-LO COM PLENA
CONSCIÊNCIA DO LUGAR ONDE A APÕE

ZENO VILOSO (*Testamentos*, p. 203), a respeito deste entendimento, assim se expressa: "Em nossa opinião, o assunto não deve ser analisado com extremo rigor, e a posição doutrinária a ser assumida não se compadece com radicalismos. É um entendimento geral, recolhido pela jurisprudência dos povos cultos, que, em se tratando de testamento público, dada a solenidade e publicidade do mesmo, a participação do notário, a fiscalização por parte das testemunhas, o intérprete deve se mostrar mais liberal ao que se refere ao requisito da assinatura. No testamento do cego, objeto, inclusive, de formalidade a mais — a dupla leitura —, se o testador sabe assinar, poderá fazê-lo. Porém, se a sua cecidade é alegada como grave dificuldade para apor a sua firma, isto equivale a não poder assinar, e aplicar-se-á a hipótese o previsto no art. 1.633 [atual art. 1.865], subscrevendo pelo testador cego uma das testemunhas, fazendo o tabelião de todos os fatos circunstanciada menção, até porque seria invocável, ao caso, o *impossibilia nemo tenetur*".

SOBRE A EXTRAÇÃO, POR TERCEIROS, DE CERTIDÕES,
ALÉM DO TRASLADO, DOS TESTAMENTOS
PÚBLICOS, VIVO O TESTADOR³³

ZENO VILOSO (*Testamentos*, p. 204-205) descreve desta maneira o seu pensamento: "Celebrado e ultimado o testamento, redigido o ato e assinado

33. Projeto de lei apresentado pelo Dep. Ricardo Fiuza durante o período de vacatio legis do Código Civil aprovado em 2002 prevê um segundo parágrafo a ser acrescido ao art. 1.864, que vai ao encontro da proposta formulada por Zeno Viloso, neste excerto citado, para que este assim redigido: "A certidão do testamento público, enquanto vivo o testador, só poderá ser fornecida a requerimento deste ou por ordem judicial".

por todos os coparticipantes, o tabelião fornecerá ao testador o traslado do testamento, que é a primeira cópia do original, extraída do respectivo livro. As demais cópias denominam-se certidões.

Tanto o traslado quanto as certidões são instrumentos públicos. Qualquer pessoa pode requerer e obter uma certidão de ato lavrado em notas de um tabelião, sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido. Qualquer pessoa, portanto, pode conhecer o conteúdo de um testamento público bastando que solicite a certidão do mesmo. E isso é muito inconveniente, não só porque os testadores, na sua grande maioria, escolhem a forma pública pela maior segurança da mesma, mas pretendem manter, tanto quanto possível, reservadas as suas manifestações de última vontade, como porque o testamento poderá conter disposições que até precisam e devem ser mantidas em sigilo, como o reconhecimento de um filho havido fora do matrimônio, a deserção de um herdeiro necessário, uma confissão e.c.

No Brasil, os redatores do atual Projeto de Código Civil [refere-se ao Código Civil em vigor] não adotaram a ideia do Anteprojeto Orlando Gomes e se omitiram quanto à proibição de fornecimento de certidão do testamento público.

Tal proibição devia existir no direito brasileiro. Vivo, ainda, o testador, somente ele, pessoalmente ou através de procurador, é que poderia obter certidão de seu testamento. Morto o disponente, aí sim, qualquer pessoa teria acesso ao livro notarial, tirando cópia do testamento. Bastaria que exibisse a certidão do registro de óbito do declarante.

Afinal, o testamento, embora seja válido desde a sua elaboração, é negócio jurídico cuja eficácia jurídica se acha diferida. Os efeitos da testamentificação só se darão *post mortem*, sendo, ainda, ato essencialmente revogável. Não tem sentido que terceiros (muitas vezes com interesses escusos) tomem conhecimento das disposições mortuárias, em vida do testador. De *lege ferenda*, as regras do direito espanhol e português deviam ser trazidas para o nosso direito³⁴.

