



FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

JANE MARIA DE FARIAS VERAS

A SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA E SUA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL:

Uma análise à luz do princípio da celeridade

RECIFE

2013

JANE MARIA DE FARIAS VERAS

A SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA E SUA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL:

Uma análise à luz do princípio da celeridade

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Ciências Jurídicas.

Orientadora: Prof. Msc. Renata Cristina O. L. Andrade.

RECIFE

2013

Veras, J. M. F.

A sucessão testamentária e sua execução extrajudicial: uma análise à luz do princípio da celeridade. / Jane Maria de Farias Veras. O Autor, 2013.

60 folhas.

Orientadora: Profª Msc. Renata Cristina O. L. Andrade

Monografia (graduação) – Direito - Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2013.

Inclui bibliografia.

1. Direito 2. Testamento 3. Extrajudicial 4. Via Judiciária 5. Celeridade

340 CDU (2ªed.)

Faculdade Damas

340 CDD (22ª ed.)

TCC 2012-167

Jane Maria de Farias Veras

A SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA E SUA EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL:

Uma análise à luz do princípio da celeridade

DEFESA PÚBLICA, em Recife, 17 de junho de 2013

BANCA EXAMINADORA

Presidente e Orientadora: Prof. Msc. Renata Cristina O. L. Andrade

1º Examinador: Prof. Dr. xxxx

2º Examinador: Prof. Dr. xxxx

RECIFE

2013

AGRADECIMENTOS

A Deus, que a tudo ilumina e que me concedeu capacidade para realizar esse trabalho.

A minha família: Marcos, marido presente e incentivador, que de forma especial assumiu quase toda casa para que eu pudesse realizar esse projeto; Priscila e Rayssa, presente de Deus, filhas amadas as quais dedico o meu esforço como exemplo, para que acreditem que sempre é possível conquistar o que se deseja; Zilma, companheira de mais de vinte anos de dedicação junto a essa família, que em dias de prova, carinhosamente, esteve presente com seus cafezinhos para me espertar; pessoas sem as quais eu não teria coragem e nem força para chegar a esse momento importante na minha vida.

A mainha, que mesmo residindo distante, sempre permanece perto, acreditando em mim.

À professora Renata Andrade pela orientação, apoio e pela disposição em ouvir meus questionamentos, que tornaram possível a conclusão desta monografia.

A todos os professores do curso, pessoas importantes na minha formação acadêmica.

A biblioteca do Tribunal Regional Federal, acervo com o qual pude contar durante esses cinco anos de caminhada.

Aos amigos e colegas que não me deixaram desistir e especialmente, aqueles que me ajudaram na construção desse trabalho (Cláudio Berardo, Genildo, Edilene, Suely, Carla e Fernanda Queiroz, amiga de longa data, que gentilmente revisou esse trabalho). Meus sinceros agradecimentos!

RESUMO

Este trabalho é fruto de um levantamento bibliográfico na doutrina e nas legislações pátria e tem como objetivo demonstrar a possibilidade de se executar o testamento, em qualquer de suas modalidades, por meio extrajudicial, celebrado em tabelionatos de notas, quando existente consenso entre as partes envolvidas, respeitado os requisitos elencados na lei que rege a matéria, dispensando-se a via judiciária. Tal sistemática encontra respaldo no ideário buscado pelo judiciário brasileiro – melhoria da prestação jurisdicional e nas legislações editadas no ordenamento jurídico brasileiro que fomentam a celeridade processual, e em especial nas disposições da Lei nº 11.441/2007, que instituiu a possibilidade de realização de divórcio consensual, inventário e partilha na via administrativa, quando não houver testamento. Contudo, o que se busca é afastar tal limitação imposta pela lei, quanto ao procedimento executório do testamento, que exige sempre a ação judicial como meio hábil, suprimindo algumas formalidades que se mostram excessivas na sua execução, com vista à promoção de soluções práticas, mais céleres e menos burocrática as pessoas envolvidas nessas relações civis.

Palavras chave: testamento; extrajudicial; via judiciária; celeridade.

ABSTRACT

This work is the result of a bibliographic survey in doctrine and homeland legislations, with the aim of demonstrating the ability to execute a testament in any of its modalities, through out-of-court settlement, celebrated in a Notary Public Office, when there is a consensus between the parties, respected the requirements listed in law governing the matter, dismissing the judicial route. This is supported by systematic ideology pursued by the Brazilian judiciary - improvement of judicial accountability and legislation published in the Brazilian legal system that foster the rapid procedure and in particular on the provisions of Law No. 11.441/2007, which created the possibility of achieving consensual divorce, inventory and sharing the administrative routes, when there is no testament. However, what is sought is to ward off a limitation imposed by law, regarding the procedure to execute a last will and testament that always requires a judicial action as skillful means, suppressing excessive formalities that are excessive in its execution, with a view of promoting practical solutions, faster and less bureaucratic for those involved in civil relationships.

Keywords: Testament; Out-of-court; Judicial routes; Celerity.

SÚMARIO

INTRODUÇÃO	07
CAPÍTULO 1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA	09
1.1 Conceito e natureza jurídica.....	10
1.2 Sucessões legítima e testamentária.....	11
1.3 O testamento como negócio jurídico.....	15
1.4 Os efeitos jurídicos.....	17
1.5 O sistema de contrato brasileiro e o sistema francês.....	20
CAPÍTULO 2 CARACTERÍSTICAS E FORMAS DE TESTAR	
2.1 Características do testamento.....	26
2.2 Formas de testar.....	28
2.2.1 Testamento público.....	29
2.2.2 Testamento cerrado.....	32
2.2.3 Testamento particular.....	35
2.2.4 Forma de execução.....	36
CAPÍTULO 3 A EXECUÇÃO DO TESTAMENTO EXTRAJUDICIAL COMO FORMA DE CELERIDADE	
3.1 As leis que fomentaram a celeridade processual.....	40
3.2 A necessidade de supressão de formalidade para execução do testamento.....	42
3.3 A sucessão testamentária e a Lei 11.441/2007.....	44
3.4 Testamento extrajudicial.....	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo o testamento, instituto que está inserido no ramo do direito da sucessão testamentária.

Analisa-se a possibilidade de se executar o testamento, nos mesmos moldes de qualquer outro negócio jurídico, perante o tabelião, pessoa dotada de fé pública, quando presentes todos os requisitos necessários previstos na legislação de regência, sem a necessidade de propositura de ação judicial.

A possibilidade de executar testamento, via extrajudicial encontra respaldo na finalidade buscada pelo Poder Judiciário, no respeitante à melhoria da prestação jurisdicional, no sentido de permitir às partes o exercício da sua cidadania e autonomia de vontade, com maior celeridade e sem burocracia, no cartório de notas e na presença do tabelião.

O testamento, segundo nosso ordenamento jurídico, é ato vinculado à vontade humana, do qual a pessoa dispõe do seu patrimônio para depois de sua morte. É ato unilateral, revogável e personalíssimo pelo qual o próprio testador emite declaração de última vontade, ou seja, é ato solene em que o testador pré-direciona o destino da herança, no tocante à cota disponível. É ato com efeito *post mortem*.

Com finalidade de atingir o objetivo deste trabalho, busca-se adotar pesquisas bibliográficas em obras relevantes sobre a matéria, artigos publicados em revistas científicas, além da análise dos textos de leis acerca do tema e pesquisas por meio eletrônico, através do método dedutivo.

O resultado deste estudo apresenta-se decomposto em três capítulos, além das considerações finais e o rol das referências. O primeiro aborda questões sobre sucessão testamentária: conceito, natureza jurídica, diferenciações entre sucessão legítima e testamentária e seus efeitos. Apresenta também o testamento como sendo negócio jurídico unilateral, em razão da livre manifestação de vontade e por gerar efeitos jurídicos, bem como discorre sobre alguns aspectos existentes entre o sistema de contrato brasileiro e o francês, identificando alguns pontos de convergências e divergências entre os dois sistemas, no âmbito do direito contratual, notadamente quanto ao instituto do testamento.

O segundo capítulo faz uma breve explanação sobre as características e as formas de testar no nosso ordenamento jurídico, as quais se dividem em testamentos ordinários e especiais. Os especiais são aqueles permitidos apenas em situações extremas a determinadas categorias: o marítimo, o aeronáutico e o militar. Já os ordinários, objeto do nosso estudo, são

aqueles facultados a todas as pessoas capazes e compreendem: o público, o cerrado e o particular, demonstrando-se os seus requisitos, lavraturas e modos de execução.

No terceiro capítulo aborda-se o tema central do nosso trabalho, que é a possibilidade de homologar o testamento pela via extrajudicial, numa tentativa de promover maior celeridade aos procedimentos realizados na vida das pessoas albergadas por esse contexto. Discorre-se, ademais, sobre algumas legislações editadas no ordenamento jurídico brasileiro que fomentam a celeridade processual, bem como propõe a supressão de algumas formalidades que se mostram excessivas na execução do testamento.

Por fim, o último item faz uma análise da Lei nº 11.441/2007, identificando as contribuições trazidas com a sua edição, vez que facultou a possibilidade de se utilizar a via administrativa, ou via extrajudicial, para realização de divórcio consensual, inventário e partilha, apesar de trazer no seu bojo a limitação quando existente testamento. E, partindo da premissa de que a lei em estudo contribuiu para o “desafogamento” do judiciário, é que se busca, através de uma análise crítica/interpretativa, justificar a desnecessidade da limitação por ela imposta, quanto ao procedimento executório do testamento, em qualquer de suas modalidades, que atualmente existe em nosso ordenamento jurídico, exigindo-se sempre a ação judicial como meio hábil para consecução de seus fins.

CAPÍTULO 1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA.

A sucessão testamentária é um instituto antigo, que foi muito utilizado no direito romano, no qual traduz a manifestação de última vontade. Entre os romanos, o testamento era ato de Direito Público, e que morrer *ab intestato*, era considerado uma vergonha¹. Não havia desgraça maior do que morrer sem testamento.

Em que pese grande parte da doutrina atribuir a origem do testamento como advinda do direito romano, presente na Lei das Doze Tábuas, o historiador francês Fustel Coulanges, discorrendo sobre a origem do direito e da religião, afirma a existência de raízes do testamento, posteriormente à guerra dos Peloponeso entre Esparta e Atenas,² visto que, anteriormente, era o testamento instituto ignorado, isso porque as regras do direito sucessório entre os antigos derivava da “religião doméstica hereditária”³, ou seja, a transmissão da religião e da propriedade ocorria na linha masculina, não se admitindo a descendência feminina. Se o homem morresse sem filhos deveria herdar aquele que continuasse o culto na linhagem masculina, por isso o testamento, na prática era muito difícil.

Nesse sentido menciona Fustel: “É certo não ter sido reconhecida na sua origem, como um direito natural, a faculdade de legar arbitrariamente os bens; o princípio constante nas épocas antigas foi o de que toda propriedade devia permanecer na família à qual a religião havia ligado.”⁴

Modernamente, a sucessão testamentária persistiu em todas as legislações, embora ainda pouco utilizada na legislação pátria, sendo as causas dessa abstenção ainda de difícil compreensão. Por isso, na atualidade, a sucessão legítima é reconhecidamente a preferida, entre nós.

Hoje, por exemplo, é comum verificar que as pessoas não se preocupam com a sua morte e com as possíveis consequências do ponto de vista patrimonial. Muito se tem dito que isso decorria de superstição e que a feitura de testamento poderia acelerar a morte, ou seja, seria um símbolo de mau agouro. Mas superado a fase do sentimento de perda do falecido, advém o período de conflitos entre os herdeiros, no tocante a partilha de bens deixados pelo falecido.

¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Direito das Sucessões**, v. 6. 35. ed. atualizada e revisada. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 122.

² COULANGES, Denis Fustel de. **A Cidade Antiga. Estudo sobre o culto, direito e as instituições da Grécia e de Roma**. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 75.

³ Ibidem, p.69

⁴ Ibidem, p. 75

No entanto, é de se sublinhar que a maioria da população brasileira dispõe de poucos recursos e bens patrimoniais, e que, portanto, não teria com o que se preocupar nesse tocante. Mas para aqueles que dispõem de vários bens (móveis, imóveis, recursos financeiros), pode ser determinado, por meio legal do testamento, como esses bens deverão ser distribuídos após a morte do titular, desde que respeitada a sucessão legítima, de modo a gerar menos conflitos entre os herdeiros.

1.1 Conceito e natureza jurídica

A sucessão testamentária, de acordo com o nosso Código Civil (CC), consagra o princípio da autonomia de vontade, por meio do testamento. O testamento é ato vinculado à vontade humana. São disposições de última vontade de alguém, revestida de solenidade, no qual o testador pré-direciona o destino de seus bens, no tocante a cota disponível. Essa disposição pode se referir à divisão do patrimônio entre os herdeiros; a entrega de um bem determinado a alguém, ou disposições de conteúdo não patrimonial.

A disposição de bens por testamento, segundo Sílvio Rodrigues, se configura como uma extensão do direito de propriedade, pois permite que o titular determine qual destino deverá ser dado aos seus bens após a sua morte⁵.

No dizer de Cahali e Hironaka, essa disposição de bens, no direito hereditário é um complemento do direito de propriedade, que se prolonga após a morte de seu titular⁶.

A figura do testamento, no antigo Código Civil de 1916, era, assim, definida: “Art. 1626. 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.”

Por sua vez, o atual Código Civil de 2002, nos seus artigos 1857 e 1858⁷ deu tratamento mais extensivo ao instituto jurídico, compreendendo como ato personalíssimo e

⁵ RODRIGUES, Sílvio. **Direito das Sucessões**, v.7. 26. ed. rev. e atualizada por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2007, p.143.

⁶ CAHALI, Francisco José; Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.22.

⁷ Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

§ 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

§ 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

Art. 1.858. O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo.

revogável, pelo qual alguém, de acordo com as prescrições legais, dispõe da totalidade de seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte, ou faz outras declarações de última vontade, de caráter não patrimonial.

Note-se que a finalidade do testamento ultrapassou àquela primeira ideia de simples transmissão de bens, passando a se prestar para outros fins, como por exemplo: reconhecimento de filho fora do casamento, nomeação de tutores para filhos menores, reabilitação de indigno.⁸

Nessa esteira, vale destacar a definição clássica, mas bem atualizada, do jurista romano MODESTINO, apud NADER; “*Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo, quod quis post mortem fieri velit.*”⁹

Em suma, o testamento é negócio jurídico, de cunho unilateral, donde prevalece a última declaração de vontade do testador, podendo constar confissões, sugestões, comentários a respeito de determinada pessoa, bem como, aspectos de ordem moral, de livre expressão, seguindo as imposições constantes na legislação, tendo em vista ser ato soleníssimo, sem as quais poderá ser declarado judicialmente nulo.

E importante ressaltar, que a natureza jurídica do testamento, além de constituir-se como instrumento de declaração de última vontade – ato jurídico, também pode ser considerado negócio jurídico unilateral, estando a validade desse ato negocial condicionada à observância das exigências previstas para cada tipo de testamento, além da capacidade testamentária.

1.2 Sucessões Legítima e Testamentária

No ordenamento jurídico brasileiro há duas formas de sucessão previstas no artigo 1.786 do Código Civil de 2002, a saber: a legítima ou a decorrente de lei e a testamentária ou a resultante da vontade do testador.¹⁰

⁸ NADER, Paulo. **Direito das Sucessões**, v. 6. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.216.

⁹ “Testamento é a justa expressão da nossa vontade a respeito do que cada pessoa deseja que se faça após a sua morte.” Digesto. Livro XXVIII, tít I, frag.1. In: NADER, Paulo. **Direito das Sucessões**, v. 6. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.216.

¹⁰ Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.

Assim, no momento do falecimento, a sucessão *causa mortis* é aberta e a posse e a propriedade do *de cuius* são transmitidas aos herdeiros legítimos e testamentários, tendo estes, ciência ou não daquela circunstância.

A sucessão legítima obedece aos critérios estabelecidos na lei (*ex vi legis*). A lei presume a vontade do *de cuius*, sendo imperativa. Essa modalidade de sucessão, decorrente de lei, prevalece em todos os casos e sobre todos os bens, quando não existe testamento. Por isso diz-se que ela é residual, sendo sempre aplicada sobre metade dos bens deixados pelo falecido quando de sua morte.

