

FACULDADE AUTÔNOMA DE DIREITO -FADISP

Camila Caixeta Cardoso Porto

**REFLEXÃO CRÍTICA DA ADEQUAÇÃO DAS FORMALIDADES E DO
PROCEDIMENTO DE CUMPRIMENTO DO TESTAMENTO:**
reestruturação formal à luz do notariado latino

São Paulo

2023

CAMILA CAIXETA CARDOSO PORTO

**REFLEXÃO CRÍTICA DA ADEQUAÇÃO DAS FORMALIDADES E DO
PROCEDIMENTO DE CUMPRIMENTO DO TESTAMENTO:**

reestruturação formal à luz do notariado latino

Tese apresentada como exigência parcial para
obtenção de título de Doutor em Direito à
Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), na
área da Função Social do Direito.

Orientadora: Dra. Maitê Cecilia Fabbri Moro

SÃO PAULO

2023

P853r Porto, Camila Caixeta Cardoso.

Reflexão crítica da adequação das formalidades e do procedimento de cumprimento do testamento : reestruturação formal à luz do notariado latino / Camila Caixeta Cardoso Porto – 2023.

190 fls; 30 cm.

Tese (Doutorado) – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP) – Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Linha de Pesquisa: Função Social do Direito – São Paulo, 2023.

Orientador (a): Profa. Dra. Maitê Cecilia Fabbri Moro.

Inclui bibliografia.

1. Testamento. 2. Planejamento sucessório. 3. Sucessão testamentária. 4. Simplificação de formalidades. I. Porto, Camila Caixeta Cardoso. II. Faculdade Autônoma de Direito. III. Título.

CDU 347.65

CAMILA CAIXETA CARDOSO PORTO

**REFLEXÃO CRÍTICA DA ADEQUAÇÃO DAS FORMALIDADES E DO
PROCEDIMENTO DE CUMPRIMENTO DO TESTAMENTO:
reestruturação formal à luz do notariado latino**

**Tese apresentada como exigência parcial
para obtenção de título de Doutor em
Direito à Faculdade Autônoma de Direito
(FADISP), na área da Função Social do
Direito.**

São Paulo, 29 de junho de 2023

Banca examinadora:

Maitê Cecilia Fabbri Moro - Fadisp (Orientadora)

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por guiar-me na importante jornada de estudos e conclusão do curso de Doutorado.

Agradeço especialmente ao meu marido Roberto, pelo companheirismo nos desafios. Aos meus pais, Galileu e Lucimar, e meus irmãos, Ronan e Elisa, pelo apoio e incentivo de sempre.

Agradeço à minha orientadora, Profa. Dra. Maitê Cecilia Fabbri Moro, pelo auxílio em toda a caminhada dessa Tese. Muito obrigada pela disponibilidade, incentivo, ensinamentos e pela gentileza, que se mostraram essenciais para os resultados alcançados.

A todos os funcionários da FADISP, sempre solícitos e atenciosos.

Enfim, agradeço a todos que contribuíram nesse caminho!

RESUMO

O presente trabalho visa analisar o testamento como instrumento jurídico de disposição de última vontade, especialmente em relação ao seu aspecto formal. Na primeira parte, objetiva-se aprofundar o problema central, definindo quais as suas razões de origem. A partir de uma digressão acerca da sucessão testamentária no ordenamento jurídico, constata-se o anacronismo das normas que regulamentam os testamentos no direito brasileiro. A inércia legislativa em matéria sucessória chama atenção, notadamente em relação à elaboração das disposições de última vontade. O problema torna-se mais evidente quando se analisa as regras formais minuciosamente impostas no Código Civil, apresentando um cenário de descompasso com a sociedade contemporânea e a tendência de busca por celeridade, simplicidade e eficiência. Ao lado da posição de destaque que auferem as novas formas de planejamento sucessório, busca-se analisar as razões da crise do testamento, atenuada pelo paradoxo das formalidades e tendência de flexibilização das formalidades testamentárias. Adiante, na segunda parte do trabalho, parte-se para a solução jurídica viável e válida contemporaneamente. Discorre-se sobre a importância do direito testar, como um direito fundamental, bem como sobre a segurança que é ínsita aos testamentos. *A posteriori*, a partir do regime jurídico constitucionalmente atribuído às serventias extrajudiciais, especialmente aos tabelionatos de notas, associado ao tipo de notariado adotado pelo Brasil, demonstra-se a aptidão dos notários para exercerem amplamente a atividade jurídica de formalização e cumprimento dos testamentos. Após análise detida das características, deveres e atribuições dos tabeliães de notas, denota-se que a legislação civil e processual civil pertinente aos testamentos não se adequou a esse regime de atividade administrativa. Norteados por esses pilares, evidencia-se a desnecessidade e impertinência de disposição minuciosa e exaustiva das regras de elaboração dos testamentos públicos e cerrados. Logo, necessárias se fazem a análise e propostas de simplificação das formalidades testamentárias, o que resolve em parte as razões do problema apresentado na primeira parte deste trabalho. Nesse ponto, faz-se o recorte aos testamentos com intervenção do tabelião, ao analisar a forma com que os testamentos particulares são elaborados e a necessária segurança que o ato demanda. Ademais, também se aproveitando do sistema notarial brasileiro, estuda-se a possibilidade e forma de dispensa do procedimento judicial especial e prévio de validação do testamento, quando há interessados maiores e capazes, estando eles concordes. Defende-se a dispensabilidade de análise judicial do procedimento, a fim de desburocratizar o testamento e o inventário. Sugere-se o procedimento extrajudicial, sua regulamentação e as devidas alterações legislativas aptas a concretizarem tal desiderato. Assim, todo o estudo voltou-se ao testamento, buscando métodos de torná-lo eficiente, a partir da simplificação, celeridade e segurança. Para tanto, demonstrou-se que o sistema notarial brasileiro é um aliado útil e necessário, podendo exercer amplamente as atividades em matéria testamentária, resguardando a segurança que o ato essencialmente demanda, bem como promovendo a necessária simplificação, desburocratização e celeridade que a sucessão testamentária exige.

Palavras-chave: Testamento; Planejamento sucessório; Sucessão testamentária; Simplificação de formalidades; Tabeliães de notas; Instrumento público; Extrajudicialização.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the will as a legal instrument of last will, especially in relation to its formal aspect. In the first part, the objective is to deepen the central problem, objectively defining its reasons of origin. From a digression about the testamentary succession in the legal system, it is verified the anachronism of the norms that regulate the wills in the Brazilian law. Legislative inertia in matters of succession draws attention, notably in relation to the preparation of last will provisions. The problem becomes more evident when analyzing the formal rules meticulously imposed in the Civil Code, presenting a scenario of mismatch with contemporary society and the tendency to search for speed, simplicity and efficiency. The problem becomes more evident when analyzing the formal rules meticulously imposed in the Civil Code, presenting a scenario of mismatch with contemporary society and the tendency to search for speed, simplicity and efficiency. Alongside the prominent position enjoyed by the new forms of succession planning, the aim is to analyze the reasons for the will crisis, attenuated by the paradox of formalities and the tendency to make testamentary formalities more flexible. Ahead, in the second part of the work, the legal solution is viable and valid contemporaneously. It discusses the importance of the right to test, as a fundamental right, as well as the security that is inherent in wills. A posteriori, based on the legal regime constitutionally assigned to extrajudicial services, especially notary offices, associated with the type of notary adopted in Brazil, the ability of notaries to broadly exercise the legal activity of formalizing and executing wills is demonstrated. After a careful analysis of the characteristics, duties and attributions of notary publics, it is noted that the civil and civil procedural legislation pertaining to wills did not adapt to this regime of administrative activity. Guided by these pillars, it is evident the needlessness and impertinence of a detailed and exhaustive disposition of the rules for the elaboration of public and closed wills. Therefore, it is necessary to analyze and propose simplification of testamentary formalities, which partially resolves the reasons for the problem presented in the first part of this work. At this point, the wills with intervention of the notary are analyzed, analyzing the way in which private wills are drawn up and the necessary security that the act demands. In addition, also taking advantage of the Brazilian notarial system, the possibility and form of waiver of the special and prior judicial procedure for validating the will is studied, when there are interested parties of age and capacity, provided they agree. It defends the dispensability of judicial analysis of the procedure, in order to reduce bureaucracy in the will and inventory. It is suggested the extrajudicial procedure, its regulation and the necessary legislative amendments able to materialize such a desideratum. Thus, the entire study turned to the study of the will, seeking methods to make it efficient, based on simplification, speed and security. To this end, it was demonstrated that the Brazilian notarial system is a useful and necessary ally, being able to widely exercise activities in testamentary matters, safeguarding the security that the act essentially demands, as well as promoting the necessary simplification, less bureaucracy and speed that testamentary succession require.

Keywords: Testament; Succession planning; Testamentary succession; Simplification of formalities; Notes notaries; Public instrument; extrajudicialization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
PRIMEIRA PARTE: A PROBLEMÁTICA DO TESTAMENTO COMO INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO	13
1 O DIREITO SUCESSÓRIO E A TENDÊNCIA CONTEMPORÂNEA	13
1.1 Fundamentos da sucessão <i>causa mortis</i>	14
1.2 Propriedade, família e a sucessão hereditária	16
1.3 O direito das sucessões na passagem do Código Civil de 1916 para o de 2002	22
2 O TESTAMENTO COMO INSTRUMENTO JURÍDICO NO ORDENAMENTO VIGENTE	32
2.1 Aspectos históricos jurídicos relevantes	32
2.2 Princípios, definições jurídicas e características	35
2.3 As formalidades testamentárias e a (in)validade do testamento	42
3 A CRISE DO TESTAMENTO	51
3.1 Do excessivo detalhamento na forma de elaboração do testamento e da inconveniente ampla possibilidade de invalidação por razões que envolvam os aspectos formais	57
3.2 O paradoxo das formalidades do testamento e a flexibilização judicial das formalidades testamentárias	65
3.3 Da imposição de intervenção judicial no inventário e partilha com testamento: fator de desestímulo ao ato de testar	81
SEGUNDA PARTE: O TESTAMENTO COMO INSTRUMENTO EFICIENTE DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE <i>POST MORTEM</i>	91
1 DIREITO DE TESTAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL	94
2 A NECESSÁRIA SEGURANÇA NO ATO TESTAMENTÁRIO	100
2.1 A segurança pelas testemunhas instrumentárias	103
2.2 A segurança pelas características essenciais do testamento	108
2.3 A segurança pela capacidade testamentária ativa	110
2.4 A segurança pelo regime de ineficácia do testamento	115

3	DO RECONHECIMENTO DA ATUAÇÃO NOTARIAL COMO ATIVIDADE JURÍDICA PLENA EM MATÉRIA DE FORMALIZAÇÃO E CUMPRIMENTO DE TESTAMENTOS: adequação ao notariado latino	122
3.1	Regime jurídico constitucional dos serviços notariais.....	123
3.2	Reestruturação das formalidades do testamento público e da aprovação do cerrado	135
3.2.1	<i>Retirada da exigência das testemunhas.....</i>	142
3.2.2	<i>Supressão da exigência de assinatura a rogo</i>	148
3.2.3	<i>Formalidades do testamento público do cego</i>	150
3.2.4	<i>Inclusão de dispositivo regulamentando o testamento público do surdo-mudo.....</i>	152
3.3	O procedimento preliminar de análise do testamento perante o tabelionato de notas: a dispensabilidade do procedimento judicial especial de abertura, registro e cumprimento de testamentos	155
3.3.1	<i>Procedimento judicial de abertura, registro e cumprimento do testamento vigente..</i>	157
3.3.2	<i>Fundamentos do procedimento prévio de testamento pela via extrajudicial</i>	160
3.3.3	<i>Limites e requisitos da análise prévia do testamento pelo tabelião de notas.....</i>	165
3.3.4	<i>O procedimento de análise prévia do testamento no bojo da escritura pública de inventário e partilha</i>	172
3.3.5	<i>Proposições legislativas</i>	176
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	178
	REFERÊNCIAS.....	182

INTRODUÇÃO

Ao se debruçar sobre o direito sucessório, verifica-se, desde a sua origem, a importância que possui para o sujeito de direitos. Seja no seu aspecto patrimonial, seja nas funcionalidades existenciais que carrega, a transmissão de bens e direitos após a morte ocupa posição de destaque. Utilizando-se dos vários fundamentos da sucessão hereditária, denota-se a transmissão de afetos, emoções e sentimentos junto dos bens patrimoniais sucedidos, após o encerramento da vida humana.