SOBRE A PRODUÇÃO MECÂNICA (DATLOGRAFIA)
DO TESTAMENTO CERRADO (INTERESSE
HISTÓRICO E TEÓRICO)

ZENO VILOSO (*Testamentos*, p. 217-218) escreve: "Entendemos, convicidamente, que a cédula testamentária pode ser datilografada. Não há na lei qualquer disposição proibindo que o testamento cerrado possa ser escrito à máquina. Ainda que no tempo da promulgação do Código Civil Brasileiro já existissem máquinas de escrever, estas eram muito raras, todavia. Seu uso era limitadíssimo e se escrevia, geralmente, com penas e tintas,

aquelas de ave ou metal, e estas à base de saís de ferro. Com este material trabalhara Teixeira de Freitas, Ribas, Lafayette, Ruy, Lacerda, Clóvis e tantos de nossos maiores juristas, até num período já avançado do século em que estamos vivendo. E as longas noites de estudo e meditação desses mestres eram iluminadas por lâmpadas a gás, lamparinas e velas de sebo.

Tais apetrechos, hoje, não se usam mais. Encontram-se, apenas, em lojas de antiguidades. Ornamentam museus. Por sinal, as próprias máquinas de escrever já estão sendo ultrapassadas pelos modernos e eficientes computadores. O tempo não para!

As normas jurídicas não permanecem com significado e alcance imutáveis e estáticas, *ad perpetuam*. Ao contrário, elas evoluem, amoldam-se às invenções humanas, adaptam-se às conquistas científicas, aos novos hábitos e costumes, ao desenvolvimento tecnológico, ao progresso geral.

Não se pode entender e compreender o Código Civil, nas vésperas do terceiro milênio, com a ótica e o espírito do final do século XIX, quando o Projeto foi apresentado.

Há de se analisar o preceito jurídico ajustando-o à vida social e às situações supervenientes, indagando-se qual teria sido o desjej do legislador, a intenção e a extensão da norma, se na época de sua elaboração já houvesse os fatos e os fenômenos que a evolução natural coloca, depois, ante a inteligência do intérprete. Deve-se buscar um entendimento progressivo da lei, uma 'compreensão sociológica do direito' (Erllich), ou, como quer Windscheid, a 'intenção possível do legislador', não no seu tempo, mas sim na época em que se situa o intérprete. Miguel Reale (*Lições preliminares de direito*, 4. ed., 1977, p. 279) aponta que, na França, Gabriel Saleilles deu claros contornos à teoria da interpretação histórico-evolutiva, explicando o jurista: 'Segundo essa teoria, uma norma legal, uma vez emanada, desprende-se da pessoa do legislador, como a criança se livra do ventre materno. Passa a ter vida própria, recebendo e mutuando influências do meio ambiente, o que importa na transformação de seu significado. Pretende Saleilles ir além do Código Civil, mas através de sua exegese evolutiva, graças ao poder que tem o juiz de combinar, de maneira autônoma, diversos textos legais e integrá-los para atender a novos fatos emergentes'.

SOBRE TESTAMENTO CERRADO ENCONTRADO ABERTO OU QUE TENHA SIDO ABERTO POR AUTORIDADE INCOMPETENTE

ZENO VELOSO (*Testamentos*, p. 249-250) manifesta-se da seguinte maneira: "Quid juris, se o testamento cerrado é encontrado aberto ou foi aberto por autoridade competente? Temos presente o art. 1.749 do Código Civil [atual

art. 1.972, com a mesma redação], que regula: 'O testamento cerrado que o testador abriu ou dilacerar ou for aberto ou dilacerado com seu consentimento, haver-se-á como revogado'. Trata-se, já se vê, de caso de revogação tácita de testamento, mas se exige que a abertura ou dilaceração tenha sido feita voluntariamente pelo testador, ou por outrem, com o seu consentimento, visando aquele fim.

A doutrina é unânime em declarar que não ocorre revogação do testamento se o próprio testador abriu-o ou dilacerou-o acidentalmente, isto é, sem a intenção de revogar o ato. Com muito maior razão a conclusão se afirma se a abertura ou dilaceração foi feita por outrem, à revelia do testador.

Tudo se resume numa questão de fato, a ser provada por todos os meios permitidos em direito.

Na hipótese de o testamento ter sido aberto por autoridade incompetente, entendemos que o ato de última vontade prevalece, cabendo apenas uma justificação judicial para provar que a abertura não foi feita pelo de cujus, nem por outra pessoa com o seu consentimento. O magistério de Clóvis, comentando o art. 1.644 [atual art. 1.875], é conclusivo: 'Não se inutiliza o testamento cerrado por ter sido aberto por particular ou por autoridade incompetente, desde que, em juízo, se justifique o fato, com citações dos interessados, e fique certo que não foi o testador que o rasgou, na intenção de o revogar'.