Na sucessão legítima, os herdeiros necessários não poderão ser afastados da sucessão pela vontade do autor da herança, exceto nas hipóteses de deserdação ou indignidade. Ensina Paulo Nader, que o princípio da autonomia da vontade se mostra impotente, fora dessas situações na substituição dos herdeiros¹¹.

A lei impõe uma reserva de metade desse patrimônio para certos parentes próximos, denominada a “legítima”; é a chamada cota indisponível (artigo 1.846, CC)¹². A convocação desses herdeiros obedece aos critérios estabelecidos na lei, conforme prescreve o artigo 1.829 do Código Civil de 2002:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Note-se que, a classe só será chamada à legítima quando faltarem herdeiros da classe precedente. No caso dos colaterais, só serão convocados os herdeiros até o quarto grau. Não sobrevivendo nenhum herdeiro, então, na ordem de vocação, a herança será devolvida ao Município (art. 1.844, CC).¹³

A sucessão legítima, segundo o Código Civil, art. 1.788, poderá ocorrer em três hipóteses, morrendo a pessoa: i) quando não houver testamento; ii) quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; iii) em caso de caducidade ou nulidade do testamento.

¹¹ NADER, *op. cit.* p. 30.

¹² Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

¹³ Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

No entender de Nader, na primeira premissa o ato de testar é voluntário, não obrigatório, sendo mera faculdade do titular dos bens, porém pouco exercido na prática, no nosso ordenamento jurídico. Já a segunda, significa que a parte residual se subordina à sucessão legítima, ou seja, em havendo herdeiro necessário, obrigatoriamente, o testamento não compreenderá a totalidade dos bens.¹⁴

A sucessão testamentária, por sua vez, é conduzida pelo testamento. É aquela que decorre da vontade real de testar do *de cuius*. Nas palavras de Eduardo Oliveira Leite: “é resultante da vontade do testador. Deriva do testamento, isto é, da manifestação da vontade do testador que, além da legítima, abre espaço à vontade soberana do testador, quanto à cota disponível”.¹⁵

Ressalte-se que poucas legislações adotam a liberdade de testar, é o caso da americana e da inglesa. A maioria dos ordenamentos adotam a restrição no direito de testar, proveniente do direito romano.

Sobre a limitação legal da porção testável, Pontes de Miranda, leciona que:

O primeiro limite que se impõe à liberdade de testar é o das regras jurídicas asseguradoras da porção destinada aos *herdeiros necessários*. O testar só se exerce no que sobra, na porção do patrimônio. Se o excede, constitui disposição que, ao morrer o decujo, ofende o direito dos herdeiros necessários. Tanto assim que não se invalida o ato inteiro de dispor, - reduz-se, apenas, à metade disponível. [...] Dizer-se que a lei fixa *porção testável* é supor-se direito dos herdeiros necessários no momento da morte do decujo. Testar-se-ia todo o patrimônio se não houvesse a lei que o vedasse. A lei somente o veda se há tais herdeiros. Se os há, as legítimas têm de ser respeitadas, [...] ¹⁶

Com efeito, essa liberdade de testar não é absoluta, havendo herdeiros, o testador só poderá dispor de metade de seu patrimônio. Diz-se que o direito brasileiro consagrou o sistema de divisão necessária, em que a vontade do autor da herança é limitada pela ocorrência de herdeiros necessários.¹⁷

Assim, no entender de Gonçalves: “Não havendo herdeiros necessários, plena será a liberdade de testar”¹⁸, podendo ainda o testador afastar da sucessão os herdeiros colaterais, conforme expressa o art. 1.850, do CC: “Para excluir da sucessão herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar”.

¹⁴ NADER, *op cit*, p.30.

¹⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira, **Direito das Sucessões**, v. 6. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.34.

¹⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial, Tomo LVI – Direito das Sucessões: Sucessão testamentária. Testamento em geral. Disposições testamentárias em geral. Herança e legados**. 3.ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972, p.89-90.

¹⁷ *ibidem*, p. 38.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Sucessões**. v. III, 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 25.

Confere destacar que a sucessão legítima pode se dar a título universal e singular. A universal caracteriza-se pela transmissão do patrimônio do *de cuius* como um todo, ou seja, transfere-se o acervo hereditário na sua totalidade, ou uma cota parte dele. Já a sucessão a título singular implica na transmissão determinada porção de bens a pessoas determinadas. Assim, a sucessão legítima ocorrerá sempre a título universal, sendo o sucessor o herdeiro legal, enquanto a sucessão testamentária é quase sempre a título singular, limitando a transmissão de bens, parte definida na herança, para o legatário. O critério fundamental da distinção está na determinação ou na indeterminação do objeto, dos bens sucessíveis.

Atente-se que a transmissão de bens para o legatário não implica em qualquer responsabilidade pelas dívidas do falecido, pois, só quem responderá pelas dívidas e encargos da herança será o herdeiro, que substitui o *de cuius*, sub-rogando-se em seus direitos e obrigações.

Segundo Zeno Veloso, na prática, a sucessão legítima ocorre em número maior de vezes que a sucessão testamentária. Raramente, no Brasil, faz-se testamento.¹⁹ Na verdade poucos são os que, tendo herdeiros necessários, testam com relação a sua parte disponível. Segundo Giselda Hironaka, isso decorre de razões culturais ou até mesmo místicos; porque pensar nessa conduta poderia atrair maus presságios²⁰. “As causas dessa abstenção são complexas [...]. Aqui tornou-se a situação inversa à Inglaterra, por exemplo, onde raro é que alguém, maior capaz, possuindo bens, faleça, *ab intestato*”.²¹

Em que pese seja a sucessão testamentária um instituto pouco usado no nosso país, a verdade é que entre os romanos o testamento gozava de grande prestígio. Era considerado ato de direito público. Embora modernamente tenha sofrido mudanças em seu conceito, o fato é que a sucessão testamentária ainda subsiste em todas as legislações contemporâneas.

No ordenamento jurídico brasileiro, este instituto sempre esteve presente desde a época do Brasil Colônia. Tanto é que no *Codex* de 1916, o legislador fez constar orientação clara a respeito da sucessão testamentária, disciplinando-a, fazendo-a conviver pacificamente com a sucessão legítima.

Assim, no entender de Washington de Barros Monteiro, as duas formas de sucessão encontram-se reconhecidas pelo direito pátrio. Uma não exclui a outra, podendo ambas coexistir. Explica que, “se o testador, no ato de última vontade, não se refere a todos os bens,

¹⁹ VELOZO, Zeno. Testamentos. Noções Gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. In: CARVALHO, Dimas Messias, CARVALHO, Dimas Daniel. **Direito das Sucessões Inventário e Partilha. Teoria, Jurisprudências e Esquemas Práticos**. São Paulo, DelRey, 2007, p. 126.

²⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil. Parte Especial do Direito das Sucessões**, v. 20. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.33-34.

²¹ MONTEIRO, *op. cit.*, p. 123.

mas apenas a alguns, claro se torna que, com relação aos omitidos, não objetivados no testamento, prevalecerá a sucessão legítima, deferindo-os aos herdeiros legítimos.”²²

1.3 O testamento como negócio jurídico

O negócio jurídico é fonte de autonomia privada, caracterizando-se como uma norma estabelecida entre as partes, onde os pactuantes regulam os limites de seus interesses.

Entende-se por negócio jurídico, nas lições de Junqueira de Azevedo, *apud* Gagliano e Pamplona Filho, como sendo “todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia, impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”²³.

No mesmo sentido, ainda, e de uma forma mais simplificada, esclarecem que o negócio jurídico “seria uma declaração de vontade, emitida em obediência aos seus pressupostos de existência, validade e eficácia, com o propósito de produzir efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico pretendido pelo agente”.

Essa ideia de manifestação de vontade, encartada na regra geral positivada (art. 112, do CC/2002),²⁴ é o elemento mais importante, do que própria forma materializada da linguagem.

Nessa linha de raciocínio, depreende-se que a figura do testamento é negócio jurídico, porque fundado na declaração de vontade do autor da herança, complementada consoante solene disposição, no qual o testador pré-direciona o destino dos seus bens.

Sobre a matéria, interessa destacar as considerações de Orosimbo Nonato, *apud* Carlos Roberto Gonçalves:

“Constitui negócio jurídico unilateral, isto é, aperfeiçoa-se com uma única manifestação de vontade, a do testador (declaração não receptícia de vontade), e presta-se à produção de diversos efeitos por ele desejados e tutelados na ordem jurídica. Com efeito, a só vontade, pessoalmente manifestada é suficiente à formação do testamento. Não tem o beneficiário de intervir para sua perfeição e validade. Posteriormente, depois da morte do testador, quando aberta a sucessão, é

²² MONTEIRO, *op cit*, p.11.

²³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral**, v. 1. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p.360-361.

²⁴ Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem.

que se manifesta a aceitação deste (CC, art. 1.804 e 1923), a qual não é elemento ou condição essencial do ato.”²⁵

A esse respeito também, pontua Orlando Gomes, *apud* Elza de Faria Rodrigues:

O testamento é negócio pessoal, unilateral, gratuito, formal, de última vontade, e eminentemente revogável. Negócio unilateral, porque sua eficácia não depende do concurso de outra pessoa. Consubstancia-se pela vontade única do testador, declarada conforme a lei. Dá-lhe vida suficiente essa declaração. A aceitação do herdeiro não o integra, por ser, também ato unilateral independente. Perfeito e acabado se acha tão logo exprima o testador a sua vontade no instrumento idôneo.²⁶

Assim, quando o testador manifesta conscientemente a sua vontade privada, estar-se diante de um negócio jurídico unilateral, porque o seu ato volitivo, irá produzir efeito no mundo jurídico, de ordem patrimonial ou moral.

No respeitante as formalidades que reveste todo negócio jurídico, o testamento, não poderia fugir a regra. As suas formalidades devem ser cumpridas para que o ato não seja passível de nulidade. Deste modo, será necessário que seja feito de forma escrita, contendo data, lugar, testemunhas e assinatura do testador, pois a ausência desses requisitos pode induzir a falsidade. O formalismo acerca desse negócio visa garantir autenticidade e a espontaneidade das declarações de última vontade, para maior segurança das partes.

Com efeito, Paulo Nader, comentando esse assunto, diz: “A formalidade visa assegurar a autenticidade da prática negocial”. Ainda, citando Orosimbo Nonato, complementa: “longe de representar um obstáculo à faculdade de testar, o formalismo aqui vale como garantia e salvaguarda dessa faculdade”.²⁷

Quanto às formalidades, embora sejam elementos de extrema importância nessa prática negocial, não se pode perder de vista que elas não podem ser aplicadas de modo exacerbado, devendo a sua exigibilidade ser amenizada de maneira a assegurar valores como a vontade do testador e a proteção do direito dos seus herdeiros, principalmente quanto aos filhos.

Nessa linha de entendimento, inclusive, assim já decidiu o STJ, na REsp 302767-PR:

CIVIL. SUCESSÃO. TESTAMENTO. FORMALIDADES. EXTENSÃO.

O testamento é um ato solene que deve submeter-se a numerosas formalidades que não podem ser descuradas ou postergadas, sob pena de nulidade. Mas todas essas formalidades não podem ser consagradas de modo exacerbado, pois a sua

²⁵ GONÇALVES, *op.cit.*, p. 208-209.

²⁶ RODRIGUES, Elza de Faria. **Testamentos: teoria e prática**. Belo Horizonte: editora Del Rey, 2011, p. 24/25.

²⁷ NADER, *op. cit.*, p. 219.

exigibilidade deve ser acentuada ou minorada em razão da preservação dos dois valores a que elas se destinam - razão mesma de ser do testamento -, na seguinte ordem de importância: o primeiro, para assegurar a vontade do testador, que já não poderá mais, após o seu falecimento, por óbvio, confirmar a sua vontade ou corrigir distorções, nem explicitar o seu querer que possa ter sido expresso de forma obscura ou confusa; o segundo, para proteger o direito dos herdeiros do testador, sobretudo dos seus filhos. Recurso não conhecido. (STJ. REsp 302767-PR. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, 4ª T, unânime, j. em 05.06.2001)²⁸

Note-se que o aspecto relativo à vontade do testador e a proteção do direito dos herdeiros detêm maior relevância do que o aspecto formal, e por vezes, as formalidades servem apenas como complemento do que já havia sido declarado ou confirmado perante as testemunhas, sendo certo, nesse sentido, a lição de Pontes de Miranda, de que na dúvida, deve-se decidir em favor do testamento, evitando-se, quando possível, as nulidades por motivo de forma.²⁹

1.4 Os efeitos Jurídicos

Por ser ato de última vontade, o testamento, quando elaborado, só produzirá efeitos jurídicos após o evento morte de quem testou. Anterior a esse fato, o herdeiro e o legatário possuem apenas uma expectativa de direito, tendo em vista a característica de revogabilidade presente nesse instituto. É a partir da abertura da sucessão que nasce o direito subjetivo para o herdeiro e o legatário. Portanto, o legatário só receberá a propriedade do bem legado com a abertura da sucessão.

Conforme estabelece o nosso Código Civil, art. 6º, a existência da pessoa natural termina com a morte. Sendo este o momento exato da abertura da sucessão. Assim, aberta a sucessão, o herdeiro legítimo ou testamentário, adquirem desde logo, a propriedade e a posse da herança, nos precisos termos do artigo 1.784 do Código Civil.³⁰ Essa imediata transmissão dos bens deixados pelo *de cuius* aos seus sucessores, é conhecida como princípio *saisine*.

Além da imediata transmissão da herança aos sucessores, outros efeitos decorrem desse princípio, como a sub-rogação dos herdeiros ao *de cuius* em relação aos mesmos

²⁸Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=resp+302767&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>> Acesso em 18 de novembro de 2012.

²⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial, Tomo LVIII – Direito das Sucessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1973, p.282.

³⁰Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

deveres e obrigações e a legitimidade *ad causam* dos herdeiros para proteger a herança ou de intentar ações contra quem coloque em perigo a sua posse.

Note-se que o evento morte desencadeia uma série de atos a serem praticados para a formalização e a efetivação da sucessão. O momento da transmissão da herança não se confunde com a data da abertura do inventário, sendo este apenas o momento em que há provocação do judiciário em processo judicial para se realizar a transferência do quinhão hereditário.

No direito sucessório brasileiro a figura do herdeiro e do legatário possuem características distintas, dos quais também decorrem efeitos jurídicos diferenciados. O legatário é sucessor a título singular em virtude do testamento, enquanto o herdeiro é sucessor universal, em razão da lei ou de testamento. O herdeiro sucede no patrimônio (ativo e passivo) dando continuidade as relações jurídicas deixadas pelo *de cujus*, ou seja, sucederá em seus direitos e obrigações (ônus e bônus) até o limite de sua herança. Por outro lado, o legatário, a sucessão recairá somente sobre coisa certa e determinada. Ele recebe bens e vantagens circunscritas sem ser continuador do patrimônio do testador.

Orosimbo Nonato, *apud* Veloso, faz a seguinte distinção entre herdeiro e legatário:

Na primeira, “o titular tem o *universum jus* do autor da herança – a totalidade de seu patrimônio ou parte dele, abstrata e ideal”. No legado, “o titular é sucessor a título particular, é sucessor em objetos, em coisas limitadas pela quantidade, qualidade ou situação”. Não importa à caracterização do benefício o valor respectivo, alerta Orosimbo, “podendo, em certos casos, o herdeiro receber menos que o legatário”³¹.

Assim, por existir tal distinção entre essas figuras jurídicas, os efeitos do direito a eles pertencentes também diferem. Nesse sentido, prescreve Arnoldo Wald:

O simples fato - a morte – transfere os bens para o herdeiro, que, assim, os adquire. A situação jurídica do legatário é diferente. Como o herdeiro, obtém ele a *transmissão imediata da propriedade dos bens objeto do legado*, mas não pode, salvo cláusula testamentária expressa, *investir-se na posse dos mesmos* sem a interferência do herdeiro. Tem, portanto, a propriedade do legado, mas a sua posse depende da entrega que lhe deverá ser feita pelo herdeiro.³²

O cumprimento do legado encontra-se regulado no art. 1.923 e § 1º, do CC, *in verbis*: “Art. 1.923 Desde a abertura da sucessão, pertence ao legatário a coisa certa, existente

³¹ VELOSO, *op. cit.*, p.129.