Talvez baseado nessa linha de pensamento que fundamenta a sucessão hereditária, o legislador brasileiro evidenciou nas normas civis a preferência pela transmissão testamentária em relação à subsidiariedade da sucessão legítima. À propósito, por uma singela e rápida reflexão sobre as razões, amplitude do objeto e funcionalidades do testamento, denota-se que, além de ser forte expressão da autonomia privada, se mostra perfeitamente alinhado com os fundamentos da sucessão *causa mortis*.

Todavia, é cediço que as sucessões testamentárias se mostram em menor número no Brasil, em que pese a mencionada preferência legislativa. Há muito a doutrina busca explicitar as razões de pouco se testar no Brasil, apontando as de ordem cultural, econômica e jurídica. Em sentido oposto, cresce contemporaneamente o interesse pela disposição antecipada de transmissão dos bens para depois da morte, sobretudo após a recente Pandemia da COVID-19, quando o ser humano vivenciou a fragilidade da vida. Ao encontro disso, denota-se o desenvolvimento de novos mecanismos de planejamento sucessório, alinhados aos métodos de transmissão de bens por contratos e planejamento tributário.

Nesta senda, evidencia-se a necessidade de aprofundamento no objeto da sucessão testamentária por excelência, qual seja o testamento. Eis o centro da pesquisa desta Tese. Instrumento de manifestação de vontade que é, tradicionalmente, desde sua origem que remonta o direito romano, carrega o traço característico da formalidade.

De intuitiva constatação, a solenidade testamentária decorre da natureza de negócio com eficácia *post mortem*. Entretanto, a doutrina moderna não poupa críticas às minuciosas regras formais de elaboração das disposições de última vontade, ao mesmo tempo em que se verifica um movimento jurídico contemporâneo de flexibilização das formalidades testamentárias, no campo da hermenêutica.

Referida tendência evidencia o paradoxo das formalidades do testamento, quando a manutenção da vontade soberana do testador duela com as solenidades ínsitas ao ato de testar.

Ocorre que a mitigação judicial das regras formais atrai insegurança ao testamento, na medida em que o testador não pode antever quais formalidades são ou não superáveis, e consequentemente pode refletir a possibilidade de alteração da sua real intenção em sede judicial, quando não poderá defendê-la.

Nesse cenário, os objetivos dessa Tese são bem delineados: analisar as regras vigentes; identificar e delimitar as razões da crise do testamento na contemporaneidade; e desenvolver propostas para tornar o testamento instrumento de planejamento sucessório aliado aos interesses de celeridade, simplificação, segurança e eficiência.

Diante disso, busca-se aprofundar o aspecto formal do testamento, desvendando a escorreita compreensão das finalidades e funcionalidades das formalidades testamentárias, em que medida são necessárias e até ponto são dispensáveis. Objetiva-se investigar se decorrem de mero apego histórico do milenar negócio *causa mortis*, como alguns doutrinadores e operadores do Direito afirmam, ou se são inafastáveis.

Ab initio, se justifica o recorte em relação ao aspecto formal. Consubstanciando em forma, utilizada aqui no seu sentido técnico, de manifestação de vontade com eficácia após a morte do disponente, as regras de elaboração do instrumento sobrelevam-se em comparação às questões materiais dispostas. Isso porque, diante do sistema de invalidade do testamento no Código Civil, a inobservância das solenidades possui o condão de nulificar por completo o negócio jurídico unilateral em tela, anulando a vontade soberana do testador com aplicação das normas supletivas de sucessão legítima.

Em outras palavras, o descumprimento das formalidades aniquila a vontade do autor da herança, impondo inevitavelmente a aplicação da vocação hereditária delineada pelo legislador. Em contrapartida, os vícios materiais que eventualmente maculem as disposições testamentárias, podem ser sanados judicialmente com o emprego de regras previstas na legislação, como as de redução das disposições testamentárias. De igual forma, às essas questões pode-se aplicar a teoria da conservação do negócio jurídico, invalidando-se apenas a disposição ilegal.

Ademais, o segundo recorte que se deve delimitar preliminarmente consiste no tratamento referente aos testamentos ordinários, uma vez que são os previstos para as situações de normalidade. Os testamentos especiais são permitidos apenas para situações fáticas excepcionalíssimas, razão pela qual são pouco utilizados e possuem específicas particularidades.

Pois bem, no mesmo intuito que motiva o estudo das formalidades testamentárias, busca-se aprofundar na forma de cumprimento da vontade manifestada. De antemão, verifica-

se a previsão legal da imposição da análise judicial prévia do testamento, em procedimento autônomo de jurisdição voluntária, para só depois ser possível o inventário e partilha que, compulsoriamente deve se dar também pela via judicial. Inconveniente o regime posto, porquanto exige dois procedimentos distintos, ambos na seara judicial, ao passo que a sucessão sem testamento pode-se se dar simplificadamente por escritura pública.

Com efeito, para o objetivo que se propõe, divide-se esse trabalho em duas partes: a primeira para a análise crítica do testamento no direito vigente e a segunda para as sugestões aptas à sua utilização como instrumento jurídico célere, seguro e eficiente de manifestação de última vontade.

Parte-se da análise do direito sucessório no direito positivo, com vistas a ponderar a adequação ou inadequação ao contexto social da contemporaneidade. Após, investiga-se o testamento como instrumento de manifestação de vontade no ordenamento jurídico e depois almeja-se identificar e delimitar as razões para a crise do testamento.

No desenvolvimento dessa Tese, considerando a íntima relação do testamento com o tabelionato de notas, tanto na elaboração, quanto no cumprimento da vontade do falecido, evidencia-se a ausência de adaptação das regras de elaboração e cumprimento ao regime do notariado brasileiro, que é do tipo latino. Agentes em colaboração com o Estado, imbuídos do mister de garantir estabilidade e segurança nas relações jurídicas que intervém, bem como verdadeiros aliados no processo de extrajudicialização, os notários se revelam como possível instrumento para a simplificação, celeridade e segurança do testamento, tanto na confecção, quanto no cumprimento.

Vale advertir que o termo extrajudicialização é empregado nesta Tese no sentido de solução que busca promover a resolução dos conflitos sem que haja a compulsoriedade de ingresso de ação perante a esfera judicial, com o objetivo de desafogar o Poder Judiciário. Opta-se pela utilização do termo ao invés de “desjudicialização”, porquanto o acesso a via judicial não pode ser impedido diante o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, de modo que o prefixo “des” poderia sugerir equivocadamente a ideia de negação ou impedimento de acesso ao Poder Judiciário.

Ao contrário, a extrajudicialização busca a criação de outras formas de solução de conflitos, mas como meios alternativos e não excludentes da tradicional via judicial.

Na segunda parte dessa Tese, busca-se apresentar as funcionalidades do testamento, evidenciando o viés de direito fundamental do ato de testar. Com efeito, deve o legislador deixar a disposição do sujeito de direito um instrumento eficiente de disposição e

cumprimento da vontade soberana do autor da herança. Ato contínuo, aprofunda-se na medida necessária de segurança do testamento e quais os instrumentos buscam assegurá-la.

No terceiro capítulo da segunda parte, desenvolve-se a adequação das normas relativas ao testamento ao notariado latino, como forma de desburocratização, simplificação, celeridade e segurança da manifestação de última vontade. Nesse contexto, apresenta-se minuciosamente o regime jurídico constitucional a que estão submetidos esses profissionais do direito e desenvolve-se a simplificação das formalidades testamentárias, na máxima medida possível.

Ao final, destinam-se esforços na análise do cumprimento do testamento, buscando evidenciar e esclarecer as razões das regras vigentes. A partir disso, pretende-se desenvolver a adaptação do cumprimento ao regime dos tabelionatos de notas, para uma célere e segura sucessão testamentária.

Em síntese, portanto, busca-se nessa tese explorar as funcionalidades do testamento, como um instrumento simplificado, célere e eficaz, ao mesmo tempo que seguro de disposição *post mortem*. Verifica-se a aptidão da atuação notarial para tanto, razão pela qual desenvolve-se o reconhecimento dessa atuação como atividade jurídica plena em matéria de formalização e cumprimento de testamento.

PRIMEIRA PARTE: A PROBLEMÁTICA DO TESTAMENTO COMO INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

Para iniciar essa tese, importa analisar preliminarmente os pilares em que se encontra apoiado o testamento no ordenamento jurídico brasileiro. Destina-se essa primeira parte para destrinchar e analisar o direito positivo que trata do instrumento de disposição de última vontade, sua evolução, os institutos de confluência, bem como sua adequabilidade às tendências e interesses da sociedade contemporânea.

A partir disso, busca-se pesquisar, apontar e definir as razões que acarretam a crise do testamento no estágio atual do Direito. Imprescindível se faz essa abordagem, uma vez que a reestruturação formal do testamento deve ser construída destinada à propiciar a eficácia do instrumento jurídico, associado às suas características próprias.

1 O DIREITO SUCESSÓRIO E A TENDÊNCIA CONTEMPORÂNEA

Tem-se como objetivo primordial do direito das sucessões a regulamentação do destino, para depois da morte de uma pessoa, dos seus direitos e obrigações, para que subsistam além dessa morte.¹ Como cediço, há direitos e obrigações que se extinguem com a morte do seu titular, porque se configuram intransmissíveis. Nessas relações incluem-se a maioria dos direitos de natureza pessoal e alguns poucos de natureza patrimonial.