SOBRE CONVENIÊNCIAS E INCONVENIÊNCIAS ACERCA DO TESTAMENTO CERRADO

ZENO VELOSO (*Testamentos*, p. 256) escreve: 'A doutrina, nacional e estrangeira, é unânime ao apontar como principal vantagem do testamento cerrado a possibilidade de serem mantidas em segredo, ignoradas, portanto, as disposições testamentárias. Apenas com o decesso do declarante, e consequente última vontade, é que os sobreviventes vão tomar conhecimento de sua

No testamento cerrado, também chamado secreto ou místico, o conteúdo das disposições é, geralmente, mantido em segredo pelo testador, evitando o que Cândido de Oliveira Filho chamou 'espetáculo alitivo dos ódios e dissensões dos herdeiros, resultantes do conhecimento prematuro das disposições de última vontade'. Realçando esse aspecto, Pontes de Miranda observa que no testamento cerrado, há oportunidade, discreta, para a deserção, ou perdão do indigno, clausulação de inalienabilidade ou de incomunicabilidade dos bens do intestato ou intestato, nomeação de tutor ou curador, reconhecimento de filhos, medidas sobre funerais, esmolas e recomendações mais ou menos veladas.

Carrega, todavia, o inconveniente de ser a forma testamentária mais delicada, cheia de cautelas, detalhes e minúcias. Sua autenticidade é assegurada mediante o atendimento de muitas formalidades, condicionando-se sua validade a vários requisitos.

O não atendimento exato de tais requisitos, de tantas solenidades, dá margem à decretação de muitas nulidades. Apesar da orientação da doutrina, vencedora na jurisprudência, com base no *favor testamenti*, de se procurar assegurar e aproveitar, tanto quanto possível, a vontade do testador.

SOBRE A INTERVENÇÃO DE TERCEIRO NA ESCRITURAÇÃO DE TESTAMENTO PARTICULAR

ZENO VELOSO (*Testamentos*, p. 268) assim pergunta e opina: "Se houve consentimento do testador, há ainda que distinguir: a parte escrita pelo terceiro é essencial, ou não?"

Se a intervenção do terceiro é mínima, em parte desimportante, secundária, meramente explicativa ou informativa, sem interferência no conteúdo das disposições, o testamento deve ser salvo. É a doutrina de Pontes de Miranda que exemplifica: "O testador escreveu o testamento e, depois, disse ao filho: escreva no fim o seguinte — 'estive presente à feitura do testamento de meu pai, A, ou, sem o pai, lhe dizer, ou dizendo-lho, meu pai pediu que só apresentasse o testamento oito dias depois da morte dele'. Mais, com letra de outrem, à margem — 'a casa que papai se refere mudou de número, era 41 e hoje é 5, nota que escrevi à vista dele'".

SOBRE O APROVEITAMENTO, OU NÃO, DO TESTAMENTO PARTICULAR — NULO POR DEFEITO DE FORMA — COMO CODÍCULO; OU DO TESTAMENTO CERRADO — NULO POR DEFEITO NO AUTO DE APROVAÇÃO — COMO TESTAMENTO PARTICULAR

ZENO VELOSO (*Testamentos*, p. 302) expõe sua posição favorável ao aproveitamento, da maneira seguinte: "Entendemos que um testamento particular, nulo por defeito de forma (falta de leitura às testemunhas, por exemplo), poderá ser aproveitado como codicilo, se estiverem preenchidos os requisitos de forma externa deste e respeitados os limites de seu conteúdo (CC, art. 1.651) [atual art. 1.881].

O testamento holografo que não possa valer como tal, por desatendimento de alguma exigência peculiar, porém, que tenha sido escrito, datado e assinado pelo declarante e não se refira a bens de ponderável valor, pode ser prestado e utilizado como codicilo, sendo cumpridas as suas determinações. É aplicação do princípio da conversão e, em sede testamentária, do *favor testamenti*, da conveniência de aproveitar-se, dentro do fatível e exequível, a última vontade

expressada por alguém que já morreu, resguardando-se o útil, salvando-se o possível, dando algum sentido, algum valor, alguma eficácia à determinação que partia daquela pessoa que não existe mais".