³² WALD, Arnold. **O Novo Direito das Sucessões**. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.178.

no acervo, salvo se o legado estiver sob condição suspensiva. §1º Não se defere de imediato a posse da coisa, nem nela pode o legatário entrar por autoridade própria”.

Pela dicção do *caput* referenciado o legatário possui apenas a posse indireta do legado, a posse direta só será adquirida no momento em que o herdeiro lhe entregar o objeto legado.

Nesse sentido, preleciona Maria Helena Diniz que “No que concerne à posse, nela se investirá o legatário somente com a partilha, salvo se obteve, anteriormente, a entrega da coisa legada. Em regra, enquanto não se julgar a partilha, o legatário não se investe na posse, porque só depois de verificadas as forças da herança [...]”.³³

Portanto, só pertence ao legatário a coisa certa com a abertura da sucessão, não podendo o legatário se imitar na posse por autoridade própria. Em resumo, o legatário tem propriedade sem posse.³⁴

Outro efeito jurídico diz respeito à aceitação e a renúncia da herança ou legado.

O ato de aceitação da herança, após o evento morte, consolida a domínio e a posse indireta sobre o patrimônio. Uma vez aberta a sucessão, a lei faculta ao herdeiro ou legatário a opção de aceitação ou a renúncia da herança, opção essa que pode acontecer antes do procedimento do inventário.

Com a aceitação pelos herdeiros, a transmissão da propriedade e da posse indireta se efetiva, por força do princípio *saisine*. Já com a renúncia, a transmissão se torna sem efeito e retroage a data do óbito do *de cuius*. Essa é a dicção do art. 1804, parágrafo único, do CC.³⁵

A aceitação enquanto negócio jurídico unilateral, se completa com a concordância do beneficiário, valendo como declaração não receptícia. Como negócio puro não se sujeita a condição ou termo. Via de regra, o nosso ordenamento jurídico facilita o ato da aceitação. Ela se manifesta de forma expressa, tácita e presumida. A forma de aceitação expressa, não ocorre com frequência, diferentemente da aceitação tácita, que decorre de atos compatíveis que deixam implícita a aceitação da herança. A presumida decorre na hipótese de o interessado requerer a notificação do herdeiro silente. No entender de Orlando Gomes, trata-se de uma forma especial de aceitação tácita.³⁶

³³ DINIZ, Maria Helena. **Direito das Sucessões**, 21. ed. rev. e atualizada de acordo com a reforma do CPC, São Paulo: Saraiva, 2007, p.330.

³⁴ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14. ed. atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002 por Mario Roberto Carvalho de Farias. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.192.

³⁵ Art. 1.804. Aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão. Parágrafo único. A transmissão tem-se por não verificada quando o herdeiro renuncia à herança.

³⁶ GOMES, *op. cit.*, p. 24.

Para Paulo Nader, o “reconhecimento da aceitação tácita apoia-se em raciocínios de natureza lógica. Enquanto na aceitação, expressa a vontade se revela explícita, exteriorizada, na tácita ela se apresenta subentendida”.³⁷

Em relação à renúncia a nossa Lei Civil, é mais rigorosa. É ato solene pelo qual o herdeiro, chamado a sucessão, declara que não aceita a herança. Essa renúncia deve se dar, necessariamente, por escritura pública ou termo judicial (art.1.806, do CC).³⁸

Nesse sentido, doutrina Paulo Nader:

Enquanto o legislador se mostra liberal ao dispor sobre a forma de aceitação da herança, revela-se rigoroso quanto à renúncia. Como a conduta natural, comum, é a aceitação de bom grado dos beneficiários e vantagens que a vida oferece, a renúncia se apresenta como um fato anômalo e, como tal, a sua prática não deve ensejar dúvida; daí a exigência legal em torno da forma de sua manifestação de vontade.

Assim, em havendo a renúncia da herança, a parte do renunciante, quando não designado o substituto, será transmitida aos herdeiros legítimos. Cabe observar que embora a liberdade de renunciar seja absoluta, a lei (art. 1813, CC)³⁹ determina a restrição dessa liberdade de renúncia quando oposta em prejuízo de credores do renunciante, como entendem a maioria dos doutrinadores.

Hironaka discorda dessa interpretação dada pela doutrina de que a lei teria modificado ou restringido a liberdade de renúncia. Para ela a renúncia continua sendo válida. O que ocorre, “é o desvio dos bens do destino determinado por lei ou testamento até o montante da dívida frustrada, subsistindo a renúncia posteriormente”.⁴⁰

1.5 O sistema de contrato brasileiro e o sistema francês

O contrato é a espécie de negócio jurídico mais importante no âmbito constitucional e civil, em razão de representar a vontade das partes contratantes. É socialmente entendido

³⁷ NADER, *op. cit.*, 74.

³⁸ Art. 1.806. A renúncia da herança deve constar expressamente de instrumento público ou termo judicial.

³⁹ Art. 1813. Quando o herdeiro prejudicar os seus credores, renunciando a herança, poderão eles, com autorização do juiz, aceitá-la em nome do renunciante.

⁴⁰ HIRONAKA, *op. cit.*, p. 129.

como sendo instrumento de conciliação de interesses contrapostos, com fins a pacificação social e ao desenvolvimento econômico.⁴¹

A expressão dessa manifestação de vontade constitui-se num negócio jurídico, segundo Venosa⁴². Esse acordo de vontades, no sentido mais amplo, tem por finalidade obter efeitos jurídicos de natureza diversa (no plano do direito das coisas, da família, das sucessões, do administrativo, do internacional). Já em sentido mais estrito, visa à produção de efeitos jurídicos de conteúdo, no mais das vezes, econômico. Assim, pelo fato dessas relações criarem, modificarem ou extinguirem relações de diversas esferas jurídicas, aos contratos devem também ser aplicadas as mesmas regras estruturais do negócio jurídico, estampadas no art. 104, do CC.⁴³ Portanto, sem a manifestação de vontade, não há negócio jurídico, e, portanto, não há contrato.

A autonomia de vontade, principal elemento do negócio jurídico, é influência do Código francês. Cabe aqui, destarte, fazer uma pequena incursão sobre referido código.

O Código francês, também conhecido como napoleônico, publicado em 21 de março de 1804, “foi a primeira grande codificação moderna”⁴⁴. Além de expressar pensamento jurídico, também propagou concepção política, com destaque ao Direito Privado, no respeitante à propriedade e a fidelidade contratual.

Nas palavras de Rui Rosado de Aguiar Júnior, o Código Francês representou:

[...] a consagração do individualismo (o homem como centro do mundo), do liberalismo (o homem tem direito à liberdade), do voluntarismo (o homem pode se conduzir - atos de disposição de autonomia privada de acordo com a sua vontade), da economia fundada na propriedade individual e, nas relações sociais, na força vinculativa dos contratos. Daí a conseqüência, no âmbito do Direito dos contratos: aceitam-se os princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade do contrato – o que foi contratado pela vontade das partes é justo.⁴⁵

Nessa contextura, o contrato no sistema francês era visto como um simples instrumento para aquisição da propriedade. O indivíduo detinha plena autonomia de contratar e de ser proprietário, de modo que a liberdade e a propriedade estavam diretamente interligadas. O contrato, nesse sistema, representava, portanto, a consagração do

⁴¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 01.

⁴² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. v. 2. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p.371.

⁴³ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III- forma prescrita ou não defesa em lei.

⁴⁴ VENOSA, *op. cit.*, p. 372.

⁴⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Os Contratos nos Códigos Civis francês e brasileiro**. Revista CEJ, v.9, nº 28, jan/mar de 2005. Disponível em www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/642/822>. Acesso em 04.12.2012.

individualismo, sendo a validade contratual condicionada única e exclusivamente à vontade das partes. É o que se lê no artigo 1.134 do Código Civil Francês: “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi*”⁴⁶, sendo este, portanto, o fundamento do *pacta sunt servanda*.

A predominância da autonomia de vontade traçado no código francês foi seguida pela maioria dos códigos latinoamericanos, vez que declarou que o acordo de vontade tem status de lei.

No sistema jurídico brasileiro, esse princípio foi absolvido desde as primeiras codificações. O código de 1916 adotou o posicionamento individualista no tocante as relações contratuais. Porém, com o advento do novo Código Civil de 2002, esse posicionamento sofreu substancial alteração, impedindo a prevalência do interesse individual sobre o interesse social, conforme restou consagrado no art. 421, do CC: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

O princípio da autonomia da vontade, assim, sofreu restrições em razão da função social e nas leis de ordem pública. Nas palavras de Nader, “a função social do contrato exige que os acordos de vontade guardem sintonia com os interesses da sociedade, impedido o abuso de direito”⁴⁷.

A partir dessa nova ordem, o contrato passou a desfrutar de novo conceito, legitimado pela sociedade, com uma orientação voltada para o resguardo dos interesses coletivos, deixando, portanto de “gravitar, exclusivamente, em torno do indivíduo.”, segundo destaca Arruda Alvim, *apud* Pablo Solze Gagliano.⁴⁸

Nesse contexto, importa destacar que o testamento é a figura jurídica no Direito Privado que revela em maior amplitude a autonomia de vontade, segundo Venosa, *apud* Rodrigues.⁴⁹ Para alguns doutrinadores o testamento tem natureza jurídica contratual, ou de “quase-contrato”⁵⁰ Essa afirmação, não muito aceita, parte da ideia de que o contrato como sendo um ato de livre vontade estabelecido em vida, da mesma forma o testamento consentia essa vontade volitiva *post mortem*.

⁴⁶ Art. 1.134. As convenções feitas nos contratos formam para as partes uma regra à qual devem se submeter como a própria lei. Disponível em http://www.ligiera.com.br/estrangeira_9.html.> Acesso em 29.01.2013.

⁴⁷ NADER, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁸ GAGLIANO, *op cit.*, p. 2

⁴⁹ RODRIGUES, Elza, *op cit.*, p. 07

⁵⁰ *Ibidem*, p. 22

O Código Civil francês de 1804 coloca o testamento no mesmo capítulo da doação e da sucessão hereditária (artigos 893 a 1.100), como sendo, o testamento, um modo de aquisição de propriedade. Diferentemente, do ordenamento brasileiro, o testamento é apenas uma extensão, um complemento do direito de propriedade, que se prolonga após a morte de seu titular, sobretudo, porque, a herança (a propriedade) se transmite pela morte do testador, independente de aceitação.

Em relação à doação, é assente na doutrina brasileira que a sua natureza é contratual, conforme leciona Stolze: “[...], a doação *tem natureza contratual*, uma vez que, por mais que sobreleve a figura do doador, o donatário *deve aceitar*, sob pena de não se formar o consentimento e o contrato ser considerado juridicamente inexistente.”⁵¹.

Mais adiante, arremata:

[...] a pedra de toque desse contrato, é sem dúvida, o *animus donandi*, ou seja, a intenção de beneficiar ou favorecer o donatário, por mera *liberalidade*. Diferentemente da compra e venda, em que as partes são animadas por interesses antagônicos que se contemporizam, na doação prevalece o interesse do doador convergente com a vontade do donatário.

Por outro lado, Pablo Stolze, contudo, entende que a doação não seria um contrato real, assim como acontece com o depósito ou o comodato, em que, nesse caso, se tem apenas uma promessa de contratar, ou seja, não se tem contrato perfeito e acabado antes da entrega da coisa, diferentemente do instituto da doação que “se torna perfeita antes mesmo da entrega da coisa ao donatário.”⁵²

Considerado como negócio jurídico gratuito, a doação manifesta vontade contraposta, no qual o negócio jurídico (a transferência de bens do doador para o donatário), só se perfaz com o aceite do donatário. Isso não acontece no direito francês, já que, por lá, o instituto da doação está incluído entre os meios de aquisição de propriedade, ao lado dos testamentos, reunindo atos de liberalidade *inter vivos* e *causa mortis*. Ou seja, não há distinção entre essas figuras jurídicas.

No nosso sistema, todavia, há diferenciação e também semelhanças no regime jurídico desses institutos.

Quanto às diferenças, a doação é ato praticado *inter vivos*, ocorre em vida, sendo vedada a doação *causa mortis*, mormente porque para esses casos a nossa legislação previu o

⁵¹ GAGLIANO, *op cit.*, p. 07

⁵² *Ibidem*, p. 15

instituto jurídico do testamento. O testamento é ato *causa mortis*, e só terá eficácia após a morte do testador, sendo inadmissível contrato de herança de pessoa viva.

Sobre a inadmissibilidade da figura da doação *mortis causa*, é esclarecedora a lição de Pablo Stolze:

[...] se atentarmos para nosso sistema sucessório de normas, concluiremos que, para o atendimento desse tipo de desiderato, o legislador previu um instituto jurídico específico: o testamento. [...] em nosso Direito Positivo, a transmissibilidade do patrimônio *post mortem* somente poderá dar-se por esta via, em prol da segurança e do respeito à última vontade do testador. Concluímos, assim, pela inadmissibilidade da doação para depois da morte do doador, figura que, diga-se, carece de previsibilidade legal.⁵³

Outra diferenciação diz respeito à aceitação. A doação, por ser considerado um contrato, se sujeita a existência e a validade, estando condicionada a aceitação do donatário, pois uma doação sem aceitação será considerado contrato ineficaz, portanto, inexistente no plano jurídico. Com o aceite, o bem passa para o nome do donatário em vida, adquirindo ele, a plena propriedade.

O testamento, por sua vez, não tem natureza contratual, sendo classificado como uma declaração unilateral de última vontade, que não obriga o aceite do legatário para ter validade, pois essa aceitação só ocorre posteriormente à abertura da sucessão. Diferentemente, da doação, no testamento o beneficiário só adquire a propriedade após a morte do testador.

No atinente a questão da revogabilidade, em regra, o contrato de doação é irrevogável. Porém essa regra não é absoluta, podendo ser revogável por decisão judicial, em algumas hipóteses prescritas na lei (art. 555, do CC),⁵⁴ não sendo admitida revogação por mera vontade do doador nem por escritura pública. Já o testamento, tem como natureza básica a revogabilidade, elemento considerado essencial para sua validade, admitindo-se a sua alteração ou desconstituição, pelo testador, do que fora determinado, até antes de sua morte. Entretanto, faz mister destacar que, as disposições não patrimoniais, não seguem a mesma regra, sendo certo de que o reconhecimento de filhos em testamento não poderá ser revogado.

No que se refere às semelhanças entre o contrato de doação e o testamento, a unilateralidade é ponto comum entre ambos, tendo em vista que no contrato de doação o ato produz obrigações apenas ao doador, não se constituindo em contraprestação, como nos contratos bilaterais ou sinalagmáticos, no qual se tem dependência recíproca de obrigações. O testamento, essa unilateralidade funciona como obra exclusiva do testador, sendo esse ato

⁵³ GAGLIANO, *op cit.*, p. 31-32.

⁵⁴ Art.555. A doação pode ser revogada por ingratidão do donatário, ou por inexecução do encargo.

suficiente para tornar os legatários credores ou proprietários no momento da morte do testador.

A gratuidade, por sua vez, também é elemento comum a esses institutos. Não se impõe qualquer contraprestação ao beneficiário, seja ele donatário ou beneficiado do testador, mesmo nos casos de doação com encargo ou no testamento em que o testador impõe encargo, permanece o seu caráter gratuito.

Por fim, destaque-se a solenidade. No contrato de doação esse ato ocorrerá através de escritura pública ou instrumento particular, sendo admitida também a forma verbal, nos casos de bens móveis e de pequeno valor. (art. 541, e parágrafo único).⁵⁵ No testamento a manifestação de vontade do testador deverá ser revestida pela formalidade determinada em lei, sob pena de ser considerado nulo.