Premissa inegável é que o direito das sucessões concentra-se fundamentalmente em direitos e aspectos patrimoniais. “*Está em jogo a sorte de um património, dos bens e dívidas do falecido.*”² Todavia, disso não decorre que direitos não patrimoniais não são abrangidos pelo direito sucessório, nem mesmo que seu objeto e percepção são estritamente materialistas.

Pelo contrário, cada vez mais questões existenciais e bens incorpóreos são objetos de análise do direito das sucessões. Ademais, há muito se reconhece que os próprios bens patrimoniais transmissíveis são carregados de subjetivismo, recordações e afetividades que não podem ser desprezadas pelo Direito.

Nesse sentido, Telles afirma que a grande nobreza do direito sucessório denota-se dos “[...] *afectos, emoções, sentimentos profundos, preocupações religiosas, manifestações de*

¹ TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das sucessões**: noções fundamentais. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 2.

² TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das sucessões**: noções fundamentais. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 3.

*caridade, o cuidado com o bem-estar dos parentes que ficam, o respeito quase sagrado pelas últimas vontades do falecido, as superiores exigências da colectividade familiar e da colectividade política”.*³

O primeiro pressuposto das sucessões *causa mortis* é a morte do titular do patrimônio sucessível. A palavra “sucessão”, em sentido amplo, designa o ato pelo qual uma pessoa investe-se, no todo ou em parte, dos direitos e obrigações que cabiam a outra. Nessa acepção, incluem-se tanto as sucessões *inter vivos*, que abrange os contratos e outras aquisições do domínio ou do direito pelo modo derivado, como as sucessões *mortis causa*.

No direito das sucessões, todavia, utiliza-se o sentido estrito da expressão para designar a “[...] *transferência da herança, ou do legado, por morte de alguém, ao herdeiro ou legatário, seja por força de lei, ou em virtude de testamento.*”⁴

Afrânio de Carvalho acentua que a sucessão é modo de adquirir por morte (*causa mortis*), assim porque incluída entre as demais formas de aquisição da propriedade imóvel.⁵

Soma-se à morte do autor da herança a vocação hereditária como o segundo pressuposto da sucessão.⁶ Referida vocação pode se consubstanciar no testamento deixado pelo *de cujus*, elaborado quando ainda em vida, ou pela disposição legal supletiva, que na ausência de disposições voluntárias supre a vontade do falecido, segundo critérios presumidos pelo legislador – sucessão legítima.

Ao bom desempenho desse trabalho, impende demonstrar os fundamentos da sucessão hereditária, tema que foi objeto de intensos debates na doutrina clássica, por se relacionar com opções políticas e filosóficas.

1.1 Fundamentos da sucessão *causa mortis*

Quanto aos fundamentos da sucessão hereditária, Leibnitz usava o princípio da imortalidade da alma para explicar o direito das sucessões.⁷ Para Cimbali, a continuidade da vida humana, através das gerações, era o verdadeiro fundamento da sucessão hereditária.⁸

³ TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das sucessões: noções fundamentais**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 3.

⁴ MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6, p. 1.

⁵ CARVALHO, Afrânio de. **Instituições de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 372.

⁶ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 17. ed. [revista e atualizada por] Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 9.

⁷ BOUTROUX, Émile. **La philosophie de Kant: cours de M. Émile Boutroux, professé à la Sorbonne en 1896-1897**. Paris: J. Vrin, 1926. p. 74.

A ideia mais antiga explicava o direito sucessório no fato da propriedade como um caráter familiar. Em termos gerais, o chefe da família exercia os direitos e deveres do grupo familiar e com a sua morte deveria ser substituído por um membro dessa família, que se convertia, por sua vez, em chefe. Portanto, nessa linha, o herdeiro ocupava o lugar do falecido, assegurava os costumes, direitos e obrigações daquela família e a mantinha.⁹

Com o fim da primazia da propriedade familiar e a hegemonia da propriedade individual, o direito sucessório aparece como o complemento necessário da propriedade privada. Por meio desse ramo do direito, a propriedade projeta-se além da morte do seu titular, tratando-se da continuidade patrimonial.

Como adverte Washington de Barros Monteiro, a propriedade que não se transmite a um sucessor com a morte do seu titular não é propriedade.¹⁰ De fato, a perpetuidade como característica essencial da propriedade é assegurada pela sucessão hereditária. Há também os doutrinadores clássicos que exprimem a justificativa do direito das sucessões no necessário direito de o núcleo familiar poder recolher o patrimônio deixado por um de seus membros.¹¹

Os jusnaturalistas e os socialistas argumentam que a sucessão, assim como a propriedade, são meras criações do direito e poderiam ser eliminados quando fosse conveniente para a sociedade. Também afirmam que a sucessão contraria princípios de justiça e interesse social, por gerar uma suposta acumulação de riquezas. Nesse sentido, sustentam que os bens deixados pelos falecidos deveriam retornar à coletividade.¹²

Nesse ponto, Cunha Gonçalves¹³ rebate os argumentos, afirmando que o desejo de transmissão à prole dos meios necessários ao seu bem-estar é um dos maiores estímulos da atividade humana; que a supressão da sucessão hereditária fomentaria o desperdício e a prodigalidade; que ela também representa uma fonte de renda ao erário público; que é uma fonte de coesão da família, a base mais sólida da organização social.¹⁴

⁸ CIMBALI, Enrico. **La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali**: con proposte di riforma della legislazione civile vigente. Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1907. p. 212.

⁹ RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Tratado de derecho civil segun el tratado de Planiol**. Buenos Aires: La Ley, 1965. Tomo X – Sucesiones (1ª parte) – Sucesión legal – Sucesión Testamentaria. p. 13.

¹⁰ MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil**: direito das sucessões. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6, p. 8.

¹¹ GONÇALVES apud MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil**: direito das sucessões. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6, p. 8.

¹² MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil**: direito das sucessões. 35 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6, p. 5.

¹³ Registre-se que é com esse pensamento sobre os fundamentos da sucessão hereditária que se alinha no desenvolvimento desta Tese.

¹⁴ GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**: em comentário ao Código civil português. São Paulo: M. Limonad, 1955-1968. p. 9/467.

Nessa linha, Silvio Rodrigues observa que¹⁵

Não admitida a transmissão hereditária, falta ao indivíduo incentivo para amealhar e conservar a riqueza, sendo provável que consagre os últimos anos de sua vida a esbanjar um patrimônio que não pode deixar aos seus entes queridos. Tal comportamento representa prejuízo para a sociedade. Ademais, raramente a lei deixaria de ser burlada, pois através de doações, ou de liberalidades simuladas em negócios onerosos, o titular tentaria transmitir seu patrimônio aos seus herdeiros.

Radbruch explica que o verdadeiro fundamento da sucessão hereditária consiste na conservação das unidades econômicas em prol do bem comum, sendo essa a função social desempenhada por esse ramo do direito civil. Seria, dessa maneira, improdutivo o dispêndio de forças para o desenvolvimento das unidades econômicas, se elas se dissipassem com a morte das pessoas que as criaram e mantiveram.¹⁶

Francisco Cahali afirma que a sucessão *causa mortis* é decorrência lógica da propriedade, caracterizada pela sua perpetuidade e estabilidade, como relação jurídica que se forma, e é também, de outro modo, o complemento do direito de propriedade, que se prolonga para além da morte do seu titular.¹⁷

Giselda Hironaka explica que o fundamento da sucessão hereditária não está apenas na continuidade patrimonial como manutenção pura e simples dos bens na família como forma de acumulação de capital, mas está principalmente ligado ao “[...] *fator de proteção, coesão e de perpetuidade da família.*”¹⁸

Considerando todos os fundamentos expostos e as razões filosóficas com que são apontados, concorda-se com as posições de Radbruch, Cahali e Giselda Hironaka, no sentido de que elas não se excluem, mas sim se complementam. A sucessão hereditária se justifica e se fundamenta na necessidade humana de conservação das unidades econômicas, no desenvolvimento da força do homem, assim como no direito fundamental à propriedade, garantido constitucionalmente, e na necessária proteção e coesão da família.

1.2 Propriedade, família e a sucessão hereditária

¹⁵ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito das sucessões**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 6.

¹⁶ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução e prefácios do prof. L. Cabral de Moncada. 6. ed. rev. e acrescida dos últimos pensamentos do autor. Coimbra: A. Amado, 1979. p. 2.

¹⁷ CAHALI, Francisco José. Introdução ao direito das sucessões. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil: direito das sucessões**. [Coordenação de Everaldo Augusto Cambler]. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 27.

¹⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões: introdução. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito das sucessões e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 5.

Desde os tempos primitivos, dos povos gregos, encontramos o liame entre propriedade, família e sucessão hereditária.

Fustel de Coulanges, ao explicar sobre o surgimento do direito de propriedade nos povos antigos, afirma que três elementos se encontravam fundados e solidamente estabelecidos: a religião doméstica, a família e a propriedade.¹⁹

A propriedade, à época, não se confundia com a definição e características que possui atualmente. Entretanto, vale mencionar que a ideia de propriedade desses povos iniciou-se no local onde eles estabeleciam uma lareira para cultuarem, que era colocada sobre o solo, de onde não podia ser retirada.

A família permanecia sempre ligada a essa lareira, devendo cultuá-la, de forma que “[...] a família é vinculada à lareira, e a lareira ao solo; estabelece-se uma relação estreita, pois, entre o solo e a família.”²⁰

Da mesma forma, o culto do túmulo também tinha íntima relação com a propriedade dos povos antigos, na medida em que devia se realizar no próprio local onde repousavam os antepassados. A família tinha um túmulo comum e não era permitido unir mais de uma família numa mesma sepultura. Essa família tornava-se proprietária dessa terra, se mantinha ali para sempre e o membro vivo dessa família podia se dizer legítimo proprietário daquele solo. Tudo leva a crer que essa terra era inalienável e imprescritível.^{21 22}

Nesse contexto dos povos antigos da Grécia, Coulanges afirma que, intimamente ligados à religião, “[...] a sepultura estabeleceria a união indissolúvel da família com a terra, ou seja, a propriedade.”²³ Era a religião que mantinha o direito de propriedade daquele grupo familiar.

Diferentemente do conceito que possui modernamente, no tempo dos povos primitivos, a propriedade era inerente à religião e a família não podia renunciar a nenhuma das duas.

¹⁹ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 73.

²⁰ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 74.

²¹ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 77.

²² Nesse ponto, vale registrar que Fustel de Coulanges deixa clarividente que se trata de características da propriedade dos gregos, da Grécia antiga. Sobre o direito romano, explicita que, apesar de só conhecermos a partir da Lei das XII Tábuas, quando era evidente a alienabilidade da propriedade, há sinais de que nos primeiros tempos de Roma a propriedade também era inalienável.

²³ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 78.