SOBRE A IMPOSSIBILIDADE DE APROVEITAMENTO DO TESTAMENTO PÚBLICO COMO TESTAMENTO PARTICULAR

ORLANDO GOMES (*Sucessões*, n. 100, p. 118) expõe sua posição desfavorável ao aproveitamento da maneira seguinte: "Nã vale, entretanto, o primeiro como se fosse o outro, ainda que pudesse ser, como tal, aproveitado. Em verdade se trataria de conversão, somente permitida mediante expressa autorização legal, inexistente em nosso Direito. Nem outra coisa é a conversão do que a superposição, a um ato nulo, de outro, que vale exatamente por não exigir a formalidade daquela preterida. Pela sua rigidez, as formas testamentárias não podem ser associadas nem convertidas. Assim, se o testamento cerrado observa, quanto a cédula, todas as exigências do particular, se bem que se desvirtuando, e não se cumprem requisitos essenciais à sua aprovação, não vale sob a primeira forma. É, ao contrário, testamento nulo. A intenção do legislador teria sido frustrada, se valesse, presumido que a preferência por uma das formas se manifesta em função das vantagens e desvantagens que oferece. Não obstante, algumas legislações autorizam a conservação, sustentando muitos doutores que deve ser admitida, por entenderem que não mais se justifica o formalismo rígido do direito testamentário".

ZENO VELOSO (*Testamentos*, p. 303) expressa-se assim: "O testamento público, cado de nulidade, jamais pode ser aproveitado como testamento holografo, pois é requisito essencial deste que seja escrito pelo testador; que represente obra exclusiva, indelegável e pessoal do disponente.

O que pode ocorrer, com mas frequência, é o testamento cerrado, nulo por defeito insanável no auto de aprovação, ser aproveitado, afinal, como testamento particular, desde, é claro, que a cédula testamentária tenha sido escrita e assinada pelo testador e lida perante cinco testemunhas, que, também, a tenham assinado, cumprindo-se, assim, os requisitos do art. 1.645 do Código Civil [atual art. 1.876]".

SOBRE O PRINCÍPIO DA CONVERSÃO COMO DETERMINANTE DA CONVERSÃO DE TESTAMENTO NULO EM OUTRA MODALIDADE, SE PRESENTES OS REQUISITOS ESSENCIAIS DESTA ÚLTIMA (DOCTRINA ANTERIOR AO NOVO CODIGO CIVIL)

RAQUEL CAMPANI SCHMIDTKE (*Negócio jurídico — Nulidades e medidas sanatórias*, p. 40-41, 60, 73 e 82) esclarece a salvaguarda do negócio (e, assim,

do testamento) que se opera pela aplicação do princípio da conservação, escrevendo, em consagrada obra, o seguinte: "Diante de um negócio jurídico que apresente suporte fático deficiente, em princípio, não caberá a ordem jurídica cunha alternativa senão a de aplicar-lhe a sanção correspondente, de nulidade ou de anulabilidade, conforme o grau do déficit apresentado, em consonância com os arts. 145 e 147 do Código Civil [atuais arts. 166 e 171]. (...) Em muitos casos, apesar de deficitário em seu suporte fático, e eficaz, isto é, não constituindo alho de sanção cabível, pelo menos em toda a sua extensão, (...) Esta tendência de conservar o negócio, apesar de suas eventuais irregularidades, integra o núcleo do 'princípio da conservação', o qual se faz presente seja na análise da suficiência ou não do suporte fático negocial, desde a sua entrada no universo dos valores jurídicos (plano de existência), seja na aferição de defeitos que lhe subtraíam a idoneidade para permanecer no âmbito jurídico (plano da validade), seja, ainda, na constatação de sua capacidade de gerar efeitos negociais (plano da eficácia). (...) A salvaguarda do negócio jurídico, ou seja, o fato de se aproveitar o mínimo dos elementos constitutivos do suporte fático para obtenção do máximo de eficácia, é a ideia essencial contida no princípio da conservação. Mediante o aperfeiçoamento de tais elementos supre-se o defeito que inquinava o negócio jurídico e impede-se que seja fulminado com a sanção da nulidade, do que decorre a eficácia pretendida. (...) As medidas sanatórias são instrumentos jurídicos destinados a salvaguardar a manifestação de vontade das partes, preservando-a da deficiência que inquina o ato, tornando-o nulo ou anulável. (...) Sanar, de boa fonte romana, traz a ideia da expunção do defeito ou mal, o que ilustra bem a ideia que procuramos desenvolver: o que se faz é salvar, no ato defeituoso, alguma parte não contaminada, e aproveitá-la da melhor maneira, na linha do brocardo *utile per inutile non vitiatur*. As sanatórias são de duas espécies: a) as voluntárias (...) [entre elas], a *conversão substancial* (...). Não há, em nosso Código Civil – ao contrário do que ocorre na legislação estrangeira, em especial no BGB (§ 140) e no Código Civil Italiano (art. 1424) –, norma expressa sobre a conversão dos atos e negócios nulos, razão pela qual, em nosso sistema legislativo, o fundamento legal da conversão situa-se nos princípios gerais do direito, que informam todo o ordenamento jurídico. De qualquer maneira, sua aplicação depende, exclusivamente, da interpretação feita pelo juiz, quando da apreciação de hipóteses concretas. A propósito, refere o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo que a única decisão jurisprudencial sobre a matéria se encontra na RT 327:244, de que foi relator o Des. [Manoel Augusto] Vieira Neto. (...) A mecânica da conversão está diretamente ligada aos seus pressupostos objetivos, pois se, por meio desta, se pretende salvar um negócio jurídico nulo, sendo necessário que este contenha os requisitos de outro negócio, a conversão requer uma atividade 'que tenda, tanto no sentido de fixar tais requisitos, como a nulidade que a motiva; quer dizer, será preciso aplicar a uma situação de fato a norma jurídica, contida na lei ou nos princípios gerais do direito' (José Luiz de los Mozos)".