Em relação aos efeitos do contrato de doação, em que pese o art. 538, do CC⁵⁶ estabelecer que o contrato de doação transfere a propriedade, é pela tradição, ou seja, pela entrega da coisa contratada, que se adquire a propriedade no sistema brasileiro. Portanto, o contrato de doação na sistemática jurídica brasileira se revela como uma obrigação e não como uma modalidade de aquisição de propriedade.⁵⁷(grifei)

Após tais considerações, passemos adiante a discorrer sobre as características da sucessão testamentárias e as formas ordinárias legalmente previstas no Código Civil para se testar.

⁵⁵ Art. 541. A doação far-se-á por escritura pública ou instrumento particular. Parágrafo único. A doação verbal será válida, se, versando sobre bens móveis e de pequeno valor, se lhe seguir incontinenti a tradição.

⁵⁶ Art. 538. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra.

⁵⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Contratos em espécie**. v.3. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 102.

CAPÍTULO 2 CARACTERÍSTICAS E FORMAS DE TESTAR

2.1 Características do testamento

Dentre as principais características do testamento, podemos citar a unilateralidade, a solenidade, a unipersonalidade e a revogabilidade. Outros civilistas ainda acrescentam a gratuidade e a *causa mortis*.

Segundo de Gonçalves, as principais características de testamento, diz respeito a ato personalíssimo, porque privativo apenas do autor da herança, não se admitindo sua feitura por procurador⁵⁸, a teor da dicção do art. 1858, do CC⁵⁹, ou por arbítrio de um terceiro. Entretanto, nada impede que sua redação seja realizada com a ajuda de advogado, tabelião ou outra pessoa, mas na presença do testador, a seu pedido, conforme suas orientações.

É importante destacar que o nosso *Códex* traz proibição expressa de testamento realizado com a participação de mais de uma pessoa, testamento conjuntivo, recíproco ou correspectivo,⁶⁰ porque contraria a natureza essencialmente livre e unilateral da manifestação de vontade do testador, bem como a natureza revogável, características essas essenciais à validade do testamento.

Também configura-se como ato revogável, admitindo-se sua modificação no todo ou em parte. Assim o testador pode alterar, modificar livremente, a qualquer momento, e desconstituir o que determinara anteriormente, até a morte.

Outra característica, deveras importante, reitera-se, é a unilateralidade do ato, porquanto se forma apenas pela vontade do testador, independente a aceitação do herdeiro. Comenta Gonçalves que “Não tem o beneficiário de intervir para sua perfeição e validade. Posteriormente, depois da morte do testador, quando aberta a sucessão, é que se manifesta a aceitação deste [...]”⁶¹

É também ato solene, posto que sua validade deverá observar as formalidades constantes na lei (*ad solemnitatem*). Essa formalidade visa garantir a autenticidade e a liberdade do testador. Assim, sob o manto da solenidade o legislador protege a manifestação

⁵⁸ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 208

⁵⁹ Art. 1858. O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo.

⁶⁰ Art. 1863. É proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo.

⁶¹ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 209.

de vontade do testador e sua autonomia, diminuindo as possibilidades de possíveis pressões físicas ou psíquicas.

Nesse sentido, Pontes de Miranda, nos ensina que:

[...] a exigência de forma testamentária evita que o testador apressadamente manifeste a vontade e de certo modo mostra-lhe que é de grande relevância o ato que vai praticar. Por outro lado, diminui as possibilidades de pressões, de violências, de erros e de atendimentos a pedidos e promessas. Além disso, a presença de testemunhas concorre para que se contenha, pondere e se precate o testador. Todo intervalo entre a deliberação de testar e a feitura do testamento fortalece a meditação do disponente. Quanto a terceiros, as formalidades testamentárias põem o testador a salvo de falsificações e de falsidades, bem como de violências. Muito se sabe sobre os males que resultavam das cartas de consciência. Herdeiros legítimos eram lesados pelas coações de estranhos, que o testador beneficiava, e das preterições momentaneamente causadas. Pessoas estranhas, e não só parentes, eram postas de lado por circunstâncias de intranqüilidade do testador. Não só herdeiros legítimos. Daí não bastar o escrito, por mais perfeito e verdadeiro que seja, para que se repute feito o testamento. O rigor formal protege o testador e os que seriam por ele declarados herdeiros ou legatários. Trata-se de ato de última vontade, razão por que a técnica legislativa também há de cogitar de formalidades que assegurem a conservação do negócio jurídico [...]. Com os pressupostos de forma, o que se tem por fito é maior segurança na expressão da vontade e na conservação do instrumento [...]. Se o testamento não satisfaz as exigências formais, ou algumas delas, testamento não há. Se a satisfação é que foi insuficiente, há nulidade. Ser incompleta a observância, ou ser irregular, faz nulo o testamento. Não ter havido cumprimento de qualquer dos pressupostos, qualquer que seja, não é infração da lei; é omissão de requisito para a existência de testamento.⁶²

A despeito do rigorismo das formalidades que permeia a prática do testamento, é de se notar que na atualidade o Superior Tribunal de Justiça, em suas decisões, vem amenizando essa rigidez formal, como já explicitado no capítulo I, subitem 1.3, por entender que a interpretação fria e literal da lei, não poderia ir ao ponto de macular o ato de vontade do testador.

O Testamento também tem característica de ato gratuito, porque não há exigência de vantagem correspectiva, ou seja, não tem finalidade de obtenção de vantagens para o testador. Acrescenta Washington de Barros, *apud* Maria Helena Diniz que o “fato de haver um elemento oneroso, p. ex., um encargo, não desvirtuaria o testamento, a não ser que seja preponderante.”⁶³

Por fim, o ato *causa mortis*, em razão de produzir efeitos somente após a morte do autor da herança, logicamente, não poderia ser considerado ato *inter vivos*, já que proibidos os pactos sucessórios em nosso ordenamento jurídico.

⁶² MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1955, Tomo LVIII, p.279.

⁶³ DINIZ, *op. cit.*, p.176.

2.2 Formas de testar

O Código Civil brasileiro estabelece uma divisão entre as formas de testamento, em dois grupos: os ordinários e os especiais (arts. 1862 e 1886, do CC)⁶⁴. Essa distinção entre a adoção de uma forma ou de outra é nítida, e isso irá depender da intenção do testador. Elas se caracterizam pela exigência do cumprimento de várias formalidades, que visam dar seriedade e maior segurança às manifestações de última vontade. Portanto, só serão considerados testamentos os documentos que se revestirem de forma especial determinada pelo direito positivo,⁶⁵ sendo, portanto, *numerus clausus*. Assim, é a dicção expressa no art. 1.887, quando não se admite outros testamentos além dos contemplados no referido código.

A forma ordinária é escolhida de acordo com a vontade do testador e podem ser realizadas por todas as pessoas capazes, sendo divididas em público, cerrado e particular.

Já para as formas especiais, valerá a condição do testador. Estes se encontram regulados em três grupos: militar, marítimo e aeronáutico. São aqueles que exigem requisitos e pessoalidade para sua realização, permitidos apenas a pessoas que se encontram em situações excepcionais. São as situações extraordinárias que autorizam a utilização desse recurso. Diz-se especial porque são feitos em condições de exceção, onde há uma diminuição e até mesmo, uma supressão dos requisitos exigidos, legalmente, para os testamentos ordinários.

Excetuando-se essas formas acima transcritas, nenhuma outra será considerada lícita. Desse modo, as formalidades que a lei exige são essenciais e devem ser rigorosamente cumpridas, sob pena de nulidade absoluta.⁶⁶

Examinemos particularmente cada uma das espécies ordinárias de testamento, objeto do presente estudo.

⁶⁴ Art. 1862. São testamentos ordinários: I- o público; II- o cerrado; III- o particular.

Art. 1886. São testamentos especiais: I- o marítimo; II- o aeronáutico; III- o militar.

⁶⁵ WALD, *op. cit.*, p.138.

⁶⁶ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 33.

2.2.1 Testamento público

É considerado o ato mais solene do ordenamento jurídico e, em razão desse fato, o documento se reveste, além do rigor formal, de maior credibilidade e seriedade. Assim chamado porque confeccionado por tabelião do registro de notas, com competência exclusiva para o ato, conforme reza o inciso II, art. 7º da Lei nº 8.935/94.⁶⁷, e de acordo com as declarações do testador.

O tabelião, nas palavras de Carlos Alberto Gonçalves⁶⁸, “é agente que exerce, em caráter privativo e por delegação do Poder Público, a função de redigir, fiscalizar e instrumentar atos e negócios jurídicos, conferindo-lhes autenticidade e fé pública.” Destaca, ademais ser também “chamado de notário (*notaire*, no direito francês)”, expressão que teria sido proveniente do direito canônico e adotada pelos países europeus.

Em relação ao local do procedimento do ato, o tabelião ou notário poderá atender tanto no cartório ou a chamado do testador em outro lugar, como na residência do testador, no hospital, no escritório ou em lugar diverso, mas dentro da circunscrição territorial, para o qual foi delegado, sob pena de nulidade dos atos, por ele, praticado. Segundo Nader “A indicação do lugar é relevante para certificação da competência territorial do oficial público.”⁶⁹ Diz ainda, que: “Se o tabelião não respeitou a sua competência territorial, invadindo a circunscrição alheia, a hipótese será de inexistência de testamento.”

No respeitante a competência do tabelião, adverte WALD que:

Na hipótese de o tabelião não ser competente para lavrar o testamento *ratione materiae*, o ato é nulo. Se o for *ratione loci*, parte da doutrina admite ser caso de nulidade absoluta. Prefere-se considerar esse caso como sendo de simples anulabilidade, pois o vício existente não é daqueles que ferem, tão frontalmente a ordem pública que não se possa reconhecer a validade do ato praticado.⁷⁰

Assim, como todo negócio jurídico, para que seja considerado válido, será necessário seguir todos os requisitos exigidos na lei de regência. No caso, os requisitos consistem em ser

⁶⁷ Art. 7º Aos tabeliães de notas compete com exclusividade: I - lavrar escrituras e procurações, públicas; II - lavrar testamentos públicos e aprovar os cerrados; III - lavrar atas notariais; IV - reconhecer firmas; V - autenticar cópias.

⁶⁸ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 233

⁶⁹ NADER, *op. cit.*, p.239

⁷⁰ WALD, *op. cit.*, p.141

ditado ou declarado por testador ao oficial, na presença de duas testemunhas capazes e desimpedidas, lavrado e registrado em livro de notas pelo tabelião e com a assinatura de todos os presentes (art. 1864 e incisos, do CC).⁷¹

No tocante aos requisitos que deverão ser seguidos na elaboração do testamento, convém destacar que o testamento deverá ser lavrado de acordo com o ditado ou com as declarações do testador, não sendo lícito, ao tabelião ou terceiro influir no seu conteúdo, não se admitindo também “o chamado testamento dialogado, em que o oficial faz perguntas ao testador e este responde por sinais”.⁷²

O tabelião deverá reproduzir fielmente a vontade manifestada pelo autor da herança, sem nada omitir, desde que não contrárias à ordem pública, devendo tais declarações ser feitas em língua pátria, certificando-se ainda, da identidade do testador e da sua capacidade mental para realizar o testamento. Posteriormente à escritura do testamento, o mesmo deverá ser lido em voz alta e na presença das testemunhas. “Nulo será o testamento em que se omita referida leitura, na presença conjuntiva e simultânea de todas essas pessoas.”⁷³

Segundo Gonçalves, a finalidade dessa leitura visa possibilitar, “tanto ao testador como às testemunhas, que verifiquem a coincidência entre a vontade por ele manifestada e o que foi lançado no livro pelo tabelião.” Ressalta ainda que embora a lei não faça menção expressa da necessidade das testemunhas quando da feitura do testamento (inciso I, art. 1864, do CC), entende a doutrina majoritária que “as testemunhas devem estar presentes do princípio ao fim, [...], desde o momento em que o testador declara a sua vontade ao tabelião e este lavra o instrumento.”⁷⁴

Havendo o registro no livro de notas, o testamento terá valor de escritura pública, por se tratar de documento público. As disposições estabelecidas no testamento público acabam por permitir a qualquer pessoa o acesso a seu conteúdo, através da solicitação de uma certidão no cartório de notas, sem informação do motivo deste.

⁷¹ Art. 1.864. São requisitos essenciais do testamento público:

I - ser escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos;

II - lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial;

III - ser o instrumento, em seguida à leitura, assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião.

Parágrafo único. O testamento público pode ser escrito manualmente ou mecanicamente, bem como ser feito pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de livro de notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma.

⁷² WALD, *op. cit.*, p. 142.

⁷³ MONTEIRO, *op. cit.*, p. 136.

⁷⁴ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 238.

Entretanto, essa liberdade de acesso a conteúdo de testamento público tem sido objeto de questionamento, e deu ensejo, inclusive, ao Projeto de Lei nº 6.960/02, que propõe acréscimo de parágrafo ao art. 1.864 do CC, com a finalidade de restringir a publicidade dos conteúdos testamentários, estabelecendo que “a certidão do testamento público, enquanto vivo o testador, só poderá ser fornecida a requerimento deste ou por ordem judicial.”

Sobre a restrição da publicidade do testamento, cabe destacar notícia veiculada sobre a decisão tomada pela Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo:

É livre o acesso a conteúdo de testamento público.

Qualquer pessoa tem o direito de conhecer o conteúdo de testamento público, bem como solicitar certidões do documento. A decisão é da Corregedoria-Geral de Justiça de São Paulo, que concluiu que os cartórios e tabelionatos não podem se negar a emitir a certidão, por não tratar de conteúdo sigiloso. Por meio de parecer, que servirá de diretriz a ser seguida em todo o estado, o órgão uniformizou o entendimento sobre o tema. Devido à repercussão da matéria, a Corregedoria-Geral analisou o Pedido de Providências enviado ao juiz-corregedor permanente do 26º Tabelião de Notas da capital, Márcio Martins Bonilha Filho. A solicitação tratava do caso de um paulistano que pediu certidão de inteiro teor de suposto testamento de um parente ao 26º Tabelião de Notas. Sob a alegação de sigilo, o cartório recusou-se a emitir o documento. Diante da recusa, o interessado no testamento recorreu à corregedoria. Em seu parecer, o juiz-auxiliar da Corregedoria-Geral, Walter Rocha Barone, explicou que o testamento público é escrito por tabelião ou seu substituto em Livro de Notas, ou seja, em escritura pública, de livre acesso de qualquer um ao seu teor. Apenas o testamento cerrado é sigiloso. Barone citou entendimento antigo da Corregedoria-Geral, que afirma que "se o testamento é público, nada tem de sigiloso. Qualquer do povo tem o direito de lhe conhecer o conteúdo e de pedir certidões, a que o tabelião não tem como se negar". Dessa forma, o juiz-auxiliar considerou que não há fundamento legal para se impedir o livre acesso ao conteúdo de testamentos públicos.⁷⁵

Em que pese à existência de projeto de lei com a finalidade de restringir a publicidade do testamento, o tema tem sido objeto de discussões em congressos de direito notarial, pois para alguns a expedição de uma certidão por notários de conteúdo testamentário poderia ser interpretada como violação à intimidade do cidadão, ou a recusa deste também poderia ser vista como negativa de acesso a direito de informação, já que se trata de documento público.

No caso, comunga-se da ideia que, sendo o testamento um ato que só vai produzir efeitos após a morte do testador, e para sua segurança, seria mais conveniente que fosse estabelecida uma determinada restrição, permitindo-se aos oficiais de cartórios, a emissão de certidão apenas e tão somente para o próprio testador ou seu representante. Somente eles teriam interesse jurídico no conteúdo do testamento enquanto vivo o testador.

⁷⁵ **É livre o acesso a conteúdo de testamento público.** Revista Consultor Jurídico. Publicado em 15. 01. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jan-15/corregedoria-justica-paulista-define-livre-acesso-testamento>> Acesso em 29.01.2013.

Sobre o assunto, Giselda Hironaka, com muita propriedade, defende que no direito brasileiro deveria existir a proibição de divulgação do conteúdo testamentário, quando vivo o testador. “Vivo, [...], 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, [...]. Bastaria que exibisse a certidão do registro de óbito do declarante.”