Coulanges explica também que a celebração do culto da lareira e do túmulo pelos povos primitivos não se extinguiu com a morte. “*Morre o homem, permanece o culto; a lareira não deve se apagar nem o túmulo ser abandonado. Tendo continuidade a religião doméstica, o direito de propriedade deve continuar.*”²⁴

Nesse sentido, para os antigos, a propriedade não poderia ser adquirida sem o culto, nem o culto sem a propriedade, e a pessoa que herdava tinha o dever de fazer os sacrifícios junto ao túmulo. Logo, se a religião era doméstica, transmitia-se de varão para varão, e junto dela a propriedade também seguia esse destino.²⁵

O filho herdava de pleno direito, independente de manifestação de vontade do pai e não lhe cabia aceitar ou renunciar ao que recebia. Era obrigatória a continuidade da propriedade e do culto dentro da família, porquanto se tratava de um direito e de uma obrigação.

Vale ressaltar que, no que se refere aos herdeiros, Coulanges explica que o testamento era desconhecido dos povos primitivos, pois era contraditório às crenças religiosas que fundamentavam a propriedade e a sucessão. A transmissão ocorria não pela vontade do morto, mas sim pelas regras religiosas superiores estabelecidas.²⁶

Ainda que com conceitos substancialmente diferentes, denota-se a relação simbiótica entre sucessão, propriedade e família, na origem desses institutos. Propriedade e família são elementos do direito civil que sofreram intensas transformações e estão em constante mudança, de acordo com os valores dos indivíduos no contexto social que vivenciam.

Na evolução conceitual da propriedade, Caio Mário explica

A princípio foi o fato, que nasceu com a espontaneidade de todas as manifestações fáticas. Mais tarde foi a norma que o disciplinou, afeiçoando-a às exigências sociais e à harmonia da coexistência. Nasceu da necessidade de dominação. Objetos de uso e armas. Animais de presa e de tração. Terra e bens da vida. Gerou ambições e conflitos. Inspirou a disciplina. Suscitou a regra jurídica. Tem sido comunitária, familiar, individual, mística, política, aristocrática, democrática, estatal, coletiva.²⁷

²⁴ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 85.

²⁵ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 85.

²⁶ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 93.

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direitos reais. Vol. IV. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 67.

À título exemplificativo, das grandes transformações do direito de propriedade destaca-se a preponderância da função social que desempenha aliada ao giro epistemológico que sofrera para ser analisada em torno das utilidades que proporciona.

Nesse sentido, Torres observa que se evidenciam três momentos na caracterização e definição do direito de propriedade, quais sejam, a propriedade feudal, a propriedade liberal pós-revolução francesa e a propriedade funcionalizada.²⁸

Stefano Rodotà leciona que os anos que se seguiram à Segunda Guerra Mundial estabilizaram o conceito da “propriedade funcionalizada”, em consonância com o compromisso socialdemocrata que se firmou após 1930.²⁹

Em que pese a definição proposta pelos Códigos modernos da propriedade como mecanismo de promoção das liberdades individuais, atualmente o regramento desse direito vocaciona primordialmente a assegurar o acesso aos bens necessários à garantia da dignidade humana.³⁰

Além disso, se observa o movimento de criação de institutos de direitos reais na última década no ordenamento jurídico brasileiro, fundados nas necessidades de exploração da propriedade de acordo com o contexto social atual.

À propósito, o Código Civil vigente passou por profundas alterações no seu “Livro III – direito das coisas” para prever novas formas de aquisição da propriedade pela usucapião; regulamentar a multipropriedade como forma de compartilhamento do domínio e o fundo de investimento; prever novas formas de regularização da propriedade imobiliária, como o condomínio de lotes, condomínio urbano simples e o direito de laje.

No direito de família, as transformações também são constantes e céleres. Rolf Madaleno assevera que do Código Civil de 1916 até a Constituição da República de 1988, a família era matrimonializada, exclusiva do casamento válido e eficaz, sendo marginalizado qualquer outro tipo de arranjo familiar. Após a promulgação da atual Constituição, abriu-se o leque das entidades familiares. Arremata o autor aduzindo que

A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de produção e de reprodução cedeu lugar para uma

²⁸ TORRES, Marcos Alcino. **Transformações do direito de propriedade privada**. Organizado por Maurício Mota. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 83.

²⁹ RODOTÀ, Stefano. **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata e i beni comuni. 3. ed. Bologna: Il Mulino, 2013. p. 11.

³⁰ MAIA, Roberta Mauro Medina. Os direitos reais no Código Civil de 2002. In: BORGES, Marcus Vinícius Motter Borges (coord). **Curso de direito imobiliário brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 121.

família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental.³¹

As novas formas de composição e de extinção das entidades familiares são reflexo das mudanças sociais advindas das últimas décadas. Nítido é o papel que o afeto passou a ocupar nas relações jurídicas das famílias. Com efeito, Zygmunt Bauman, ao definir o contexto social atual como modernidade líquida, caracteriza os laços afetivos da contemporaneidade como frágeis e fugazes.³²

O intenso processo de individualização; a busca incessante pela flexibilidade e liberdade; a permanente construção de uma identidade individual; a fluidez do tempo e a cultura do curto prazo, apontados por Bauman³³, são fatores responsáveis pela transformação das relações familiares e, conseqüentemente, do direito de família.

Nessa linha, verificam-se importantes criações doutrinárias a respeito das novas entidades familiares, como o reconhecimento constitucional da união estável; a discussão acerca da possibilidade de constituição de famílias poligâmicas e simultâneas; a possibilidade do reconhecimento do divórcio unilateral diretamente nas serventias extrajudiciais; a modificação substancial do instituto da curatela realizada legislativamente no Código Civil.

Em contrapartida, o Livro das Sucessões, no Código Civil de 2002, não demonstra a mesma abertura constitucional para a proteção de novas entidades e arranjos familiares. Com efeito, a sucessão legítima ainda é estruturalmente enviesada no modelo nuclear heteronormativo de família, constituído pelo casamento. Em outras palavras, a disciplina legislativa em vigor da sucessão legítima é insuficiente para atender os arranjos familiares contemporâneos.

Evidencia-se essa premissa com a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002 pelo Supremo Tribunal Federal em sede de julgamento dos Recursos Extraordinários n. 646.721 e n. 878.694, tema 809 em repercussão geral, finalizado em 2017.³⁴

³¹ MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 72.

³² BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 8

³³ BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p. 65.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 878.694/MG**. Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. Recorrido: Rubens Coimbra Pereira e outro (a/s). Relator Min. Luís Roberto Barroso, 25 de outubro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>. Acesso em: 14 jun. 2022.

Após intensos debates doutrinários e jurisprudenciais, a Suprema Corte definiu a equiparação dos efeitos sucessórios da sucessão do companheiro à do cônjuge, realizando uma interpretação civil-constitucional, com fulcro na proteção constitucional da união estável como entidade familiar. Isso porque, em que pese o texto constitucional ter avançado e expor um sistema aberto e inclusivo de família, a legislação civil codificada não regulamentou nessa toada a matéria.³⁵

Da mesma forma, as normas de sucessão testamentária, especificamente quanto ao testamento como instrumento de manifestação de vontade, não atendem os anseios das relações jurídicas e sociais contemporânea. Nota-se que a sucessão hereditária é entremeada de interesses individuais que se alteram de acordo com o contexto social. É exatamente nesse sentido que se encontra o movimento de planejamento sucessório. Na contemporaneidade, as pessoas refletem e demonstram maior interesse em planejar o destino de seus bens para depois da morte.

Ao passo que o direito de família e a o direito de propriedade sofreram profundas alterações legislativas e doutrinárias, calcadas nas transformações sociais, o direito das sucessões permaneceu estático no ordenamento brasileiro. Pouco se avançou legislativamente sobre o assunto, notadamente no que se refere ao testamento e aos seus aspectos formais.

Vale ressaltar que, classicamente, os herdeiros legítimos e dispostos na vocação hereditária da sucessão legítima são pessoas que fazem parte da família do falecido, considerando a família no seu conceito fechado, formada a partir do casamento.³⁶

Entretanto, diante da referida complexidade das relações interpessoais atuais, destaca-se a utilidade e necessidade do testamento. Isso porque é a partir desse instrumento jurídico que o titular do patrimônio sucessível poderá determinar a sorte dos bens que possui, para quando já não estiver vivo. Por meio do testamento, o disponente beneficiará as pessoas que considera merecedoras do que lhe pertencia, sejam elas ou não integrantes do núcleo que o legislador do Livro das Sucessões do Código Civil de 2002 considera como família. De igual

³⁵ Foi aprovado o seguinte verbete no tema 809: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.

³⁶ Nesse sentido, confira-se o teor do art. 1.824 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.”

forma, é pelo testamento que o titular do patrimônio pode beneficiar e fazer cumprir a função social da propriedade.

Na mesma linha, ainda que existam relevantes pesquisas acerca das novas formas de planejamento sucessório, os estudos em torno desses novos mecanismos estão muito mais relacionados às já existentes modalidades de transmissão da propriedade pelos contratos e outros instrumentos de planejamento tributário já consolidados, mas não com o aprimoramento do instrumento de disposição de bens em vida para produção de efeitos depois da morte, qual seja, o testamento.

Além disso, conforme se analisará no item que se segue, o legislador de 2002 não se pautou pelos anseios do contexto social e jurídico do momento de vigência da lei civil para regulamentar o testamento.

1.3 O direito das sucessões na passagem do Código Civil de 1916 para o de 2002

Impende compreender as vigas que sustentam o testamento no ordenamento jurídico vigente. Para tanto, necessária a contextualização do direito sucessório posto no Código Civil. Nas palavras de Cortiano Júnior, o Direito Civil apresenta quatro diferentes marcos históricos: o *jus civile* romano, o direito comum da Idade Média, o liberalismo burguês e, por último, o Direito Civil-Constitucional.³⁷

Adstrito ao que importa à essa Tese, especialmente na passagem do Código Civil de 1916 para o atual, de 2002, analisa-se a transição do liberalismo burguês para o Direito Civil-Constitucional. Entretanto, não se olvida que a propriedade privada e o testamento são elementos do Direito Privado com origem especialmente à época do *jus civile* romano.

Ocorre que a fase liberal da burguesia transformou a própria forma de se pensar e interpretar o Direito, de modo que a base de sustentação do direito privado contemporâneo estrutura-se pelos fundamentos teóricos postos na época.

A ascensão da burguesia, no contexto de desenvolvimento do capitalismo, foi assegurada pela consagração da igualdade formal, liberdade individual, direito de propriedade e não intervenção estatal nas questões de ordem privada.³⁸

³⁷ CORTIANO JÚNIOR, Erouths. As quatro fundações do Direito Civil: ensaio preliminar. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 45, p. 99-102, 2006. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8750>. Acesso em: 14 jan. 2023.

³⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 11.