12.9 Bibliografia

12.9.1 Citada

- BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil comentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955. vol. 6.
 GOMES, Orlando. *Sucessões*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
 ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*. São Paulo: Max Limonad, 1952.
 MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964. vol. 1.
 PEREIRA, Cáo Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. vol. 6.
 SCHMIDEL, Raquel Campani. *Negócio jurídico – Nulidades e medidas sanatórias*. São Paulo: Saraiva, 1985.
 VELOSO, Zeno. *Testamentos*. 2. ed. Belém: Cejup, 1993.
 ———. *Comentários ao Código Civil*. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

12.9.2 Recomendada

- AMORIM, Sebastião Luiz. *Código Civil comentado*. Coord. Álvaro Villalça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2004. v. 19.
 BOECKEL, Fabricio Dani de. *Testamento particular*. Ponto Alegre: Fabris, 2004.
 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – Direito das sucessões*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 6 vol.
 ———. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.
 FRANCA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. São Paulo: RT, 1966. 4 vol.
 RODRIGUES, Silvio. *Direito civil – Direito das sucessões*. 25. ed. (com a colaboração de Zeno Veloso). São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 7.

- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – Direito das sucessões*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 6 vol.
- _____. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FONSECA, Tito Prates da. *Sucessão testamentária*. São Paulo: Saraiva, 1928.
- FRANCA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. São Paulo: RT, 1966. 4 vol.
- GCMES, Orlando. *Sucessões*. 11. ed. Rio de Janeiro: Foenze, 2001.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*. São Paulo: Max Limonad, 1952.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil – Direito das sucessões*. 35. ed. Atual. Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. vol. 6.
- VIANA, Marco Aurelio S. *Teoria e prática do direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- WALD, Arnoldo. *Direito das sucessões*. 11. ed. São Paulo: RT, 1997.

TESTEMUNHAS TESTAMENTÁRIAS 15

GESELDA HIRONAKA

SUMÁRIO: 15.1 Conceito e finalidade – 15.2 Direito anterior – 15.3 Referências doutrinárias – 15.4 Bibliografia: 15.4.1 Citada; 15.4.2 Recomendada.

15.1 Conceito e finalidade

Testemunha é aquela "pessoa que, ao assistir a certo ato jurídico, atesta a sua veracidade, firmando-o".¹

E é testemunha testamentária aquela pessoa dotada de "capacidade para assegurar a veracidade do testamento que se quer provar, subscrevendo-o".² São considerados, por lei, incapazes de testemunhar, por inaptidão de ordem física ou psíquica: o menor de dezesseis anos (CC, art. 228, I); aqueles que, por enfermidade mental ou mesmo por retardamento, não tenham discernimento para praticar os atos da vida civil (CC, art. 228, II); o surdo e o cego, sempre que a ciência dos fatos que se quer provar depender do sentido que lhes falte (CC, art. 228, III) e, pela mesma ordem de razão, ou seja, se seu testemunho depender por alguma razão da leitura ou da escrita, o analfabeto. "E são relativamente incapazes para testemunhar por suspeição ou por interesse: herdeiro instituído, seus ascendentes e descendentes, irmãos e cônjuge legatário, bem como seus ascendentes, irmãos e cônjuge."³

Além destes relativamente incapazes arrolados por MARIA HELENA DINIZ, com base no art. 1.650 do CC de 1916, também devem ser aí incluídos, em vista do

1. MARIA HELENA DINIZ, *Dicionário jurídico*, vol. 4, p. 534.

2. *Idem*, p. 556.