Para Elza de Faria Rodrigues, Mestre em Direito das Relações Privadas e Tabela de Notas de Osasco/São Paulo, a orientação da Corregedoria Geral de Justiça, teria pecado pelo “extremismo”⁷⁶. Ela discorda dessa orientação sob o argumento de que a emissão dessas certidões poderia provocar desavenças familiares e o testador poderia ser influenciado ou até mesmo ameaçado. Arremata que “A publicidade notarial deve ser mitigada, quando colide com o direito humano fundamental, como o direito a integridade física do testador.”⁷⁷

De qualquer forma, como ainda a premissa do Projeto de Lei nº 6.960/202 não foi positivada, em relação à restrição do acesso ao conteúdo do testamento, deve permanecer a regra geral da publicidade de forma ampla, como assim restou decidido pela Corregedoria Geral da Justiça Paulista.

Cumpridas todas as solenidades estabelecidas pela lei, o tabelião entregará ao testador a cópia do traslado do testamento, cuja mesma cópia restou registrada no livro de notas.

Por fim, interessante ressaltar que o testamento público é a forma mais utilizada no Brasil. Embora entre nós a sucessão testamentária seja um procedimento raro, como já assinalado, quando acontece, na maioria das vezes, o testamento é público⁷⁸. Gráfico apresentado por Eduardo de Oliveira Leite demonstra os índices de frequência com que ocorre a sucessão testamentária no Brasil: 70% correspondem aos testamentos públicos; 20% são testamentos cerrados e 10% são testamentos particulares.⁷⁹

2.2.2 Testamento cerrado

Consiste num documento fechado, escrito por testador, ou por alguém a seu rogo, e pelo testador assinado, aprovado e lavrado pelo tabelião ou substituto legal, diante de duas

⁷⁶ RODRIGUES, Elza. *op. cit.*, p. 65

⁷⁷ *Ibidem*, p. 67.

⁷⁸ VELOSO, Zeno. **Testamentos. Noções Gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais.** In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Sucessões e o Novo Código Civil*, Belo Horizonte: DelRey, 2004, p. 136.

⁷⁹ LEITE, *op. cit.*, p. 169.

testemunhas, a teor do que estabelece o art.1.868, e incisos do CC⁸⁰. É um documento composto pela cédula testamentária (com as disposições escrita pelo testador), instrumento particular, e pelo auto de aprovação (lavrado pelo tabelião), este de caráter público. É por isso também conhecido por testamento misto. Nas lições de Paulo Nader, é negócio jurídico que tem etapa inicial na modalidade particular e sua finalização realizada por tabelião.⁸¹

A vantagem desse tipo de testamento é o seu caráter sigiloso. As declarações de última vontade do testador constante das cláusulas testamentárias não são conhecidas pelo tabelião e nem pelas testemunhas e permanecerão ignoradas até que o testamento venha a ser aberto com a morte do testador. Assim ao tabelião cabe apenas observar os aspectos formais do documento, como por exemplo, a ocorrência de borrões, rasuras, entrelinhas, que possam comprometer a sua legitimidade do documento.

O testamento quando não puder ser escrito diretamente pelo testador, a lei faculta a possibilidade de outra pessoa, a seu rogo, fazê-lo. Entretanto, a pedido testador estão impedidos de escrever a cédula testamentária, sob pena de nulidade: o herdeiro instituído, ou legatário, o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos (art.1801, I). Destaca Zeno Veloso que “A atuação de quem redige o testamento, [...], limita-se, rigorosamente, a reproduzir e transpor, textualmente, as declarações do testador para o escrito, sem nada omitir ou acrescentar.”⁸²

Esse tipo de testamento não poderá ser feito por analfabetos ou cegos, podendo, entretanto ser utilizado pelo surdo-mudo, desde que não seja a rogo, como prescrevem os arts. 1.867, 1.872 e 1.873 do CC.⁸³

A cédula testamentária deverá ser entregue ao tabelião, na presença de duas testemunhas, que lavrará e lerá o auto de aprovação, sendo este, logo em seguida, assinado

⁸⁰ Art. 1.868. O testamento escrito pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo, e por aquele assinado, será válido se aprovado pelo tabelião ou seu substituto legal, observadas as seguintes formalidades:

I - que o testador o entregue ao tabelião em presença de duas testemunhas;

II - que o testador declare que aquele é o seu testamento e quer que seja aprovado;

III - que o tabelião lavre, desde logo, o auto de aprovação, na presença de duas testemunhas, e o leia, em seguida, ao testador e testemunhas;

IV - que o auto de aprovação seja assinado pelo tabelião, pelas testemunhas e pelo testador.

Parágrafo único. O testamento cerrado pode ser escrito mecanicamente, desde que seu subscritor numere e autentique, com a sua assinatura, todas as páginas.

⁸¹ NADER, *op. cit.*, p. 246.

⁸² VELOSO, *op. cit.*, p.149.

⁸³ Art. 1.867. Ao cego só se permite o testamento público, que lhe será lido, em voz alta, duas vezes, uma pelo tabelião ou por seu substituto legal, e a outra por uma das testemunhas, designada pelo testador, fazendo-se de tudo circunstanciada menção no testamento.

Art. 1.872. Não pode dispor de seus bens em testamento cerrado quem não saiba ou não possa ler.

Art. 1.873. Pode fazer testamento cerrado o surdo-mudo, contanto que o escreva todo, e o assine de sua mão, e que, ao entregá-lo ao oficial público, ante as duas testemunhas, escreva, na face externa do papel ou do envoltório, que aquele é o seu testamento, cuja aprovação lhe pede.

pelo tabelião, testador e pelas testemunhas. Após a assinatura, o tabelião colocará o testamento em um envelope que será cerrado e cosido, será então anotado no livro de notas o lugar, dia, mês e ano em que o testamento foi aprovado e entregue ao testador. Esse auto de aprovação notarial tem a finalidade de atestar a autenticidade do documento entregue.

Cabe destacar que, diferentemente do testamento público, em que o conteúdo fica escrito no livro de notas do cartório, podendo-se obter-se certidão, o testamento cerrado, no livro de notas conterà apenas a simples nota de aprovação e de entrega ao testador.

A desvantagem desse tipo de testamento é que havendo o desvio ou a destruição da cédula por terceiro de forma dolosa, não haverá como se obter a certidão do mesmo, ficando prejudicada e sem eficácia as disposições do testador.

Para prevenir perda ou destruição que possam atingir o instrumento, Zeno Veloso *apud* Gonçalves, recomenda que se adote a prática de fazer testamento cerrado em duplicata. Assim, a cédula testamentária seria redigida em mais de uma via, cumprindo-se todas as exigências legais em cada exemplar, sendo todas levadas ao tabelião para serem autenticadas e confirmadas pelo auto de aprovação. Esses modelos seriam guardados em lugares diferentes, bastando ser apresentado um deles, quando do falecimento do testador.⁸⁴

Outra questão que merece destaque, diz respeito à possibilidade de conversão testamento cerrado quando eivado de nulidade, em particular. Diferentemente do ocorre em outras codificações como a da Itália, Argentina, Espanha e Peru, em que se permite aplicar essa conversão automaticamente, o Código Civil Brasileiro, na parte de direito sucessório, não regula tal possibilidade.

Doutrinadores como Carlos Roberto Gonçalves, Arnold Wald e Zeno Veloso entendem tratar-se a hipótese de tema relacionado a aproveitamento de negócio jurídico inválido em negócio jurídico distinto, desde que observada à intenção dos celebrantes, nos termos do art. 170, do CC.⁸⁵ Nesse sentido, adverte Veloso, entretanto, que essa conversão só será possível, se observadas as formalidades do testamento particular, no respeitante a assinatura das testemunhas na cédula testamentária (art. 1.876, do CC)

Paulo Nader se opõe a dessa interpretação, aduzindo que não existe conversão de negócio jurídico nulo, haja vista que negócio jurídico nulo não produz efeito, salvo em caso de putatividade. Entende que a “conversão se verifica na simples declaração, pois em vez ser

⁸⁴ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 248.

⁸⁵ Art. 170. 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.

aproveitada de acordo com o tipo negocial proposto, é aceita como outro, mas atendendo à vontade implícita do agente.”⁸⁶

2.2.3 Testamento particular

É testamento denominado hológrafo, porque inteiramente redigido pelo próprio testador, lido perante três testemunhas e assinado por todos. Também conhecido como testamento aberto ou privado. É a forma mais simples de testar, pois a sua feitura dispensa formalidades especiais, bem como despesas ao autor, porém, não é a mais utilizada em razão da insegurança e dos riscos que oferece, já que o testador é quem escreve e quem guarda a cédula testamentária.

Seus requisitos consistem em que seja escrito pelo testador, manual ou mecanicamente, lida em voz alta para, no mínimo, três testemunhas idôneas, e ao mesmo tempo, e assinado por todos os presentes⁸⁷. A leitura do testador às testemunhas é uma solenidade indispensável, e sua falta poderá acarretar a nulidade do ato.

Outra questão diz respeito ao número de testemunhas. Nada impede que a quantidade de testemunhas seja maior do que o estabelecido pelo Código Civil, entretanto, nulo será o testamento que não observar o mínimo estabelecido.

Contrária a essa formalidade, excessiva e solene, constante do nosso ordenamento jurídico, outros países como França, Itália, Argentina, México, Japão, adotam a forma mais simplificada de testamento hológrafo, sem necessidade de testemunhas. A vantagem é que além da simplicidade de sua feitura (apenas escrito, datado e assinado), permanece sob sigilo e nada custa.

Essas vantagens não valem para nosso país, diz Gonçalves. O sigilo do conteúdo testamentário fica comprometido em razão da leitura e assinatura das testemunhas.

Sobre a excessiva formalidade do testamento particular, Pontes de Miranda *apud* Gonçalves, discorreu dura crítica, no sentido de que:

⁸⁶ NADER, *op. cit.*, p. 257

⁸⁷ Art. 1.876. O testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico.

§ 1º Se escrito de próprio punho, são requisitos essenciais à sua validade seja lido e assinado por quem o escreveu, na presença de pelo menos três testemunhas, que o devem subscrever.

§ 2º Se elaborado por processo mecânico, não pode conter rasuras ou espaços em branco, devendo ser assinado pelo testador, depois de o ter lido na presença de pelo menos três testemunhas, que o subscreverão.

A lei brasileira cerceou de tais cautelas, ameaçou de vida tão precária o testamento particular, que na verdade quase o proibiu. Raro se vê. Exigiu-lhe holografia e assinatura autógrafa, exigiu-lhe cinco testemunhas, exigiu-lhe leitura perante elas e assinaturas por todas elas. Tudo isso era razoável e bastava. Mas o legislador, que tão obstinado fora com o testamento cerrado, continuou em obstinado exigir, num como sonambulismo de perseguição; se morrerem três testemunhas, fica o dito pelo não dito, o testado pelo não testado. Lei absurda, lei inconsequente, lei má, lei que devolveria a herança a pessoa de quem o testador não cogitou, porque num desastre morreram ele e três testemunhas!⁸⁸

Zeno Veloso, igualmente diz que:

[...] o legislador brasileiro complicou de tal maneira o testamento hológrafo, exigindo o cumprimento de solenidades até depois da morte do testador, que esta forma praticamente não se usa nossa experiência, podemos informar que, de cada dez testamentos outorgados em nosso país, sete são públicos, dois cerrados, e um, apenas, hológrafo.⁸⁹

2.2.4 Forma de execução

A execução do testamento se inicia com a apresentação do traslado do testamento ao juiz, após a morte do testador, a teor do dispõe o art. 1.875, do CC.⁹⁰

Assim, será aberto um processo, conforme prescreve o art. 1.128 do Código de Processo Civil (CPC): “Art. 1.128. Quando o testamento for público, qualquer interessado, exibindo-lhe o traslado ou certidão, poderá requerer ao juiz que ordene o seu cumprimento.”

O procedimento da execução do testamento público é o mesmo estabelecido para o testamento cerrado (artigos 1.125, 1.126 e 1.127, do CPC).⁹¹ De tal modo, o juiz observará as

⁸⁸ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 259.

⁸⁹ *Idem.*

⁹⁰ Art. 1.875. Falecido o testador, o testamento será apresentado ao juiz, que o abrirá e o fará registrar, ordenando seja cumprido, se não achar vício externo que o torne eivado de nulidade ou suspeito de falsidade.

⁹¹ Art. 1.125. Ao receber testamento cerrado, o juiz, após verificar se está intacto, o abrirá e mandará que o escrivão o leia em presença de quem o entregou.

Parágrafo único. Lavar-se-á em seguida o ato de abertura que, rubricado pelo juiz e assinado pelo apresentante, mencionará:

I - a data e o lugar em que o testamento foi aberto;

II - o nome do apresentante e como houve ele o testamento;

III - a data e o lugar do falecimento do testador;

IV - qualquer circunstância digna de nota, encontrada no invólucro ou no interior do testamento.

Art. 1.126. Concluídos os autos, o juiz, ouvido o órgão do Ministério Público, mandará registrar, arquivar e cumprir o testamento, se lhe não achar vício externo, que o torne suspeito de nulidade ou falsidade.

Parágrafo único. O testamento será registrado e arquivado no cartório a que tocar, dele remetendo o escrivão uma cópia, no prazo de 8 (oito) dias, à repartição fiscal.

Art. 1.127. Feito o registro, o escrivão intimará o testamentário nomeado a assinar, no prazo de 5 (cinco) dias, o termo da testamentaria; se não houver testamentário nomeado, estiver ele ausente ou não aceitar o encargo, o escrivão certificará a ocorrência e fará os autos conclusos; caso em que o juiz nomeará testamentário dativo, observando-se a preferência legal.

Parágrafo único. Assinado o termo de aceitação da testamentaria, o escrivão extrairá cópia autêntica do testamento para ser juntada aos autos de inventário ou de arrecadação da herança.

formalidades como a data, o lugar, a competência do notário, e procederá à leitura na presença de quem entregou, ouvido o Ministério Público, após mandará registrar, arquivar e cumprir, encaminhado, em seguida para processamento do inventário.

A esse respeito, ilustrativas são as palavras de Zeno Veloso:

[...], recebendo-o, o juiz verifica se está intacto, se dele constam a data e o lugar em que foi feito, a competência do tabelião. Tem de ser lido, rubricado pelo Juiz e lavrado o auto de apresentação, no qual o apresentante tem de mencionar a data, o seu nome e como houve o traslado ou a certidão, o lugar do falecimento do testador e qualquer outra circunstância que mereça ser exposta [...], Concluídos os autos, o juiz, ouvido o órgão do Ministério Público, registra e arquivar o traslado ou a certidão. Após isso vem o cumprimento.⁹²

Note-se que a análise judicial limita-se apenas a examinar irregularidades formais ou, a violações de Ordem Pública, se houver, ocasião em que poderá o juiz dar ou denegar o cumprimento do testamento.

Deverá, então, ser entregue a cópia autenticada da aceitação do testamento ao testamenteiro, para ser juntado ao processo de inventário.

Portanto, determinada por sentença que se cumpra o testamento, só por meio de ação ordinária própria, pelo interessado, poderá ser reclamada a nulidade, sendo inadmissível a reforma desse despacho judicial através de reclamação da parte, conforme salienta Washington de Barros *apud* Gonçalves.⁹³

Vale salientar, que somente após o encaminhamento do formal de partilha ao Registro Imobiliário competente e após o registro, é que o beneficiário do testamento será efetivamente titular do imóvel.

Em relação ao testamento particular, o procedimento na fase de execução se distingue dos outros citados, isso porque a eficácia de sua validade se realiza em juízo, com a publicação e confirmação do testamento, a disposto do que prescreve o art. 1.877, do CC.⁹⁴ Destarte, o testamento particular somente produzirá efeitos jurídicos desejados pelo testador após a confirmação em sede judicial. Nessa esteira, o Juiz convocará as testemunhas que prestarão o seus depoimentos a respeito do que presenciaram e ouviram, chamará também os herdeiros a sucessão legítima e o Ministério Público (art. 1.130 e seguintes, do CPC)⁹⁵.

⁹² VELOSO, *op. cit.*, p. 144.

⁹³ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 257.