De acordo com o pensamento liberal jurídico, pós-revoluções do final do século XVIII, com origens no Iluminismo, buscando solucionar o problema dos privilégios do Absolutismo e a insegurança do direito medieval, o Estado Liberal se colocou como única fonte normativa, com a autoridade baseada na vontade popular.³⁹ Para os juristas da época, a norma jurídica segura era a que tivesse clareza e precisão nas suas hipóteses de incidência, devendo ser abstrata e universal. O juiz apenas realizava a análise de subsunção do fato à hipótese prevista na lei e, em havendo a incidência, aplicava a consequência prevista.⁴⁰

A divisão bem delimitada entre o Direito Público e o Direito Privado, o que Bobbio considera a maior dicotomia da ciência jurídica,⁴¹ foi responsável pela articulação de dois sistemas separados sobre a liberdade humana. De um lado os direitos fundamentais representavam o vetor de proteção do indivíduo em relação ao Estado e, de outro lado, a autonomia privada era o epicentro das relações particulares.⁴²

O Direito Público gravitava em torno da Constituição, enquanto o Direito Privado tinha o Código como seu centro. Codificar o Direito Civil representava simplificá-lo e sistematizá-lo, o que beneficiava a proteção da propriedade, a autonomia privada e a segurança no tráfico jurídico.⁴³

Segundo Fachin, a denominada “teoria clássica” do Direito Privado se firmou em três premissas fundantes, quais sejam, o contrato, os modos de apropriação e a família.⁴⁴ Assim se moldou a teoria tradicional, consolidada em um sistema normativo fechado, que, segundo Bobbio, é “[...] *aquele em que o direito foi consubstanciado em um corpo sistemático de regras que almejam a completude ao menos potencial*”.⁴⁵

Nesse sentido, o Código seria exclusivo e autossuficiente, preciso e completo.⁴⁶ Dispensável era a atividade interpretativa do aplicador do direito, pois exercida pelo próprio

³⁹ RAMOS, Camem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 4.

⁴⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 94, p. 6, jan. 1999. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67429>. Acesso em: 14 jun. 2022.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. Revisão técnica de Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007. p. 143.

⁴² SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 13.

⁴³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 68.

⁴⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 13.

⁴⁵ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. Revisão técnica de Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007. p. 38.

⁴⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 59.

Código, de forma que nem a Constituição teria que ser utilizada para solucionar litígios particulares, de interesse privado.

Referido culto ao texto de lei foi reflexo dos ideais da Escola da Exegese, de origem francesa, que difundia a crença de que ao jurista cabia apenas respeitar a lei, buscando a vontade do legislador. Nessa lógica, os Códigos deveriam esgotar, de forma sistemática, todas as relações privadas que fossem possíveis juridicamente, devendo regulamentar cada relação subjetiva específica, em prol da segurança jurídica.

Esse foi o modelo em que se projetou o Código Civil de 1916.⁴⁷ Referida codificação colocou o indivíduo no centro, isoladamente, em um sistema pautado em categorias e abstrações, de acordo com os valores conservadores do individualismo, patrimonialismo e voluntarismo. Apenas se priorizava o “[...] *poder contratar, fazer circular riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais.*”⁴⁸

O legislador civilista seguiu o paradigma liberal oitocentista, procurando reduzir as hipóteses de intervenção judicial e estatal nas relações particulares, com a supressão de princípios jurídicos como a boa-fé objetiva e a equidade.⁴⁹ A crítica reside no fato de que esse Código inspirava ideias privatistas do Século XIX, mas foi aprovado já no Século XX, quando o sistema fechado já se mostrava insustentável. O modelo se revelava anacrônico para as demandas da época, especialmente em sociedades marcadas pela desigualdade, como a brasileira.

No início dos anos 1900 já se reconhecia que a hermenêutica jurídica mecânica, baseada apenas em subsunções do fato ao texto de lei, na verdade encobria escolhas valorativas.⁵⁰ Sarmento afirma que, nesse momento, o individualismo e o absentéismo estatal já passaram a ser criticados por correntes filosóficas, marcando a transição do Estado Liberal para o Estado Social.⁵¹

⁴⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 16.

⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 2.

⁴⁹ LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 91.

⁵⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Perspectivas a partir do Direito Civil-Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 39.

⁵¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 16-17.

Iniciada, portanto, a fase do dirigismo estatal, percebe-se a mudança no perfil dos institutos fundamentais do Direito Civil, passando da “socialização” para a “publicização”, com a atribuição da dimensão funcional aos mesmos, o que se deu primeiro com a propriedade.⁵²

Dessa forma, mostrando-se insuficiente o recém aprovado Código Civil de 1916, foram editadas leis “extracodificadas”, excepcionais às normas codificadas. A visão até então de autossuficiência e sistematização do Código foi enfraquecida.

De outro modo, a Constituição brasileira de 1934 demonstrava maior preocupação com o aspecto social. Entretanto, a maioria das normas constitucionais ainda eram consideradas meros programas políticos, dependendo de atuação do legislador para possuírem eficácia normativa.⁵³

Apenas com a Constituição da República de 1988 iniciou-se, efetivamente, a compreensão da força normativa do texto constitucional, em consonância com o neoconstitucionalismo. A Constituição de 1988 é norteadada pela justiça social, solidariedade e pluralismo democrático, sob o prisma da dignidade da pessoa humana.⁵⁴

De acordo com esse pensamento, a dignidade humana é compreendida como “supernorma”, em torno da qual gravita todo o ordenamento jurídico.⁵⁵ Essa premissa provocou a grande mudança axiológica dos preceitos e institutos jurídicos.

Nessa esteira, a Constituição de 1988, no Brasil, mudou o rumo do direito civil, na medida em que promoveu a substituição do patrimonialismo oitocentista pela dignidade da pessoa concretamente considerada.⁵⁶ Segundo Fachin, a constitucionalização do Direito Privado possui três sentidos: formal, substancial e prospectivo. Pela dimensão formal, verifica-se a inserção de diversos institutos tradicionais privados no corpo do texto constitucional, como a referência ao direito fundamental da propriedade (art. 5º, *caput* e inciso XXII) e ao direito fundamental à herança (art. 5º, XXX).

⁵² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Liberdade(s) e função**: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro. 2009. f. 181. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, Curitiba, 2009.

⁵³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 49.

⁵⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 44-46.

⁵⁵ RODOTÀ, Stefano. **L’antropologia Dell’ homo dignus**. Civilistica.com: revista eletrônica de direito civil, Rio de Janeiro, ano 2, n. 1, p. 1-13, jan./mar. 2013. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/81>. Acesso em: 2 jan. 2023.

⁵⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 59.

Todavia, conforme mencionado alhures, o Código Civil de 1916, por ser moldado no modelo liberal oitocentista, profundamente influenciado por valores dominantes da Europa do começo dos anos 1800 e pela abstração das categorias jurídicas da Alemanha do século XIX, não se mostrava adequado para realizar os projetos da nova Constituição. Foi então, em 2002, após mais de uma década de vigência da atual Constituição, que surgiu a nova legislação civil, pretensa a atender no plano legislativo as expectativas do movimento de constitucionalização do Direito.

De toda a narrativa exposta, extrai-se que a teoria tradicional do Direito Civil não tinha como desempenhar satisfatoriamente o papel metodológico de um ordenamento pautado primordialmente na Constituição e seus valores, motivo pelo qual foi substituída, então, pela metodologia de constitucionalização do Direito.

Segundo Pietro Perlingieri, identificam-se como pressupostos teóricos fundamentais do Direito Civil-Constitucional a força normativa da Constituição, a unidade e complexidade do ordenamento jurídico e a renovada teoria de interpretação constitucional, com fins aplicativos.⁵⁷ Adota-se a perspectiva funcionalista, em busca das reais funções do Direito.⁵⁸

Logo, os institutos do direito privado passam a ser redefinidos, para se harmonizarem com os vetores axiológicos constitucionais. A desapatrimonialização do Direito Privado impõe a proteção de institutos privados clássicos, como a propriedade, não mais como bens em si mesmos, mas bens dirigidos à promoção de valores constitucionais, especialmente àqueles destinados à dignidade da pessoa humana.⁵⁹

A metodologia civil-constitucional, rompendo com o modelo de interpretação formalística de subsunção do fato à norma, dispensa o intérprete do aprisionamento da literalidade da lei, podendo exercer a criatividade para promover os valores constitucionais, reconhecendo a historicidade e relatividade dos institutos jurídicos.⁶⁰

Vale ressaltar a reflexão de Luiz Edson Fachin de que a teoria tradicional, pretendendo a cientificidade, neutralidade e universalidade, distanciou o direito da realidade social. Criaram-se categorias jurídicas rígidas compatíveis com certo momento histórico, mas

⁵⁷ PERLINGIERI, Pietro. **O direito Civil na Legalidade Constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 1.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. Revisão técnica de Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007. p. 53.

⁵⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 1-22, 1991.

⁶⁰ SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. **Revista Brasileira de Direito Civil: RBDCivil**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 14, out./dez. 2016. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/42/36>. Acesso em: 14 jun. 2022.

colocadas como permanentes, de maneira que, naturalmente, os fatos passariam a contradizer os conceitos, a partir da mudança do contexto.⁶¹

Contudo, advirta-se que não se buscou o abandono de categorias que são fundamentais no direito, mas apenas a sua ressignificação e releitura, para que possam se acomodar adequadamente na sociedade contemporânea.⁶²

A doutrina contemporânea não poupa críticas ao Código Civil de 2002, especialmente porque o projeto que lhe deu vida foi desenvolvido na década de 1970.⁶³ Com efeito, considerando que o Brasil vivenciava o governo ditatorial militar nesse momento, certamente o autoritarismo inspirou o anteprojeto, bem como dificilmente foi intimamente influenciado pelos valores da dignidade da pessoa humana e solidarismo social da Constituição de 1988.

Tepedino afirma que o Código de 2002 já nasceu obsoleto, pois em descompasso entre a lei e a realidade social do seu tempo.⁶⁴ Antonio Junqueira de Azevedo, ao mencionar a velhice cronológica do *códex*, aduz que se trata de um “*exemplo do paradigma ultrapassado*.”⁶⁵

A própria diretriz dada à comissão de elaboração do projeto de Código Civil foi para conservar, ao máximo possível, a codificação anterior, “[...] *em razão dos seus méritos intrínsecos e do amplo acervo de doutrina e jurisprudência*.”⁶⁶ Ocorre que a Constituição vigente exigia o verdadeiro rompimento com os valores do Código de 1916 para que sua axiologia fosse concretizada legislativamente.

Fachin ressalta que o novo Código não era um extraordinário instrumento de realização constitucional, mas sim uma resposta anterior e paralela à Constituição de 1988, com ideais moldados sob outra ordem.⁶⁷ Nesse sentido, o atual Código ainda se encontra ligado ao liberalismo, individualismo e patrimonialismo. Também se demonstra a abstração de um sujeito codificado, tal como na legislação de 1916. O Código Civil de 2002 não

⁶¹ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 67.

⁶² LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 20.