3. *Idem*, *ibidem*.

quanto disposto no art. 228 (a falta de disposição específica na atual codificação civil relativamente às testemunhas testamentárias), os amigos íntimos e os inimigos capitais das partes interessadas na solução da questão (inciso IV) e os parentes colaterais até terceiro grau, bem como os parentes por afinidade que correspondam àqueles aqui designados (vale dizer, sogros, enteados, cunhados e ainda os colaterais até terceiro grau por parentesco afim – inciso V), uma vez que também estes, ao testemunharem, poderiam criar os mesmos males que eventualmente criaram aqueles outros, selecionados pela vetusta legislação.

Ainda no que ao tema dos impedidos de testemunhar respeita, uma última palavra. Talvez devesse o legislador ter retornado à orientação do primitivo Projeto Bevilacqua, que proibia pudessem servir de testemunhas de testamentos ordinários o escrevente ou empregado do tabelião que os escrever ou aprovar. Certamente tal postura do legislador evitaria seríssimos problemas advindos dessa reiterada prática entre nós, quando pessoas que nem mesmo conhecem o testador assentam conhecê-lo e participam mecanicamente – apenas por questão de cumprimento de ordens, no mais das vezes – da facção testamentária.

Todas as modalidades testamentárias previstas na legislação brasileira não prescindem da presença testemunhal para o efeito de, com suas presenças e depoimentos, garantir a veracidade da declaração de última vontade do testador.

As testemunhas testamentárias dividem-se em duas espécies, a saber: a) testemunhas instrumentárias, isto é, aquelas pessoas que se pronunciam sobre o teor do instrumento público ou particular que subscrevem;⁴ e b) testemunhas judiciais, isto é, aquelas que declaram, em juízo, o que sabem sobre os fatos controvertidos.⁵

De toda sorte, a participação das testemunhas na facção dos testamentos não tem, singularmente, a finalidade de operar apenas a prova desta elaboração, vale dizer, a prova da existência do ato jurídico em questão – tem, mais que isso, a superior finalidade de, pelo poder de fiscalização, atestar a veracidade e a autenticidade do conteúdo testamental, bem como assegurar que a manifestação da vontade foi absolutamente livre.

A doutrina anterior (desenvolvida segundo a positividade levada a cabo em 1916), algumas vezes, insurgiu-se contra o exagerado número de testemunhas que a lei exigia estivessem presentes na facção dos testamentos, de modo a garantir a sua existência, sua validade e, posteriormente, a sua eficácia. Com efeito, nas formas

4. Também chamadas de testemunhas certificadoras, são aquelas que, “ao assinar um documento ou contrato, certificam, perante notário ou oficial público, não só a autenticidade e a veracidade de um ato jurídico ou documento, cuja feitura presenciaram, mas também a identidade dos que comparecem ao ato para assinalo. São as quem assinem, com as partes” (cf. MARIA HELENA DINIZ, *ob. cit.*, p. 254).

5. ITABARANA DE OLIVEIRA, *Tratado de direito das sucessões*, vol. 2, p. 461.

ordinárias – testamento público, testamento cerrado e testamento particular –, a lei anterior exigia a presença de cinco testemunhas (CC/1916, arts. 1.632, I, 1.638, IV, e 1.645, III); já o testamento marítimo, e o testamento militar exigiam apenas duas testemunhas (CC/1916, arts. 1.656 e 1.657, § 1.º, e arts. 1.660, I, 661 e 1.663), o testador não soubesse ou não pudesse assinar.