⁹⁴ Art. 1.877. Morto o testador, publicar-se-á em juízo o testamento, com citação dos herdeiros legítimos.

⁹⁵ Art. 1.130. O herdeiro, o legatário ou o testamenteiro poderá requerer, depois da morte do testador, a publicação em juízo do testamento particular, inquirindo-se as testemunhas que lhe ouviram a leitura e, depois disso, o assinaram.

Parágrafo único. A petição será instruída com a cédula do testamento particular.

Cabe destacar que esse procedimento tem a finalidade de confirmar a autenticidade do documento e a observância das formalidades exigidas. Entretanto, se todas as testemunhas tiverem falecido a época da abertura do testamento, o testamento não será cumprido. Essa é a dicção constante do art. 1.878 e parágrafo único.⁹⁶, caso em que o destino desses bens será regulado pela sucessão legítima.

Giselda Hironaka faz uma análise crítica a esse respeito. No seu pensar haveria um inconveniente para se dar cumprimento às disposições última vontade quando não restarem testemunhas. Diz que:

Nada mais inconveniente [...], 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.⁹⁷

Defende ainda, nesse sentido, que a superação desses inconvenientes só será possível, “com o aproveitamento das inegáveis vantagens que essa modalidade produz, provavelmente se dará pela futura simplificação de sua facção e pela eventual diminuição de seus pressupostos e requisitos essenciais.”⁹⁸

Em relação às testemunhas, na hipótese de haver apenas uma testemunha viva que comparecer para depor sobre as disposições na cédula testamentária, e se o juiz se convencer da regularidade de tal documento e a veracidade do depoimento, o testamento poderá ser confirmado. Frise-se, porém, que essa regra está a depender de uma análise do caso concreto, a depender do convencimento do Juiz sobre os fatos.

A exemplo, destaque-se trecho do voto, na Apelação Cível nº 70030042915/RS, de relatoria do Desembargador Rui Portanova, em ação anulatória de testamento particular, subscrito com menos de três testemunhas:

Art. 1.131. Serão intimados para a inquirição:

I - aqueles a quem caberia a sucessão legítima;

II - o testamenteiro, os herdeiros e os legatários que não tiverem requerido a publicação;

III - o Ministério Público.

Parágrafo único. As pessoas, que não forem encontradas na comarca, serão intimadas por edital.

Art. 1.132. Inquiridas as testemunhas, poderão os interessados, no prazo comum de 5 (cinco) dias, manifestar-se sobre o testamento.

Art. 1.133. Se pelo menos três testemunhas contestes reconhecerem que é autêntico o testamento, o juiz, ouvido o órgão do Ministério Público, o confirmará, observando-se quanto ao mais o disposto nos arts. 1.126 e 1.127.

⁹⁶ Art. 1.878. Se as testemunhas forem contestes sobre o fato da disposição, ou, ao menos, sobre a sua leitura perante elas, e se reconhecerem as próprias assinaturas, assim como a do testador, o testamento será confirmado. Parágrafo único. Se faltarem testemunhas, por morte ou ausência, e se pelo menos uma delas o reconhecer, o testamento poderá ser confirmado, se, a critério do juiz, houver prova suficiente de sua veracidade.

⁹⁷ HIRONAKA, *op. cit.*, p. 289.

⁹⁸ *Idem.*

A exigência de ‘pelo menos três testemunhas’ não foi atendida na elaboração do testamento particular, o que leva à nulidade do ato que não se reveste da forma prescrita em lei, em face do disposto no artigo 166, inciso 104, inciso III, do Código Civil. O defeito é insanável, dispensando-se a postergação da fase instrutória do feito. ISSO POSTO julgo procedente o pedido e declaro a nulidade do testamento por instrumento particular datado de 19-12-2006 deixado por [...]. (Apelação Cível nº 70030042915/RS. Relator Desembargador Rui Portanova, 8ª Câmara Cível, julgado em 09/07/2009)⁹⁹

Nessa esteira, também é o acórdão relatado pelo Desembargador João Carlos Saletti, do Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou confirmação ao testamento, nos seguintes termos:

TESTAMENTO PARTICULAR- Procedimento visando a confirmação (arts. 1.130 e seguintes do CPC) - Documento subscrito por apenas duas testemunhas - Pretensão à oitiva de terceira testemunha, não subscritora do ato, mas dita presencial dele - Impossibilidade - Formalidade essencial não suprável com a oitiva de terceira pessoa - Hipótese, ademais, em que os herdeiros contestam a validade do testamento, seja porque faltante aludida formalidade, seja porque o testador, então com 83 anos, dispôs da integralidade do patrimônio de seu casal, quando poderia fazê-lo apenas da metade, porquanto falecida anteriormente a mulher, não levados a inventário os seus bens - Inteligência e aplicação dos arts. 1.876 e 1.878, § 2o. do CC, e 1.130 e seguintes do CPC - Sentença que nega confirmação ao testamento. mantida. Apelação não provida. (Apelação Cível nº 9219213-79.2005.8.26.0000/SP. Relator João Carlos Saletti, 10ª Câmara de Direito Privado, julgado em 24/03/2009).¹⁰⁰

É de se notar pelos arestos acima que, em se tratando de testamento particular, a análise da regularidade da cédula testamentária pelo juiz, é sempre mais cautelosa, e está a depender do seu convencimento da situação fática.

Passemos, no próximo capítulo, a discorrer sobre a possibilidade de homologar-se o testamento pela via extrajudicial, como forma de promover celeridade processual as pessoas envolvidas por esse contexto, trazendo a análise da Lei nº 11.441/2007, que facultou a utilização da via administrativa, para realização de divórcio consensual, inventário e partilha, apesar da limitação quando existente testamento.

⁹⁹ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70030042915/RS. Relator Rui Portanova, 8ª Câmara Cível, julgado em 09/07/2009. **In:** HABERMANN, Cláudio Júnior. **Teoria e Prática das Sucessões, Testamentos, Inventários e Partilhas.** São Paulo: Editora Habermann, 2011, p.498/501.

¹⁰⁰ Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 9219213-79.2005.8.26.0000/SP. Relator João Carlos Saletti, 10ª Câmara de Direito Privado, julgado em 24/03/2009. **In:** HABERMANN, Cláudio Júnior. **Teoria e Prática das Sucessões, Testamentos, Inventários e Partilhas.** São Paulo: Editora Habermann, 2011, p.472/473.

CAPÍTULO 3 A EXECUÇÃO DO TESTAMENTO EXTRAJUDICIAL COMO FORMA DE CELERIDADE

3.1 As leis que fomentaram a celeridade processual

O sistema processual brasileiro vem sofrendo alterações ao longo dos anos, diante do quadro de insatisfação da sociedade contemporânea com o Poder Judiciário. Em razão disso, um dos maiores desafios do Poder Judiciário, na atualidade, tem sido a busca pela maior efetividade da prestação jurisdicional, com o fito de reduzir o tempo das ações que lhes são apresentadas. É fato que a demora da prestação jurisdicional fez com que o legislador constituinte fizesse valer o contido no inciso LXXVIII, art. 5^a da CF/88 (redação EC 45/2004)¹⁰¹, de modo a assegurar uma tramitação processual mais célere, alterando a capacidade de respostas aos conflitos jurídicos.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, adotou-se expressamente no direito brasileiro o princípio da duração razoável do processo e da celeridade de sua tramitação. O princípio da celeridade visa buscar a prestação jurisdicional ou administrativa de forma rápida, levando-se em consideração a segurança, para se chegar o mais breve possível à solução dos conflitos existentes, porque nenhuma lide merece se perpetuar no tempo.

Segundo Nelson Nery Junior, o princípio da duração razoável do processo possui dupla função. Além do aspecto de prazo razoável de tramitação do processo, também restou adotado “meios alternativos de solução de conflitos,” que de acordo com referido doutrinador, vem amenizar “a carga de trabalho da justiça ordinária, o que, sem dúvida, viria a contribuir para abreviar a duração média do processo.”¹⁰²

Nos dias de hoje, diante da aceleração das comunicações via internet, e-mail, fax, celulares, juntamente com a globalização social, cultural e econômica, a duração do processo

¹⁰¹ Art. 5º, inciso LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

¹⁰² NERY Junior, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. revista ampl. e atua. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com a análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 314.

assume importância vital, fazendo com que haja maior cobrança do jurisdicionado, no sentido de se buscar, cada vez mais, soluções céleres.¹⁰³

A partir a EC nº 45/2004, iniciou-se, então, a modernização estrutural no Judiciário, impulsionando as transformações com o objetivo de melhoria da prestação jurisdicional. Houve, conseqüentemente, nos últimos anos, a inserção no nosso ordenamento jurídico de várias legislações que se traduziram em meios de celeridade, conferindo duração razoável do processo judicial e administrativo, os quais ajudaram a desafogar o judiciário e, que de consequência também facilitaram a vida do cidadão.

No ramo do Direito Processo Civil várias medidas de simplificação dos procedimentos se fizeram presentes entre os anos de 2002 a 2011, dentre elas: modificações no processo de execução e liquidação de sentença (Leis nº 10.444/2002 e 11.232/05); a execução extrajudicial (Lei nº 11.382/06); as súmulas vinculantes (Lei nº 11.417/06); as súmulas impeditivas de recursos (Lei nº 11.276/2006); a informatização dos processos judiciais (Lei 11.419/2006); o inventário e o divórcio por meio de escritura pública (Lei 11.441/07); o processamento e julgamento dos recursos especiais repetitivos (Lei nº 11.672/2008); a habilitação para casamento perante o oficial de Registro Civil (Lei 12.133/2009); a Emenda Constitucional nº 66/2010 que instituiu a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio e extinguiu a figura da separação judicial; e a usucapião especial urbano familiar (Lei 12.424/11).

No ramo do Direito Civil, especificamente, no campo do direito de família, tem-se a entrada em vigor da Lei 12.133/2009, que deu nova redação ao art. 1.526 do CC¹⁰⁴, acelerando o processo de habilitação para o casamento, sem a necessidade de homologação judicial. Na verdade, a exigência do envio para o juiz homologar era apenas uma formalidade exigida pela lei, já que essa análise dos documentos era feita pelo oficial de cartório. Anteriormente a provação da Lei nº 12.133/2009, o processo de habilitação de casamento poderia levar até 60 dias. Hoje esse tempo caiu para cerca de 30 dias. No caso de uma separação amigável, o tempo médio era de dois meses. Com a nova lei, passou a ser feita até no mesmo dia, segundo informações veiculadas no XII Congresso Nacional do Direito Notarial e de Registro sobre desjudicialização.¹⁰⁵ Com essa mudança, ganhou o cidadão, que

¹⁰³ NERY Junior, *op. cit.*, p. 314-315.

¹⁰⁴ Art. 1.526. A habitação será feita pessoalmente perante o oficial do Registro Civil, com a audiência do Ministério Público.

¹⁰⁵ MISCIASCI, Elizabeth. **Leis que desafogam o judiciário são destaque em Congresso da Anoreg-BR**. 11.11.2010. Disponível em <http://www.eunanet.net/beth/news_coluna.php?col=58&pst=3365> Acesso em 09.03.2013.

teve o casamento homologado em menos tempo, e ganhou também o judiciário que se desincumbiu de mais esse encargo.

No campo do direito sucessório, outro evento que também promoveu a desjudicialização no judiciário, adveio com modificação trazida pela Lei nº 11.441/2007, que permitiu fossem feitos os divórcios consensuais, inventários, separação e partilhas diretamente em tabelionatos de notas dos cartórios, através de escritura pública, quando houver consenso entre as partes, se todos forem maiores e capazes e estiverem devidamente acompanhados por advogado, desde que não haja testamento.

Nesse tocante, as informações repassadas no XII Congresso Nacional do Direito Notarial e de Registro, ocorrido em novembro de 2010, destacam que em relação aos inventários sem bens envolvidos, o procedimento que levava meses, passou a ser feito em cinco dias. Os inventários nos quais existem bens podem ser realizados em até quinze dias. Já em relação ao divórcio, com a publicação da Emenda Constitucional nº 66/2010 e a extinção da figura da separação judicial, é possível que seja feito, hoje, em cinco dias, se não houver bens a partilhar. Se houver bens, nesse caso, será necessário fazer o inventário, processo que levará em média quarenta e cinco dias. Antes da Lei nº 11.441/2007, esse procedimento demandava cerca de dois anos.¹⁰⁶

É de se notar, no caso em comento, que a desjudicialização, nesses campos, aliviou consideravelmente o judiciário, promovendo celeridade e a desburocratização na via administrativa, modificações essas, inegavelmente, benéficas para o direito brasileiro e para o cidadão que necessita utilizar esses serviços.

3.2 A necessidade de supressão de formalidade para execução do testamento

Conforme já referido, o testamento constitui-se em ato solene de última vontade do testador, e a observância das formalidades legais em sua manifestação é ato fundamental a sua validade, com vistas a garantir a autenticidade do ato. A não observância das formalidades previstas na lei gera nulidade do ato.

¹⁰⁶ MISCIASCI, Elizabeth. **Leis que desafogam o judiciário são destaque em Congresso da Anoreg-BR.** 11.11.2010. Disponível em <http://www.eunanet.net/beth/news_coluna.php?col=58&pst=3365> Acesso em 09.03.2013.

Todavia, este rigor formal não é regra em todos os países. Na Espanha, por exemplo, é facultativa a presença de testemunhas na feitura de testamento público. Por lá, é suficiente, para a veracidade do ato, a declaração do testador e a fé pública do tabelião.

Nesse sentido, defende a mestra em Direito Civil, Elza Rodrigues, que não obstante tenha o Código Civil de 2002 flexibilizado a elaboração do testamento público, abolindo o excesso de exigência de cinco testemunhas estabelecida no anterior Código Civil de 1916, os legisladores brasileiros deveriam, além disso, adotar a inovação da legislação espanhola, no sentido de tornar facultativa e não obrigatória a presença de testemunhas na lavratura do testamento público. Entende que exigência de duas testemunhas inserta no código nacional, seria desnecessária, já que os tabeliões, como profissionais de direito, dotado de fé pública, com direitos e deveres estabelecidos na lei, podem vir a responder por danos que, porventura, causarem aos usuários dos serviços notariais.¹⁰⁷

Giselda Hironaka levanta questão delicada no tocante às testemunhas. Diz que se não restarem testemunhas, em caso de dar cumprimento a testamento particular, por exemplo, não será possível executar as disposições de última vontade do autor da herança. Destaca, ademais, que países como França e Alemanha, já se utilizam de formulações mais simplificadas que tem garantido, com sucesso, a liberdade de testar e maior eficácia ao tempo da execução.¹⁰⁸ No Brasil, no entanto, essas modalidades de testamento, ainda se revestem de excessivos requisitos.

Contudo, como já enfatizado, o Superior Tribunal de Justiça, em suas decisões, vem amenizando a rigidez formal que envolve a confecção dos testamentos, em prol do conteúdo e da finalidade dos negócios jurídicos, decidindo com equidade, ou seja, o rigor formal da lei tem cedido espaço a finalidade do ato regularmente praticado pelo testador e que, determinados vícios formais, quando presentes no ato – a análise é casuística, podem ser afastados, dando-se maior relevância ao conteúdo do testamento, em respeito à autonomia privada do testador. As exigências formais, segundo o entendimento esposado pelo STJ, devem levar em conta a preservação de dois valores: “assegurar a vontade do testador e proteger o direito dos herdeiros, principalmente dos filhos”¹⁰⁹

É importante ressaltar, ademais, que no direito processual, é possível verificar-se, a depender do caso, que a forma não deve prevalecer sobre o conteúdo do ato jurídico. Dessa ideia decorre o princípio da instrumentalidade das formas, segundo qual proclama que, se o

¹⁰⁷ RODRIGUES, Elza, *op. cit.*, p. 80-81.

¹⁰⁸ HIRONAKA, *op. cit.*, p. 289.