⁶³ ALVES, José Carlos Moreira. Parâmetro do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 88, p. 232-234, 1993.

⁶⁴ TEPEDINO, Gustavo. O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. **RTDC**, [s. l.], v. 7, 2001. Disponível em: www.ibdcivil.org.br/volume/RTDC.Editorial.v.007.pdf. Acesso em: 14 jun. 2022.

⁶⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 94, p. 10, jan. 1999. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67429>. Acesso em: 14 jun. 2022.

⁶⁶ REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). **Coleção Doutrinas Essenciais: Direito Civil, parte geral**, v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1171.

⁶⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 75-77.

exprime o momento de transformação tecnológica, política e social contemporâneos, que já se faziam presentes no momento da sua aprovação.

Especialmente no seu Livro V, do Direito das Sucessões, o anacronismo da codificação vigente se sobressai. Nessa linha, Salomão Cateb aduz que “*Talvez o responsável pelo Livro V da Parte Especial do Projeto de Código Civil não tivesse experiência suficiente, na arte do Direito, para buscar os idênticos princípios importados de outros países de além-mar, diferentes culturas, costumes e procedimentos sociais.*”⁶⁸

Pouco se inovou em matéria sucessória do Código Civil de 1916 para o de 2002. Em breve análise já se denota que a codificação vigente é praticamente uma cópia da anterior. Corroborando esse fato, exemplificativamente, os artigos 1789, 1811, 1810, 1840, 1863, 1822, 1852, 1968, 1969, 1949, 1959 do Código Civil de 2002 são repetições dos artigos 1576, 1588, 1589, 1613, 1630, 1594, 1621, 1728, 1746, 1731 e 1739 do Código anterior.

Alguns outros dispositivos da atual normativa apenas tiveram o aspecto redacional alterado ou foram realizadas adequações gramaticais em relação ao Código Civil de 1916, mas sem modificações ou inclusão de conteúdo.⁶⁹ Ainda nas poucas passagens em que é possível verificar alguma inovação, percebe-se que não foi a metodologia civil-constitucional que inspirou e esteou os pilares do Código Civil de 2002.

O nítido exemplo que demonstra essas conclusões é o art. 1.790, ao inovar e regulamentar a sucessão do companheiro. A Constituição da República de 1988, no art. 226, §3º, reconheceu expressamente a união estável como entidade familiar, de forma que, na perspectiva da metodologia civil-constitucional, era primordial que o legislador disciplinasse a sucessão *causa mortis* do companheiro de forma a se adequar ao preceito normativo constitucional.

Entretanto, a disciplina dada pelo art. 1.790 é fruto da antiga perspectiva preconceituosa atribuída à união estável, desconsiderando o preceito constitucional e seu reconhecimento como entidade familiar, tal como o casamento. De acordo com o dispositivo, o companheiro é chamado a suceder em relação à bens que ele já possui meação; atribuiu-se ao companheiro a condição de herdeiro universal apenas quando não houver nenhum outro

⁶⁸ CATEB, Salomão de Araújo. Dos regimes de bens e o direito sucessório. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, Nova Lima, n. 27, p. 257, 2013. Disponível em: <https://docplayer.com.br/23075720-Dos-regimes-de-bens-e-o-direito-sucessorio-sumario.html>. Acesso em: 14 jun. 2022.

⁶⁹ Ilustrativamente, mencione-se o art. 1788 do Código vigente que, ao determinar a aplicação da sucessão legítima para os casos em que o falecido não deixa testamento, para os bens não compreendidos na disposição de última vontade e para os casos de invalidade do testamento, representa apenas uma junção dos anteriores artigos 1574 e 1575 do Código de 1916.

parente sucessível; e de forma clarividente deu-lhe tratamento totalmente desprestigiado em relação ao cônjuge. À propósito, comprovando os graves problemas do art. 1.790, o Supremo Tribunal Federal reconheceu sua inconstitucionalidade, em sede de julgamento dos Recursos Extraordinários 646.721 e 878.694, citados alhures.

Ademais, ainda em relação à sucessão do companheiro, o atual Código também não o elencou como herdeiro necessário, como fez com o cônjuge, *ex vi do art. 1.845*, demonstrando descompasso com a nova axiologia da Constituição Federal.

Também se constata o descuido legislativo, entre outros exemplos, nos artigos 1.961 e seguintes que, ao determinar taxativamente as hipóteses de deserdação, apenas tratou dos ascendentes e descendentes, esquecendo-se que o cônjuge também tinha angariado posição de herdeiro necessário na nova codificação.

Percebe-se que o legislador não se ateu o olhar para o futuro, mas apenas buscou solucionar problemas sociais antigos e, ainda assim, de forma insuficiente e inadequada. Giselda Hironaka aponta que *“A despeito da consistência e atualização trazida pelo novo Código Civil, o objeto de seus livros finais – as famílias e as sucessões – é tão dinâmico que, de longe, foi o menos alcançado pelos dispositivos do Código.”*⁷⁰

Com efeito, considerando o modelo de metodologia já predominante à época e o texto constitucional vigente, o legislador deveria ter adotado técnicas que permitisse a aplicação da codificação às constantes e inevitáveis alterações nas relações sociais familiares e sucessórias. A nova codificação apenas repetiu a estrutura e o sentido do revogado Código Civil.

A codificação em vigência, na verdade, reflete institutos que se referem às peculiaridades da sociedade brasileira predominantemente agrária do fim do século XIX e começo do século XX. Em outras palavras, é dizer que o Código Civil de 2002 não coaduna com a complexidade social da sociedade contemporânea.⁷¹

A doutrina aponta que a regulamentação do direito sucessório, no geral, tende a se manter por período duradouro. Nesse sentido, Beckert, ao estudar esse ramo do direito na França, Alemanha e Estados Unidos, afirma que, mesmo quando existem alternativas mais

⁷⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder**: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 25.

⁷¹ TEIXEIRA, Daniela Chaves; RAMOS, André Luiz Arnt. **Planejamento sucessório e gênero**: algumas reflexões. Arquitetura do planejamento sucessório. Coordenado por Daniela Chaves Teixeira. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 29.

adequadas e eficientes, as normas da sucessão hereditária se mostram estáveis por longo prazo.⁷²

Essa mesma constatação é observada no direito brasileiro. Nota-se, da disciplina do revogado Código e da atual normativa, uma inércia legislativa em matéria de sucessões, sem nenhuma reestruturação da disciplina normativa há mais de cem anos.

Atendo-se ao objeto que aqui nos propomos, é essencial compreender que, no mesmo sentido das críticas que tem sofrido o direito das sucessões no seu aspecto material, por estar em descompasso com o pensamento jurídico contemporâneo e com a axiologia constitucional vigente⁷³, se encontra o aspecto formal do testamento, quanto às formas e formalidades de elaboração e efetivação da vontade do testador, que não atendem aos anseios do indivíduo que busca atualmente um adequado planejamento sucessório.

Com efeito, do Código Civil de 1916 para o de 2002 pouquíssimas alterações foram feitas quanto às formas e formalidades do testamento. *Ab initio*, verifica-se a diminuição de cinco para duas testemunhas no testamento público e no cerrado (art. 1632, I, c/c art. 1638, IV, ambos do CC/16 X art. 1864, II, c/c art. 1868, II, ambos do CC/02); diminuição de cinco para três testemunhas no testamento particular (art. 1645, II, CC/16 X art. 1876, §1º, CC/02); inclusão do testamento de urgência nos termos das exigências do art. 1879, CC/02; e inclusão da espécie de testamento aeronáutico, no gênero de testamentos especiais (art. 1886, II, c/c art. 1889, CC, ambos do CC/02).

Além disso, quanto ao testamento público, o legislador permitiu expressamente que o mesmo seja escrito pelo substituto do tabelião, além do próprio tabelião, no intuito de facilitar a elaboração.⁷⁴ Outras pequenas mudanças se referem apenas ao aspecto redacional ou de disposição na nova codificação em comparação com a revogada.

A omissão e o descompasso da legislação em matéria de testamento também se evidenciam na disciplina geral dos testamentos público e cerrado com a participação do

⁷² BECKERT, Jens. The Longue Durée of Inheritance Law. Discourses and Institutional Development in France, Germany, and the United States since 1800. **European Journal of Sociology**, Cambridge, v. 48, p. 110, 2007. Disponível em: http://pubman.mpdl.mpg.de/pubman/item/escidoc:1233313:3/component/escidoc:1609275/EJS_4_8_2007_Beckert.pdf. Acesso em: 30 jun. 2022.

⁷³ Cite-se, exemplificativamente, a tese de Ana Luiza Maia Nevares intitulada de “[...] a função promocional do testamento”, desenvolvendo a necessidade de releitura do instrumento jurídico sob o aspecto da função social e pela metodologia do neoconstitucionalismo. Mencione-se também a tese de Raphael Rego Borges Ribeiro, “O Direito das Sucessões e a Constituição Federal de 1988: Reflexão crítica sobre os elementos do fenômeno sucessório à luz da metodologia civil-constitucional”.

⁷⁴ VELOSO, Zeno. Testamentos: noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito das sucessões e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 137.

tabelião de notas. A Constituição da República de 1988 alterou significativamente o regime das atividades notariais e de registro, por meio do art. 236.⁷⁵ Passou-se a adotar o regime privado para as atividades extrajudiciais, com delegação do Estado à pessoa física, profissional do direito, aprovado em concurso público.

Conforme se analisará na segunda parte desta tese, essa alteração no regime da atividade notarial impacta substancialmente o testamento, notadamente o público e o cerrado. A disciplina do art. 236 da CR/88, depois regulamentado pela Lei n. 8.935/1994, submete o notário brasileiro ao regime jurídico do notariado latino. Ambos os diplomas normativos revelam o tabelionato como instrumento de atribuição de segurança aos atos jurídicos, bem como de democratização do acesso à justiça, na medida em que se revela como uma via simplificada e célere de concretização de direitos fundamentais, como o direito à herança e o direito de testar.

Em síntese, o legislador do Código Civil de 2002 perdeu a oportunidade de disciplinar a matéria dos testamentos de forma a simplificar suas formalidades e cumprimento explorando o novo regime constitucional dos notários, que são agentes do Estado aptos a atribuir autenticidade e segurança jurídica aos atos jurídicos.

Em sentido oposto, evidencia-se que as poucas mudanças realizadas com a vigência do Código Civil de 2002 não foram suficientes para que o testamento se tornasse um efetivo instrumento de planejamento sucessório. Ainda que tenha havido uma pequena atenuação de formalidades, ao diminuir o número de testemunhas, pouca influência prática isso surtiu.

Nessa linha, passa-se ao próximo capítulo, com o objetivo de analisar o testamento, por meio de um breve esboço histórico, definições, características, formas e formalidades impostas no ordenamento jurídico vigente e que se demonstram como fatores de desestímulo à sua utilização prática.

⁷⁵ O dispositivo constitucional determina: “Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.”