Mostrando-se desconexo com a realidade atual, o número de testemunhas foi reduzido sabiamente para duas, nas hipóteses ordinárias de testamento público (CC, art. 1.864, II) ou cerrado (CC, art. 1.868, I), e três, pelo menos, para a hipótese do testamento ser realizado sob a forma particular (CC, art. 1.876, §§ 1.º e 2.º), para os casos de facção da cédula testamentária por uma das formas especiais (CC, art. 1.888 e arts. 1.893, 1.894 e 1.896). Esse número deve ser obrigatoriamente observado como um patamar mínimo,⁶ sob pena de nulidade do ato, pois que se no art. 1.879 do Código Civil, relativo ao testamento particular. Enfim, e como compreendem o testador, para que fiscalizem a facção do testamento, e, sobretudo, e a voluntariedade de seu querer, é muito importante.⁷

Há duas ordens de pessoas que estão proibidas ou têm inaptidão para testemunhar testamentos, como antes referido. O grupo dos absolutamente incapazes para testemunhar encontra sua razão de ser no fato de as pessoas aqui incluídas serem portadoras de alguma inaptidão de natureza física ou psíquica. Já o grupo dos ilegítimos para testemunhar em certos testamentos encontra seu fundamento na própria suspeição que sobre eles pode pesar, pelo fato da posição jurídica que ocupam no próprio testamento, do qual se beneficiam, como é o caso do herdeiro ou legatário companheiro, seus ascendentes, seus descendentes, seus irmãos, seu cônjuge ou pela linha afim, bem como os amigos íntimos e os inimigos capitais dos herdeiros e dos legatários (CC, art. 228).

Neste último denco, de não legítimos para o ato de testemunhar, compreende-se a razão excludente do legislador com facilidade, pois, como tão bem menciona

6. ALIRMA FABRÍCIO DANI DE BENEDETTI, especificamente quanto aos testamentos particulares, que “a presença de tais testemunhas do que o exige pelo legislador não prejudica a validade do ato, pois *superflua non nocet*. Essa prescrição, inclusive, mostra-se conveniente na grande maioria dos casos, já que a eficácia do testamento particular depende da confirmação judicial por um número mínimo de testemunhas” (*Testamento particular*, p. 53).

7. ZENO VILELOSO, *Testamentos*, p. 367.

ZENO VELOSO,⁸ "o desinteresse e a imparcialidade são atributos essenciais que deve ter o testemunho. Admitir-se que tais pessoas pudessem intervir como testemunhas do testamento que as institui, nemeta ou beneficiária seria inocuar no mesmo aerva da suspeição". Bem se compreende que a estas pessoas não falta capacidade, mas lhes falta legitimação, quer dizer, não podem servir como testemunhas na facção do próprio testamento que as contempla.

ITABIANA DE OLIVEIRA⁹ procura especificar as diferentes consequências da invalidade da testemunha testamentária, demonstrando que, se o caso for de *incapacidade absoluta*, nulo de pleno direito será o testamento, "por preterição de uma solenidade que a lei considera essencial para a validade do ato, porque o defeito da capacidade de uma só testemunha torna o testamento nulo, desde que o número das testemunhas restantes e capazes fique inferior ao limite mínimo fixado pelo Código Civil para as diversas formas testamentárias". Se, contudo, o caso for de *ausência de legitimação*,¹⁰ o testamento será válido, mas tomar-se-á nula a disposição que beneficiou o herdeiro instituído ou o legatário.

Por derradeiro, é útil referir que a incapacidade e a ausência de legitimação testamentaral devem ser apreciadas no momento da facção do testamento – circunstância superveniente não acarretará qualquer transtorno à validade ou a eficácia do ato.

15.2 Direito anterior

Assucessões abertas antes ou depois da entrada do novo Código Civil em vigor, mas que sejam regidas por testamentos confeccionados no período de vigência do Código Civil de 1916, deverão respeitar o número de testemunhas fixado pelo diploma revogado, uma vez que tal requisito é essencial para a validade formal da cédula testamentária. Assim, os testamentos públicos, cerrados ou particulares, deverão ter sido assistidos por cinco testemunhas e não por apenas duas ou três, como exige a nova lei.

Se, dentre as testemunhas, encontrarem-se pessoas que, segundo as regras atuais, não poderiam servir na assistência do ato, como é o caso dos amigos íntimos ou dos inimigos capitais de parte interessada, não poderá ser o ato invalidado, uma vez que, na vigência da lei anterior, tais pessoas eram plenamente legitimadas para testemunhar.