¹⁰⁹ GODINHO, Adriano. **Validade do testamento e as formalidades exigidas em lei**. 21.12.2011. Disponível em <<http://www.adrianogodinho.com.br/2010/12/validade-do-testamento-e-as.html>> Acesso em 18.03.2013.

ato tiver atingido a sua finalidade, sem causar prejuízo às partes, deve-se proclamar a validade do ato, ainda que desconsiderada a forma prevista em lei. Vige aí, também outra a regra processualista: *pas de nullité sans grief*, no sentido de que as nulidades não devem ser reconhecidas quando não houver prejuízo às partes.

Note-se que no campo processual, o princípio da instrumentalidade das formas, ao proclamar o desapego exagerado das formas, está a funcionar como meio afastador de entraves ao desenvolvimento e a finalidade da jurisdição. Esse princípio encontra-se associado à efetividade, buscando de maneira célere, satisfazer os que suplicam o auxílio do Poder Judiciário na solução de seus litígios, de forma responsável. Segundo Márcia Toscano, “de todos os princípios processuais, este é o que melhor reflete a evolução dos tempos e mais bem representa os valores do Estado Democrático de Direito, por primar pela busca da tutela jurisdicional efetiva.”¹¹⁰

Nesse contexto, é possível que essa regra seja transportada para o direito material, no caso concreto, no sentido de promover a validação e o cumprimento do testamento, conferindo primazia à vontade do testador, como já vem decidindo do STJ ao permitir “certa flexibilização do rigorismo das formas, em prol do conteúdo e da finalidade dos atos e negócios jurídicos.”¹¹¹

3.3 A sucessão testamentária e a Lei 11.441/2007

Como já explicitado, a partir da edição da Lei 11.441/2007, foi introduzido no nosso ordenamento jurídico à possibilidade de realização de divórcio, inventário e partilha, através de escritura pública. Essa permissão legal trouxe as partes a faculdade de optar pelo meio extrajudicial, ou seja, feita por qualquer Tabelionato de Notas do país, desde que cumpridos todos os requisitos legais.

Conforme ensina Cahali, essa lei é fruto de ordenamentos de países como Portugal, França e Bélgica que já previam esse expediente extrajudicial nas relações de direito de família.¹¹²

¹¹⁰ TOSCANO, Márcia Pessoa. **Princípio da instrumentalidade substancial das formas e o ativismo judicial.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2783, 13 fev.2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18482>>. Acesso em: 31 mar. 2013.

¹¹¹ GODINHO, *op. cit.*

¹¹² CAHALI, Francisco José; Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões.** 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009, p. 499.

É fato que o ingresso dessa lei no ordenamento jurídico no nosso país revelou-se uma experiência bem sucedida, diante das vantagens no tocante à efetividade e a celeridade do procedimento extrajudicial, principalmente no que concerne a aceitação pública. De acordo com as informações apresentados pelo mestre Cahali, divulgados pelo Colégio Notarial do Brasil, tem-se que no primeiro ano de vigência da lei, somente no Estado de São Paulo, “foram efetivados 29.899 (vinte nove mil, oitocentos e noventa e nove) atos de escrituras, entre, separações, divórcios, conversões de separações em divórcios, inventários e partilhas, somando-se praticamente 100 mil atos em todo país.”¹¹³

E mais, da promulgação da Lei nº 11.441/2007 até junho de 2011, já foram praticados 162.753 (cento e sessenta e dois mil, setecentos e cinquenta e três) atos entre separações, conversões de separação em divórcios, divórcios diretos, inventários e partilhas no Estado de São Paulo, segundo dados fornecidos pelo Colégio Notarial do Brasil, Seção de São Paulo, conforme destacou Flávia Pereira Ribeiro, doutora pela PUC/SP em Processo Civil. Salientou que “o jurisdicionado aprovou a novidade, está usufruindo os benefícios da lei e efetivamente exercendo seus direitos”.¹¹⁴

Para a utilização do procedimento extrajudicial, é condição essencial o cumprimento de alguns requisitos, conforme reclama o art. 982 e parágrafos, do CPC,¹¹⁵ com a nova redação dada pela Lei 11.441/2007. Dentre um dos requisitos para utilização da via extrajudicial, está a inexistência de testamento. A simples existência de testamento, mesmo de conteúdo não patrimonial, com herdeiros capazes e concordes, impede o uso da via extrajudicial, impondo-se a instauração de procedimento judicial. Note-se que a lei limita-se a proibir a via extrajudicial, não fazendo qualquer menção a respeito de conteúdo do testamento.

¹¹³ CAHALI, *op. cit.*, p. 500.

¹¹⁴ RIBEIRO, Flávia Pereira. **Inventário e partilha consensual. Existência de testamentos nulos, caducos ou ineficazes. Impossibilidade de realização do procedimento por escritura pública. Crítica.** São Paulo, 21/10/2011. Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/flaviaribeiro/category/artigos>> Acesso em 10.03.2013.

¹¹⁵ Art. 982. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário.

§ 1º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado comum ou advogados de cada uma delas ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 2º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.

Doutrinadores como Cahali, Flávio Tartuce e José Simão são concordes no sentido de que a existência de testamento, que não tenha conteúdo patrimonial, por si só, não justifica o impedimento do uso da via extrajudicial.¹¹⁶

Segundo Maria Berenice Dias, nesses casos, “seria ilógico impor o procedimento judicial.” Arremata ainda, mesmo em caso de testamento anulado, assim, também não haveria impedimento ao inventário extrajudicial.¹¹⁷

Nesse sentido, Flávia Pereira Ribeiro defende que uma forma de viabilizar a realização de inventário na via extrajudicial, evitando-se o procedimento judicial, em caso de existência de testamento caduco, nulo ou ineficaz, seria a constatação do defeito pelo próprio tabelião, profissional acostumado à análise desses tipos de documentos, não se justificando, destarte, um juízo de mérito por parte do judiciário. Igualmente defende ela que, o tabelião deveria estar habilitado a realizar o inventário por escritura pública, mesmos em casos em que houver testamento manifestadamente ineficaz.¹¹⁸

A possibilidade da análise da conformidade do testamento pelos notários iria ampliar, sem sombra de dúvidas, o alcance da norma e melhorar o atendimento que já vem sendo prestado à população, razão pela qual a limitação imposta por lei, deveria ser repensada para o melhor desempenho do procedimento administrativo, e principalmente para a população, foco alvo desses serviços.

Entretanto, enquanto não há modificação na redação do texto normativo, continuará a ser observado procedimento judicial, nos termos do art. 982, do CPC, procedimento que persistirá em engessar a prestação jurisdicional.

3.4 Testamento extrajudicial

Nesse viés, parece-nos possível também pensar em promover a execução do testamento, nos moldes de qualquer outro negócio jurídico, utilizando-se a via extrajudicial, submetendo, a análise da cédula testamentária ao tabelião de notas, profissional habilitado na

¹¹⁶ CAHALI, *op. cit.* p. 502.

¹¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 540.

¹¹⁸ RIBEIRO, Flávia Pereira. **Inventário e partilha consensual. Existência de testamentos nulos, caducos ou ineficazes. Impossibilidade de realização do procedimento por escritura pública. Crítica**. São Paulo, 21/10/2011. Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/flaviaribeiro/category/artigos>> Acesso em 10.03.2013.

área de direito, dotado de fé pública, que poderia constatar a existência ou não de quaisquer irregularidades, porventura, existente no documento submetido à apreciação.

O testamento público, no rol das espécies ordinárias, é o que goza de maior segurança jurídica e credibilidade na sociedade, além de ser o mais utilizado no Brasil e também pela maioria dos ordenamentos estrangeiros, tais como Portugal, Itália, França, Bélgica, Chile, Uruguai, Paraguai e Argentina.¹¹⁹

Não é demais enfatizar que o testamento é um ato negocial jurídico unilateral, de extrema importância, pois sua elaboração encontra-se revestida de formalidades especiais, razão pela qual, é exigido do tabelião um cuidado especial para sua elaboração, com o intuito de que tal documento possa produzir os efeitos jurídicos desejados, já que o testador não estará mais presente para exprimir a sua verdadeira intenção.

O notário, profissional da área de direito, nesse contexto, tem, portanto, função importantíssima, porque goza de fé pública e tem o dever legal de acatar inteiramente todas as formalidades e requisitos exigidos pela lei, quando celebra testamento, sob pena de responder civil e criminalmente, nos termos do art. 22, da Lei 8.935/9.¹²⁰

Além disso, cada vez mais a sociedade tem adquirido maior confiança nos atos praticados pelos tabeliões, principalmente, após a edição da Lei nº 11.441/2007 que ampliou a atuação notarial, concedendo maior respaldo legal aos seus atos em casos consensuais, em benefício da sociedade. Essa premissa, inclusive, foi confirmada pelo Instituto de Pesquisas – Datafolha realizada em agosto de 2009, quando apontou que os cartórios, juntamente com os correios estão no topo como as instituições mais confiáveis do país.¹²¹

O que se tem percebido é que, esses procedimentos realizados fora da esfera judicial, além de minorar a quantidade de feitos que tramitam perante o judiciário, também proporcionam economia de tempo e dinheiro para as partes envolvidas e conseqüentemente, para o Estado.¹²²

Em relação à segurança jurídica que envolve os atos relativos à celebração do testamento, é relevante destacar que o Estado de São Paulo, possui o Registro Central de

¹¹⁹ RODRIGUES, Elza. *op. cit.*, p. 88

¹²⁰ Art. 22. Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.

¹²¹ **Cartórios estão em 2º lugar nas instituições mais confiáveis do país.** São Paulo, 2009. Disponível em <http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=3004&Itemid=96>. Acesso em 10.03.2013.

¹²² PAULA, Marcela Ramos. **Lei nº 11.441/07: ampliação da atuação notarial em benefício da sociedade brasileira – análise da separação, divórcio, inventário e partilha consensuais.** 2011. 69 f. Monografia (Graduação em Bacharel de Direito) – Faculdade de Direito de Presidente Prudente-SP, Presidente Prudente, São Paulo, 2011, p. 28.

Testamentos - RCT, que consiste num banco de dados relativos à disposição de última vontade do testador, manifestada por escritura pública, suas renovações e aprovações de testamentos cerrados. Hoje todos esses atos passaram a ser também informados por meio eletrônico. Dessa forma, todos os atos de testamento lavrados em cartório são informados para essa central. Segundo Elza Rodrigues é um “sistema seguro de informações, planejado e mantido pelo Colégio Notarial do Brasil - CNB”¹²³, cuja existência é essencial para se promover segurança e agilidade na prestação jurisdicional.

Por meio desse sistema, o tabelião tem o dever de informar para essa central de testamento, mensalmente, todos os testamentos públicos e cerrados que foram lavrados no livro de notas, havendo maior controle sobre todos esses atos praticados. Além do que, atualmente, na maioria dos serviços notariais, o testamento público é arquivado eletronicamente, o que confere maior segurança para essa ferramenta.

A existência do sistema de Registro Central de Testamentos, atualmente, tem tornado mais segura e ágil a prestação do serviço notarial nas ações de inventários e partilhas judiciais e extrajudiciais. Atualmente esse sistema só está disponível nos Estados de São Paulo e Rio Grande do Sul. Entretanto, em cumprimento ao Provimento nº 18/2012¹²⁴, do Conselho Nacional de Justiça foi instituída a Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (CENSEC), sistema esse que irá reunir e interligar todos os atos notariais expandindo o sistema para todo o País.

Ademais, importa sublinhar que, as atividades desenvolvidas pelos cartórios, então sujeitas à fiscalização do Poder Judiciário, através da Corregedoria Geral de Justiça, cabendo, assim, em caso de inobservância de obrigação legal, por parte dos notários, a aplicação de sanções que vão desde a aplicação de repreensão até a perda da delegação, a teor do que prescreve o art. 32, da Lei 8.935/94.¹²⁵

Assim sendo, resta claro que, no tocante, a execução do testamento público, este se encontra revestido de segurança jurídica e, dificilmente, conterà vícios que comprometam a sua validade, até porque, enquanto instrumento público, o seu conteúdo estará registrado no livro de notas e arquivado no cartório. A sua execução extrajudicial, portanto, seria plenamente viável.

¹²³ RODRIGUES, Elza. *op. cit.*, p. 83.

¹²⁴ Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 18 de 28 de agosto de 2012**: Dispõe sobre a instituição e funcionamento da Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados – CENSEC. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/provimentos-atos-corregedoria/20873-provimento-n-18-de-28-de-agosto-de-2012>> Acesso em 05.05.2013.

¹²⁵ Art. 32. Os notários e os oficiais de registro estão sujeitos, pelas infrações que praticarem, assegurado amplo direito de defesa, às seguintes penas: I - repreensão; II - multa; III - suspensão por noventa dias, prorrogável por mais trinta; IV - perda da delegação.

No respeitante a execução extrajudicial do testamento cerrado, também nesse caso, entende-se que, embora seu conteúdo seja desconhecido do notário, que apenas atesta a autenticidade do documento, através do auto de aprovação, a sua execução extrajudicial ficaria sujeita às mesmas observâncias legais, quando do momento de sua abertura, como já ocorre na feitura do testamento público no tabelionato de notas. Assim, verificando o tabelião, na fase de abertura, alguma irregularidade com relação à forma e ao conteúdo da cédula testamentária, faria o encaminhamento ao judiciário.

Obviamente, na oportunidade de promover-se a execução extrajudicial desses instrumentos, considerando a hipótese de haver o consenso de todos os envolvidos, deverá o tabelião - conhecedor de direito sucessório -, observar com cautela, os preceitos de direito nessa seara, examinando de modo atento, se o testador, em suas disposições de última vontade, respeitou os limites da meação, da legítima, da doação, de modo a garantir a segurança jurídica ao ato, por ele, formalizado, viabilizando os direitos e as garantias individuais de todas as partes envolvidas. Nesse sentido, estará a atuar como colaborador junto ao Poder Judiciário, adequando a vontade das partes a uma situação normativa, orientando sobre a eficácia e as consequências jurídicas dos atos por ele efetivado.

Diante dessas considerações, é perfeitamente possível dispensar a chancela judicial nos casos de execução extrajudicial de testamentos, quando os interessados são maiores, capazes e estão de pleno acordo com a partilha dos bens, como forma de desjudicialização da matéria, assim como já ocorre na realização de inventário e partilha, separação, divórcios consensuais, feitos administrativamente, através de escritura pública, conforme facultou a Lei 11.441/2007, até porque as soluções levadas ao judiciário de questões simples são, por vezes, meramente homologatórias de acordo.

Por outro lado, em que pese alguns doutrinadores afirmarem ser a feitura de testamento um procedimento raro entre os brasileiros, o fato é que, no ano de 2011 foram lavrados somente no estado de São Paulo, 7.467 (sete mil, quatrocentos e sessenta e sete) testamentos, segundo informações do Colégio Notarial do Brasil.¹²⁶

A justificação para o aumento de lavraturas de testamento, identificado pelos cartórios, conforme notícia veiculada pelo jornalista Robson Pereira, da Consultor Jurídico, se deve, principalmente, em razão das mudanças ocorridas nos últimos anos em relação às novas composições familiares cujos efeitos jurídicos, ainda não foram inteiramente absorvidos

¹²⁶ **Número de testamentos bate recordes em 2011.** 16.02.2102. Disponível em <http://www.cnbsp.org.br/Noticias_leiamais.aspx?NewsID=4459&TipoCategoria=1> Acesso em 15/03.2013.

pelo Direito.¹²⁷ A exemplo, tem-se o crescimento de entidades familiares de uniões formados por pessoas que já passaram por vários casamentos e também, com destaque às uniões homoafetivas como entidade familiar.

E mais, segundo Paulo Vampré, o diretor do Colégio Notarial do Brasil, da Seção de São Paulo, a procura de testamento vem crescendo também porque as pessoas estão descobrindo vantagens na confecção desse instrumento, como meio de se evitar possíveis desavenças jurídicas no futuro entre os herdeiros. Esclarece, ainda que “há pelo menos cinco grupos distintos” que, preocupados com o processo sucessório, tem procurado se utilizar do testamento, de modo a garantir uma “partilha com o mínimo de harmonia entre os parentes do testador”. Entre eles, os casais de meia idade (com a finalidade de garantir o bem-estar do cônjuge sobrevivente); os empresários (preocupados com o processo sucessório); as uniões entre pessoas que já passaram por vários casamentos (com muitos filhos e ex-maridos ou ex-mulheres); as uniões homoafetivas e, por fim, as pessoas que não têm herdeiros até o 4º grau (que deixam seus bens para amigos, empregados, ou, às vezes, para entidades beneficentes).¹²⁸

Considerando o novo panorama que está sendo delineado na sociedade e o aumento significativo na utilização do testamento no Brasil, cabe inferir que essa mudança de comportamento, antes rara, será sentida pelo judiciário, mormente ante o aumento de demandas que serão levadas a sua apreciação.