2 O TESTAMENTO COMO INSTRUMENTO JURÍDICO NO ORDENAMENTO VIGENTE

Com origens no direito romano e no antigo direito germânico, aliado às influências do direito canônico⁷⁶, o direito das sucessões a partir do Código Civil de 1916 demonstra a subsidiariedade da sucessão legítima sobre a testamentária⁷⁷. Isso porque o legislador determina no art. 1.788 do Código Civil de 2002, com correspondência no art. 1.574 do Código Civil de 1916, que, se o falecido não deixa testamento, seguem-se as regras da sucessão legítima, dispostas legalmente.

O prestígio à vontade do testador no sistema sucessório codificado também é evidente quando se percebe que o Título III do Livro de Direito das Sucessões do Código Civil de 2002, ao tratar da sucessão testamentária, possui mais e 130 artigos, enquanto o Título II contém apenas 28 artigos destinados à sucessão legítima.

2.1 Aspectos históricos jurídicos relevantes

Notória é a importância histórica do testamento, seja porque se trata de instituto há muito difundido, consubstanciando um verdadeiro instrumento jurídico milenar, seja porque no direito positivo vigente é delineado a partir dos traços que possuía na origem, que remonta notadamente o direito romano.⁷⁸

Imprescindível à compreensão do problema apresentado se faz o estudo das razões de criação e evolução histórica do testamento no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, parte-se da pesquisa em obras clássicas aptas a apresentar o contexto fático quando da criação do testamento.

⁷⁶ A influência do direito canônico nas sucessões ocorre no direito de representação dos herdeiros vivos em relação ao herdeiro pré-morto. Por se tratar de assunto atinente à sucessão legítima, o assunto não será aqui analisado por não ser objeto atinente à esta tese, que se circunda à análise das formalidades do testamento e, consequentemente, da sucessão testamentária.

⁷⁷ Cotejando o texto normativo do art. 1.573 do Código Civil de 1916 com o art. 1.786 do Código Civil de 2002, houve inversão da disposição da sucessão decorrente de lei com a disposição de última vontade. No antigo Código, previa-se que “a sucessão dar-se por disposição de última vontade, ou em virtude de lei”, enquanto o Código vigente prevê que “a sucessão dar-se por lei ou por disposição de última vontade.” Guilherme Calmon Nogueira da Gama adverte que a inversão foi feita com o objetivo de evidenciar a maior importância da sucessão legítima. Todavia, o art. 1.788 do Código de 2002 não deixa espaço para dúvidas quanto à preferência pela sucessão testamentária e, consequentemente, a subsidiariedade da sucessão legítima. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: sucessões**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 28.

⁷⁸ De antemão, consigne-se o reconhecimento da importância histórica do testamento. Não se pretende por esta Tese desconsiderar as regras que se sustentam a partir dos estudos clássicos do instituto. Pelo contrário, é a partir deles que se arrima essa pesquisa.

Historicamente, muito se discutiu acerca da vedação do pacto sucessório, da aceitação da partilha dos bens do ascendente ao descendente em vida e da doação *causa mortis*, como instrumentos de disposição de bens. Por razões diversas em um ou outro ordenamento jurídico podia-se admitir ou inadmitir tais institutos. Contudo, incontroverso tem-se que é o testamento o “ato por excelência da sucessão voluntária *causa mortis*” desde o seu surgimento.⁷⁹

Orosimbro Nonato adverte que o testamento era desconhecido no direito primitivo, quando inexistente a propriedade individual. Ora, se o pressuposto do testamento é o patrimônio do indivíduo a ser transmissível por ato de última vontade, impossível sua existência onde não há propriedade de um só. Nesse momento, outros institutos, como a *adoptio*, se responsabilizaram por transmitir o patrimônio da família ao filho mais velho.⁸⁰

Todavia, ainda que existentes outros instrumentos aptos a realizarem a transmissão do patrimônio familiar, nenhum deles possuía o traço característico do testamento como se delineou a partir do direito romano clássico.⁸¹

Os romanos tinham horror pela morte sem testamento. Washington de Barros Monteiro afirma que para os romanos nada superava a vergonha de falecer *ab intestato*.⁸² De fato, o direito romano privilegiava a total liberdade de testar. Isso porque, para eles, o que importava no testamento era a instituição do herdeiro, que seria o sucessor da personalidade do defunto e garantiria sua existência póstuma.

Orosimbro Nonato explica que, para os romanos, “[...] *os bens se herdavam apenas por via de consequência e, pois, e em certo aspecto, sua transmissão apresentava-se como coisa desprincipal e secundária.*”⁸³ Condizente com essa premissa, no direito romano, o herdeiro instituído por testamento, necessária e forçosamente, recebia o patrimônio do falecido íntegro e o representaria nas relações patrimoniais e no culto doméstico.⁸⁴

Em decorrência disso, o testamento possuía significância altíssima, tanto que ultrapassava a única vontade do testador para se submeter ao voto supremo concional, como

⁷⁹ NONATO, Orozimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957. v. 1, p. 55.

⁸⁰ NONATO, Orozimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957. v. 1, p. 62.

⁸¹ LAMBERT apud NONATO, Orozimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957. v. 1, p. 63.

⁸² MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6, p. 1.

⁸³ NONATO, Orozimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957. v. 1, p. 73.

⁸⁴ NONATO, Orozimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, v. 1, p. 73.

pré-forma de testamento.⁸⁵ Frise-se que essa foi apenas a origem do testamento no direito romano, que depois passou por profundas alterações.

De outro lado, porém, o antigo direito germânico desconhecia a sucessão testamentária. Para os germânicos, os herdeiros eram feitos por Deus e, portanto, apenas os parentes pelo vínculo sanguíneo poderiam ser os verdadeiros e únicos herdeiros.⁸⁶

Da apontada dualidade evolui-se o instituto e a concepção moderna de testamento, que já não exige a essencial instituição de herdeiro, nem mesmo impede a disposição parcial de bens. À propósito, no direito brasileiro, o legislador determina que os parentes são os sucessores legítimos, se não houver testamento, ou se este não prevalecer por outra razão.

Antes das XII Tábuas no direito romano, havia duas espécies rudimentares de testamento, as primeiras das quais a doutrina considera. Uma delas era a *in calatis comitês*, que consistia no testamento feito em tempo de paz, realizado perante uma assembleia convocada. Outra espécie denominava-se *in procinctu* – no português, “*de pronto*” –, pelo qual se testava em tempo de guerra, perante o exército, momentos antes de ferir a batalha.⁸⁷

Com a Lei das XII Tábuas, caíram em desuso as duas espécies retromencionadas e permitiu-se que qualquer pessoa pudesse dispor de seus bens, por morte, sem a intervenção do povo. Tratava-se do testamento baseado na mancipação, pelo qual o testador vendia, ficticiamente, sua sucessão ao futuro herdeiro, perante um oficial público, na presença de cinco pessoas, que testemunhavam o ato.⁸⁸

Posteriormente, em Roma, também surgiram outras modalidades, que aperfeiçoaram as anteriores, até que, no baixo Império, juntando-se todas as formas de testamento em uma só, surge o testamento pretoriano. Exigia-se para a disposição *causa mortis* “*unidade de contexto e rogação das testemunhas*”, presença de sete testemunhas e assinatura de todas elas.⁸⁹

No Direito Pátrio, importa observar que antes do Código Civil de 1916, as Ordenações Filipinas previam quatro espécies comuns de testamento, além de outras

⁸⁵ NONATO, Orozimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957. v. 1, p. 74.

⁸⁶ MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6, p. 1.

⁸⁷ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 2, p. 385.

⁸⁸ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 2, p. 386.

⁸⁹ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 2, p. 388.

apontadas pela doutrina.⁹⁰ Havia o testamento aberto (público), elaborado nas notas do tabelião; o testamento cerrado, que devia conter o instrumento de aprovação; o particular, feito pelo testador ou por outra pessoa, que dependia de publicação judicial; e o testamento *per palavra* (nuncupativo), que exigia a presença de seis testemunhas.⁹¹

O Código Civil de 1916 manteve o testamento público, cerrado, particular, marítimo e militar, abolindo todos os outros. Quanto ao testamento nuncupativo, as leis civilistas pátrias mantiveram apenas para os militares, quando em combate e ferido, dependendo da presença de duas testemunhas. O Código de 2002 adicionou a forma de testamento aeronáutico ao gênero de testamentos especiais, conforme mencionado alhures.

O que importa ressaltar dessas considerações históricas consiste na constatação de que desde sua origem o testamento é um instrumento solene. Certamente essa solenidade se dá em razão de se tratar de negócio jurídico *causa mortis*, com a produção de efeitos apenas após o falecimento do seu autor, que não poderá refazer ou retificar sua vontade.

Silvio Venosa aponta que o “[...] *testamento é um dos atos mais solenes de nosso direito privado e para que tenha validade e seja eficaz, sua forma precisa obedecer às formalidades previstas para cada tipo de negócio jurídico, ganhando assim eficácia.*”⁹² Segundo Venosa, as formalidades asseguram a garantia extrínseca do ato.

Evidencia-se que sempre se buscou atribuir a máxima segurança jurídica possível à vontade externada no testamento, a partir da imposição de formalidades na sua elaboração, especialmente na exigência da presença de testemunhas.

2.2 Princípios, definições jurídicas e características

Etimologicamente, a palavra testamento deriva do termo *testari*, que significa, em geral, testemunhar e, em particular, fazer testamento. Essa derivação já se constatava na Lei das XII Tábuas.⁹³

Impende apresentar a definição dos romanos para o testamento. “*Testamentum est voluntatis nostroe iusta sententia, de eo, quod quis post mortem fieri velit*”,⁹⁴ definia o

⁹⁰ Eram formas de testamento que os civilistas acrescentavam às Ordenações Filipinas: testamento marítimo; testamento *ad pias causas*; testamento *inter-liberos*; testamento *rure factum*; testamento *tempore pestis* e o testamento conjuntivo ou de mão comum.

⁹¹ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 2, p. 392.

⁹² VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 223.

⁹³ NONATO, Orozimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957. v. 1, p. 60.

negócio jurídico. Por essa definição, vale apontar as características do testamento para os romanos.

Voluntatis nostroe determina que o testamento deve ser a expressão fiel da vontade livre do testador e que essa vontade domina o ato. *Iusta sententia* significa que deve ser elaborado conforme o Direito, com obediência às normas e formalidades jurídicas impostas. *Post mortem* se refere à produção dos seus efeitos depois da morte do testador. Por fim, *de eo quod fieri velit* denota o elemento vontade.⁹⁵

Nessa linha, cabe referência aos dois princípios do testamento. Pelo princípio da liberdade de testar é conferido ao autor do testamento o direito de dispor de seus bens em testamento como melhor lhe aprouver. Assim, determina o art. 1.857 do Código Civil que “*Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.*”⁹⁶ Da mesma forma, a pessoa é livre para não testar, caso entenda desnecessário, por aceitar as disposições da sucessão legítima.⁹⁷

A liberdade de testar e não testar é limitada pelas normas de ordem pública, especialmente pela legítima dos herdeiros necessários, bem como pelas solenidades impostas a cada espécie de testamento.