Resumo esquemático

1. Conceito
2. Finalidade de suas presenças

8. Idem p. 376.

9. ITABIANA DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 466-467.

10. ITABIANA DE OLIVEIRA, ao seu tempo, não se referiu assim, mas disse "incapacidade relativa".

3. Espécies de testemunhas testamentárias: instrumentárias e judiciárias
4. Número de testemunhas
5. Incapacidade para testemunhar: incapacidade absoluta e ausência de legitimação

15.3 Referências doutrinárias

SOBRE A AUSÊNCIA DAS TESTEMUNHAS DURANTE O ATO DE FACÇÃO DO TESTAMENTO PÚBLICO E A ATENUAÇÃO DO RIGOR DA UNITAS ACTUS

ZENO VELOSO (*Testamentos*, p. 147), a respeito deste assunto, opina: "Louvamos a doutrina e jurisprudência que não falminam de nulidades o testamento em que ocorreram breves e passageiras ausências das testemunhas, observadas, é claro, as circunstâncias de cada caso. Mas não vemos como aceitar a tese em prol da validade de um testamento em que as testemunhas orais do testador(!), sem que isto importe em flagrante desrespeito à expressa norma legal".

SOBRE A NECESSIDADE DE LEITURA DO TESTAMENTO PÚBLICO DIANTE DAS TESTEMUNHAS, MESMO QUE O TESTADOR O TENHA LIDO E COM SEUS TERMOS CONCORDADO

ZENO VELOSO (*Comentários ao Código Civil*, v. 21, p. 64-65) afirma: "Depois de redigido o testamento, pode querer o testador verificar e conferir a escritura, lendo-a para si próprio. Nada o impede, e até é conveniente que tome essa providência. Tal cuidado, porém, essa checagem feita pelo testador, não ilide, absolutamente, e não afasta ou substitui o requisito essencial da leitura, pelo tabelião ou pelo testador, para os demais intervenientes. Ainda que, examinando-o, declare o testador que o instrumento está conforme, reproduz exatamente a sua vontade, isso não basta; é substancial a leitura do testamento, de maneira que todos os coparticipantes ouçam".

15.4 Bibliografia

15.4.1 Citada

- ROECKEL, Fabrício Dani de. *Testamento particular*. Porto Alegre: Fabris, 2004.
DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 4.

- ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*. São Paulo: Max Limonad, 1952. vol. 1.
- VELOSO, Zeno. *Testamentos*. 2. ed. Belém: Cepup, 1993.
- _____. *Comentários ao Código Civil*. Coord. Antônio Juxqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 21.

15.4.2 Recomendada

- AMORIM, Sebastião Luiz. *Código Civil comentado*. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2004. vol. 19.
- DEVILLAGUA, Clovis. *Código Civil comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1953.
- FONSECA, Tio Prates da. *Sucessão testamentária*. São Paulo: Saraiva, 1928.
- FRANCA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. São Paulo: RT, 1966. 4 vol.
- GOMES, Orlando. *Sucessões*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil – Direito das sucessões*. 35. ed. Atual. Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. vol. 6.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil – Direito das sucessões*. 15. ed. (com a colaboração de Zeno Veioso). São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 7.

DISPOSIÇÕES
TESTAMENTÁRIAS 16

GISELDA HIRONAKA

SÍNTESE: 16.1 Conceito e considerações gerais. Função e forma. Cláusulas derogatórias – 16.2 Espécies de disposições testamentárias – 16.3 Disposições restritivas. Cláusulas de inalienabilidade, de incomunicabilidade e de impenhorabilidade – 16.4 Redução das disposições testamentárias – 16.5 Direito anterior – 16.6 Referências dourinárias – 16.7 Bibliografia: 16.7.1 Citada; 16.7.2 Recomendada.

16.1 Conceito e considerações gerais. Função e forma. Cláusulas derogatórias

Disposição de última vontade é a derradeira manifestação volitiva do testador, titular do patrimônio atribuível depois de sua morte a outrem, "de caráter patrimonial ou pessoal, traduzindo-se não só na instituição de herdeiro ou legatário, mas também no título ou fundamento, pelo qual são estes chamados a recolher, total ou parcialmente, a massa hereditária".¹

O assunto em pauta versa, como se vê, exatamente sobre o conteúdo dos testamentos, quer dizer, sobre a abrangência e o claro teor daquilo que informou a vontade do testador ao tempo da facção do instrumento testamental.

NEY DE MELLO ALMADA² bem esclarece, quando detalha: "É o testamento, primordialmente, ato mediante o qual se materializa uma atribuição de bens, tanto pela instituição de herdeiro como através de legado, ou, exclusivamente, por uma ou por outra. Em sua estrutura, por conseguinte, predomina o aspecto dispositivo,

1. MARIA HELENA DINIZ, *Dicionário jurídico*, vol. 2, verbete "disposição testamentária", p. 198-199.

2. NEY DE MELLO ALMADA, *Direito das sucessões*, vol. 2 p. 113.