Para se continuar a avançar e usufruir dos benefícios implementado pela opção da via extrajudicial, de modo a garantir um processo contínuo de desjudicialização, é necessário afastar alguns entraves previstos na legislação no respeitante aos testamentos, de modo a ampliar a atuação do notário, conferindo-lhe competência para prática de atos antes realizados exclusivamente pelos juízes, em homenagem à simplicidade, à praticidade, à celeridade e à cidadania.

Frise-se, aqui, que não se trata de um juízo de valor, ou de uma decisão de mérito. Não está o notário a exercer função judicante, mas apenas realizando uma constatação como um profissional do direito especializado e autorizado por lei, que realiza o ato, investiga, fiscaliza e certifica a cadeia procedimental jurídica, então porque não ser ele também pessoa

¹²⁷ PEREIRA, Robson. **Arranjo familiar muda e estimula opção por testamento**. 23.01.2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-jan-23/estante-legal-arranjo-familiar-muda-estimula-opcao-testamentos>> Acesso em 14.02.2013.

¹²⁸ **Número de testamentos bate recordes em 2011**. 16.02.2012. *op. cit.*

certa para realizar a execução do testamento, quando todas as formalidades estiverem devidamente cumpridas?

A depender da situação, de maior ou menor complexidade, e da concordância das partes, todo testamento poderá ser objeto de apreciação do notário.

Sobre a possibilidade de abertura extrajudicial do testamento, levada análise do notário, expõe Marco Aurélio Ribeiro Rafael, que quando o exame do testamento se verificar ser de fácil aplicação, sem maiores complicações para seu cumprimento, devidamente documentado, estará o notário autorizado a praticar o ato de abertura extrajudicial, sem a intervenção do juiz, desde que “[...] não se contraponha à aplicação das regras de sucessão legítima, respeitando os limites da meação, pactos sucessórios, doação *causa mortis*, doação *propter nuptias*, testamento conjuntivo, partilha *inter vivos*,[...].” Arremate, adiante que o notário, nesses casos, irá apenas “aplicar a lei, formalizar o instrumento e dar a cada um o que é seu de direito, tudo sendo fiscalizado pelas partes acompanhadas por advogado – que devem estar em plena concordância com o resultado final.”¹²⁹

Note-se que, sob o ponto de vista prático, com a mesma cautela e profissionalismo com que notário já vem realizando a lavratura de inventários e partilhas extrajudiciais, aplicando a lei, da mesma forma poderá também realizar o procedimento extrajudicial em relação ao testamento.

Se, no entanto, restar constatado o intuito de desvirtuar a vontade do testador, ou qualquer outra irregularidade que possa trazer prejuízo às partes, o notário deverá negar o acesso à via extrajudicial, remetendo ao crivo do judiciário, como determina a lei de regência, sob pena de ser responsabilizado civil, penal e administrativamente.

Não se pode perder de vista que a via judicial é e sempre será o caminho a ser escolhido em caso de constatação de irregularidades ou de vícios que aniquilem o testamento, quando assim decidirem as partes, em respeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (inciso XXXV, art. 5º da CF/88)¹³⁰.

Assim sendo, se já houve a dispensa da tutela judicial para a realização de inventário, divórcio e partilha, já é tempo também de se pensar na dispensa judicial para as sucessões testamentárias, no tocante a execução do testamento na via extrajudicial, como forma alternativa de resolução de conflitos, quando os interessados, maiores e capazes, estiverem de

¹²⁹ RAFAEL, Marco Aurélio Ribeiro. **Inventários e Partilhas Extrajudiciais e o Testamento – Da Possibilidade de o Tabelião Lavrar Escrituras Públicas de Inventários e Partilhas Extrajudiciais Ainda Quando Existente Testamento.** 04.07.2011. Disponível em <http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1187>. Acesso em 26.04.2013.

¹³⁰ Art. 5º, XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

pleno acordo com as questões discutidas naquele instrumento, em homenagem aos princípios da celeridade e da desjudicialização, sem, no entanto, se descuidar da segurança jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o desenvolvimento do presente trabalho buscou analisar a possibilidade de se executar o testamento, nos mesmos moldes de qualquer outro negócio jurídico, por meio extrajudicial, perante o tabelião, pessoa dotada de fé pública quando existente consenso entre as partes envolvidas, observados todos os requisitos necessários previsto na legislação de regência, sem a necessidade de apreciação do judiciário.

A possibilidade de eleger essa sistemática encontra respaldo na finalidade buscada pelo Poder Judiciário, no respeitante à melhoria da prestação jurisdicional, no sentido de conferir maior a efetividade e celeridade aos serviços de interesse público, como forma de garantir o exercício da cidadania e da autonomia de vontade.

O testamento, instituto inserido no ramo da sucessão testamentária, é negócio jurídico unilateral, revogável e personalíssimo. Constitui-se um ato solene de última vontade do testador, estando à validade desse ato negocial condicionada a observância de exigências legais previstas para cada tipo de testamento. A não observância dessas formalidades gerará a nulidade do ato praticado pelo testador.

Contudo, observou-se que o rigor formal da lei, que envolve a confecção dos testamentos, na linha de entendimento do STJ, poderá ser flexibilizado, cedendo-se espaço ao conteúdo e a finalidade do ato regularmente praticado, em detrimento de determinados vícios formais, em respeito à autonomia de vontade manifestada pelo testador. Restou consignado que a forma, mesmo que eivada de alguns vícios - a análise será casuística- não deverá prevalecer sobre o conteúdo do ato jurídico. Se a manifestação de vontade do testador tiver atingido a sua finalidade, sem causar prejuízo às partes envolvidas, o ato poderá ser considerado válido. A linha de entendimento, esposado pelo STJ, está a funcionar como meio afastador de entraves ao desenvolvimento jurisdicional, muito se aproximando de formulações mais simplificadas adotadas pela Espanha, França e Alemanha, países que têm, com sucesso, garantido a liberdade de testar e maior eficácia ao tempo da execução.

No sentido de promover a desjudicialização e desafogar o judiciário, foi editada a Lei 11.441/2007, que facultou a utilização da via extrajudicial para realização de inventários, partilhas e divórcios consensuais. Referida lei, ao ampliar a atuação do notário, constitui-se num grande avanço para o direito brasileiro e para efetivação dos direitos do cidadão que se utiliza desses serviços, aliviando de modo considerável o judiciário, que passou a se ocupar de questões outras de maior complexidade.

Entretanto, o legislador, ao regular tal matéria, limitou a utilização do procedimento extrajudicial, ao testamento, em qualquer de suas modalidades, exigindo-se sempre ação judicial como meio hábil, independentemente de seu conteúdo, atitude, essa, que não se coaduna com a finalidade buscada pela Carta Magna, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, no respeitante a celeridade processual, e especificamente da Lei 11.441/2007, que deve ser interpretada de forma ampliativa, tendo em vista o fim social para o qual foi criada, ou seja, de melhoria da prestação jurisdicional.

Como se pode perceber trata-se de uma limitação injustificável. Do mesmo modo que a referida norma ampliou a atuação do tabelião para executar procedimentos de inventários, partilhas e divórcios consensuais, não haveria sentido de não se ampliar também análise do testamento quando todos os requisitos estiverem cumpridos e houver o consenso das partes envolvidas. Além do que, todos os atos que envolvem a confecção de testamento público e cerrado, levados a feito pelos cartórios, e lavrado pelo tabelião de notas, está cercado de segurança jurídica, principalmente depois da criação do Registro Central de Testamento que se encontra atualmente em fase de expansão na maioria dos Estados brasileiros, em cumprimento ao Provimento nº 18/2012, do Conselho Nacional de Justiça que instituiu a Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (CENSEC), sistema esse que irá interligar todos os atos notarias do país, tornando mais ágil à prestação jurisdicional.

Diante de tal perspectiva, é possível pensar na dispensa da chancela judicial para os casos de execução do testamento na via extrajudicial, realizada no tabelionato de notas, quando restar constatado, pelo notário, a regularidade de todos as formalidades que envolve esse instrumento, até porque, as soluções levadas ao judiciário, em relação ao testamento público e cerrado, são, por vezes, apenas homologatórias de acordo.

Ademais, a necessidade de se buscar a via extrajudicial para esses casos, pauta-se também no aumento significativo de lavraturas de testamentos, verificado nos últimos anos pelos cartórios, diante do surgimento na sociedade de novas composições familiares, ainda não regularizadas totalmente pelo Direito. Essas entidades familiares, preocupadas com o processo sucessório, estão optando por esta forma de procedimento como meio de evitar futuras discórdias jurídicas entre herdeiros. Tal mudança de comportamento, antes rara, será sentida diretamente pelo judiciário, em razão do aumento de demandas que serão levadas a sua apreciação, caso não haja uma mudança legislativa nesse sentido.

Se o legislador reconheceu a desnecessidade de se levar ao crivo do judiciário questões as quais as partes estejam concordes, no processamento do divórcio, inventário e partilhas, não há porque deixar de fora a execução do testamento que igualmente, pode ser

realizada na via extrajudicial, pelo notário, de acordo com os mandamentos legais e com a mesma cautela e segurança jurídica. Ademais, se na análise do testamento, for detectado qualquer indício de irregularidade que se contraponha as regras de direito sucessório, causando prejuízo às partes, deverá o notário, como determina a lei de regência, encaminhar ao judiciário, sob pena de responsabilização administrativa, civil e penal.

Seguindo essa tendência de desjudicialização e de preocupação com os anseios do jurisdicionado, na busca pela efetividade e celeridade no âmbito administrativo e judicial, numa sociedade de constante evolução e modificação, é que se propõe a simplificação do procedimento executório do testamento, na via extrajudicial, nos mesmos moldes de qualquer outro negócio jurídico, perante o Tabelião, dispensando-se da apreciação do judiciário questões de menor complexidade, em homenagem do princípio da celeridade.

Em suma, garantir o processo contínuo de desjudicialização é suprimir formalidades que se mostram excessivas, sem subverter valores protegidos por lei, com vistas a soluções mais céleres e menos burocráticas em respeito à cidadania.

REFERÊNCIAS

ARPEN – SP. Associação dos Registradores de Pessoas. **Cartórios estão em 2º lugar nas instituições mais confiáveis do país.** Fonte: Assessoria de Imprensa - Arpen –Brasil. São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.arpenbrasil.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=3004&Itemid=96> Acesso em 10.03.2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum.** 7 ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Código Civil. **Vade Mecum.** 7 ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Lei Federal nº 8.935, de 18.11.1994.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8935.htm>. Acesso em: 23.01.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 302767-PR - Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, 4ª T, unânime, julgado em 05.06.2001. <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=resp+302767&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>> Acesso em 18 de novembro de 2012.

CAHALI, Francisco José; Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

_____. **Direito das Sucessões.** 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

CÓDIGO CIVIL FRANCÊS. Art. 1.134. As convenções feitas nos contratos formam para as partes uma regra à qual devem se submeter como a própria lei. Disponível em: <http://www.ligiera.com.br/estrangeira_9.html> Acesso em 29.01.2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 18 de 28 de agosto de 2012:** Dispõe sobre a instituição e funcionamento da Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados – CENSEC. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/provimentos-atos-corregedoria/20873-provimento-n-18-de-28-de-agosto-de-2012>> Acesso em 05.05.2013.

CONSULTOR JURÍDICO. **É livre o acesso a conteúdo de testamento público.** Publicado em 15. 01. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jan-15/corregedoria-justica-paulista-define-livre-acesso-testamento>>. Acesso em 29.01.2013.

CNB-SP. Colégio Notarial do Brasil- Seção de São Paulo. **Número de testamentos bate recordes em 2011.** 16.02.2102. Disponível em:

<http://www.cnbsp.org.br/Noticias_leiamais.aspx?NewsID=4459&TipoCategoria=1>. Acesso em 15/03.2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Direito das Sucessões**, 21. ed. rev. e atualizada de acordo com a reforma do CPC-São Paulo: Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral**, v. 1, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no direito de família e das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GODINHO, Adriano. **Validade do testamento e as formalidades exigidas em lei**. 21.12.2011. Disponível em: <<http://www.adrianoGodinho.com.br/2010/12/validade-do-testamento-e-as.html>> Acesso em 18.03.2013.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. VII: Direito das Sucessões, 3. ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2009.

HABERMANN, Cláudio Júnior. **Teoria e Prática das Sucessões, Testamentos, Inventários e Partilhas**. São Paulo: Editora Habermann, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil. Parte Especial do Direito das Sucessões**, v. 20, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____, Giselda Maria Fernandes Novaes e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões e o Novo Código Civil**, Belo Horizonte: DelRey, 2004, p.136.

LEITE, Eduardo de Oliveira, **Direito das Sucessões**, v. 6, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial, Tomo LVI – Direito das Sucessões: Sucessão testamentária. Testamento em geral. Disposições testamentárias em geral. Herança e legados**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

_____, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1955, Tomo LVIII, p.279.

MISCIASCI, Elizabeth. **Leis que desafogam o judiciário são destaque em Congresso da Anoreg-BR**. 11.11.2010. Disponível em: <http://www.eunanet.net/beth/news_coluna.php?col=58&pst=3365>. Acesso em 09.03.2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Direito das Sucessões**, v. 6, 35. ed. atualizada e revisada. São Paulo: Saraiva, 2003.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. v 6: Direito das Sucessões. 4. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NERY Junior, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. revista ampl. e atua. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com a análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2009.

PAULA, Marcela Ramos. **Lei nº 11.441/07: ampliação da atuação notarial em benefício da sociedade brasileira – análise da separação, divórcio, inventário e partilha consensuais**. 2011. 69 f. Monografia (Graduação em Bacharel de Direito) – Faculdade de Direito de Presidente Prudente-SP, Presidente Prudente, São Paulo, 2011.

PEREIRA, Robson. **Arranjo familiar muda e estimula opção por testamento**. 23.01.2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-jan-23/estante-legal-arranjo-familiar-muda-estimula-opcao-testamentos>>. Acesso em 14.02.2013.

RAFAEL, Marco Aurélio Ribeiro. **Inventários e Partilhas Extrajudiciais e o Testamento – Da Possibilidade de o Tabelião Lavrar Escrituras Públicas de Inventários e Partilhas Extrajudiciais Ainda Quando Existente Testamento**. 04.07.2011. Disponível em <http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1187>. Acesso em 26.04.2013.

RIBEIRO, Flávia Pereira. **Inventário e partilha consensual. Existência de testamentos nulos, caducos ou ineficazes. Impossibilidade de realização do procedimento por escritura pública. Crítica**. São Paulo, 21/10/2011. Disponível em <<http://atualidadesdodireito.com.br/flaviaribeiro/category/artigos>> Acesso em 10.03.2013.

RODRIGUES, Elza de Faria Rodrigues. **Testamentos: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito das Sucessões**, v.7, 26. ed. rev. e atualizada por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2007.

TOSCANO, Márcia Pessoa. **Princípio da instrumentalidade substancial das formas e o ativismo judicial**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2783, 13 fev.2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18482>>. Acesso em: 31 mar. 2013.

VELOSO, Zeno. **Testamentos. Noções Gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais**. In: CARVALHO, Dimas Messias, CARVALHO, Dimas Daniel. **Direito das Sucessões Inventário e Partilha. Teoria, Jurisprudências e Esquemas Práticos**. São Paulo, DelRey, 2007.

_____, Zeno. **Testamentos. Noções Gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. In:** HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito das Sucessões e o Novo Código Civil*, Belo Horizonte: DelRey, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos.** v. 2, 10. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

_____, **Direito Civil. Contratos em espécie.** v.3. 10 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

WALD, Arnold. **O Novo Direito das Sucessões.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.