De outra senda, vale a reflexão que a seguir será mais bem aprofundada de que, mais que mera limitação à liberdade de testar, as solenidades testamentárias consubstanciam verdadeiros instrumentos de concretização dessa liberdade. Em outras palavras, a solenidade imposta ao testamento assegura o direito do testar, na medida em que é mecanismo de resguardo da real intenção do titular do patrimônio, no momento de efetivação da sua vontade.

O segundo princípio do testamento trata-se da prevalência da vontade do seu autor, também denominado *in favor testamenti*. Determina o art. 1.899, do Código Civil, que em caso de necessidade de interpretação judicial de cláusula testamentária, deve o magistrado

⁹⁴ NONATO, Orozimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957. v. 1, p. 71.

⁹⁵ NONATO, Orozimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957. v. 1, p. 72.

⁹⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

⁹⁷ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 638.

buscar a que seja mais consentânea à vontade do testador, pesquisando sua verdadeira intenção.⁹⁸

Nesse diapasão, Zeno Veloso leciona que o testamento representa a vontade, a voz e o desejo de uma pessoa e que, “[...] *paradoxalmente, o último suspiro do testador é o sopro vivificador que dá definitividade e eficácia à mensagem que o documento contém.*”⁹⁹

Na mesma linha em que mencionado quanto à liberdade de testar, as solenidades testamentárias dialogam com o princípio do *in favor testamenti*, porquanto são elas utilizadas para assegurar que a transmissão do patrimônio se dê na exata medida da vontade do testador.

Quanto ao conceito de testamento, a importante tarefa de definição do instrumento testamento cabe à doutrina. O legislador brasileiro do Código Civil de 1916, no art. 1.626, ignorando a função doutrinária e inspirado pelo Código Civil francês¹⁰⁰, conceituou o testamento como “[...] *ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte.*”¹⁰¹

Evidencia-se, a partir dessa definição, a equívoca limitação de conteúdo do ato de disposição *causa mortis* às questões patrimoniais, desconsiderando que o testamento pode apresentar disposição de questões não econômicas, tal qual o reconhecimento da filiação. Para José de Oliveira Ascensão, não é aceitável a redução da noção de testamento a ato de disposição de bens.¹⁰²

À propósito, como observa Clóvis Beviláqua, não são somente as disposições patrimoniais que formam o testamento, podendo ele deixar de se referir ao patrimônio do testador para tratar apenas de outras questões, como o reconhecimento de filhos.¹⁰³

Nesse sentido, Pontes de Miranda também lembra os testamentos feitos com o único objetivo de clausular a legítima, nos limites da lei.¹⁰⁴ Não se olvide, ainda, dos testamentos

⁹⁸ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 638.

⁹⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). **Comentários ao Código Civil**: parte especial, direito das sucessões, da sucessão testamentária, do inventário e da partilha. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21, p. 4.

¹⁰⁰ Segundo o Código Civil francês: “*Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens et qu'il peut révoquer.*”

¹⁰¹ BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 14 jan. 2022.

¹⁰² ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**: sucessões. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. p. 299.

¹⁰³ BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

¹⁰⁴ MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1968. Tomo LVI – Direito das sucessões: sucessão testamentária. Testamento em geral. Disposições testamentárias em geral. Herança e legados.

feitos para revogar outro anterior, para apenas deserdar um herdeiro legítimo ou nomear um tutor.¹⁰⁵

Acertadamente, o legislador do Código Civil de 2002 não avançou à missão doutrinária e se absteve de conceituar o testamento, apenas delineando-o genericamente, no art. 1.857, no sentido de que *“toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.”*

Para Orosimbo Nonato, *“É o testamento, em nossos dias, conceituado como ato solene de última vontade e em que se consignam disposições para serem cumpridas e executadas depois de o seu autor falecer da vida presente.”*¹⁰⁶

Para Pontes de Miranda, *“O testamento é o ato pelo qual a vontade de alguém se declara para o caso de morte, com eficácia de reconhecer, criar, transmitir ou extinguir direitos.”*¹⁰⁷ Segundo Washington de Barros Monteiro, o testamento é negócio jurídico unilateral e gratuito, de natureza solene, essencialmente revogável, pelo qual alguém dispõe dos bens para depois de sua morte ou determina a própria vontade sobre a situação de filhos e outros atos de última vontade, que não poderão, influir na legítima dos herdeiros necessários.¹⁰⁸

Zeno Veloso¹⁰⁹ define o testamento como *“[...] negócio jurídico pelo qual uma pessoa dispõe no todo ou em parte de seu patrimônio ou faz outras determinações de última vontade.”*¹¹⁰ Acrescenta Veloso que a natureza de negócio jurídico do testamento é unilateral, uma vez que a manifestação de vontade do testador ordena consequências jurídicas, especialmente de ordem patrimonial.¹¹¹

¹⁰⁵ NONATO, Orosimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957. v. 1, p. 87.

¹⁰⁶ NONATO, Orosimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957. v. 1, p. 81.

¹⁰⁷ MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1968, P. 59. Tomo LVI – Direito das sucessões: sucessão testamentária. Testamento em geral. Disposições testamentárias em geral. Herança e legados.

¹⁰⁸ MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil**: direito das sucessões. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6, p. 124.

¹⁰⁹ Destaque-se que para o desenvolvimento desta Tese adere-se ao conceito de Zeno Veloso para os testamentos.

¹¹⁰ VELOSO, Zeno. Testamentos: noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito das sucessões e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 122.

¹¹¹ VELOSO, Zeno. Testamentos: noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito das sucessões e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 122.

A par da incontestável possibilidade de inclusão de questões não patrimoniais no instrumento testamentário, até mesmo porque positivada no art. 1.857, §2º, CC/2022, vale mencionar a conclusão de Zeno Veloso no sentido de que

O testamento é negócio jurídico *principalmente* patrimonial; que, tipicamente, no sentido tradicional, técnico, específico, e no geral dos casos, é ato de última vontade em que o disponente dá um destino a seus bens, a seu patrimônio, concretizando a sua autonomia privada, e no exercício do direito fundamental de propriedade, garantido constitucionalmente¹¹².

Ademais, ao lado das relevantes definições doutrinárias do testamento, importa a este estudo evidenciar a essência do testamento como instrumento de negócio jurídico unilateral, que contém disposição de vontades para depois da morte do seu autor. Frise-se que o viés dessa pesquisa analisará aspectos relacionados às formalidades de elaboração do testamento enquanto instrumento solene de manifestação de vontade.

Registre-se que o testamento não é apenas o instrumento de disposições de última vontade, mas sim é o instrumento jurídico legítimo para as manifestações de vontade que produzirão efeitos apenas depois da morte do seu autor. Tibúrcio de Oliveira alerta que “[...] *se alguém quiser determinar, ele mesmo, qual o destino de seus bens para após sua morte, somente pode fazer isso se valendo de um testamento. Se o fizer por qualquer outro meio que não se caracterize como testamento, tal disposição nenhum efeito produzirá.*”¹¹³

Impende observar a revogabilidade do testamento como característica substancial de sua essência.¹¹⁴ Determina o art. 1.858 do Código Civil de 2002 que “O testamento é ato *personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo.*” Enquanto vivo o testador, poderá ele alterar a sua manifestação de vontade pela mesma forma com que foi feito, nos termos dos arts. 1.969 a 1.972 do Código Civil de 2002.

¹¹² VELOSO, Zeno. Testamentos: noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito das sucessões e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 122.

¹¹³ OLIVEIRA, Antonio José Tibúrcio de. **Direito das Sucessões**: estudo comparativo entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil vigente: Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2022. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 197.

¹¹⁴ Vale ressaltar que a disposição de reconhecimento de filiação no testamento tem a peculiaridade de ser irrevogável, conforme prevê o art. 1.610, CC/2002. Entretanto, coadunando com a natureza do testamento, prevalece o entendimento doutrinário no sentido de que não tem efeito imediato esse reconhecimento, mas apenas após a morte do testador. Nesse sentido, vale reproduzir a lição de Veloso, para quem “[...] a filiação jurídica, que se originou da perfilhação contida num testamento, só entra no plano da eficácia com a morte do declarante (o testador, o pai), mas retroage no tempo, para o dia em que começou a filiação biológica.” VELOSO, Zeno. Testamentos: noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito das sucessões e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 127.

Diante disso, vale mencionar a observação de Orosimbo Nonato no sentido de que nenhum proveito ou direito de qualquer ordem resulta do testamento a favor de quem ele foi elaborado, antes da morte do testador, restando apenas simples expectativa de direito.¹¹⁵

Zeno Veloso também classifica o testamento como negócio jurídico personalíssimo, uma vez que só pode emanar, exclusivamente, da vontade do testador, não se admitindo a manifestação por procuradores, representantes legais ou qualquer outra pessoa, que não o titular da herança.¹¹⁶

Todavia, isso não significa que o testador não possa receber assessoramento de terceiro na elaboração, desde que a vontade seja a sua, pessoalmente manifestada. Com efeito, admite-se a redação à rogo do testamento, nos casos em que o testador se ache impossibilidade de escrever por si o testamento. O art. 1.870 do CC/2022 prevê, inclusive, que “*Se o tabelião tiver escrito o testamento a rogo do testador, poderá, não obstante, aprová-lo.*”

Pontes de Miranda considera o testamento como a vontade de um morto, capaz de criar, transmitir ou extinguir direitos. Ademais, explica que em vida o testador manifestou a vontade, mas “[...] os efeitos, sim, com serem dependentes da morte, somente começam a partir dali.” Para justificar sua posição de que se trata da vontade de um morto, sustenta-se na eficácia do testamento, que somente se dá com o falecimento, podendo, inclusive ser modificado quando em vida o testador.¹¹⁷

Contudo, especialmente analisando o testamento na sua essência de instrumento jurídico solene de manifestação de vontade, parece-nos melhor colocada a posição de Zeno Veloso, para quem não se trata da vontade de um morto que se vai cumprir. “*Trata-se da vontade de um vivo, para depois da morte. A vontade foi do vivo; os efeitos ocorrem com o falecimento dele.*”¹¹⁸

No que se refere ao momento de produção dos efeitos da manifestação de vontade instrumentalizada pelo testamento, Fabrizio Panza ressalta sua função regulamentar e

¹¹⁵ NONATO, Orosimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957. v. 1, p. 89.

¹¹⁶ VELOSO, Zeno. Testamentos: noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito das sucessões e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 123.

¹¹⁷ MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1968, p. 60. Tomo LVI – Direito das sucessões: sucessão testamentária. Testamento em geral. Disposições testamentárias em geral. Herança e legados.

¹¹⁸ VELOSO, Zeno. Testamentos: noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito das sucessões e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 118.

programática dos interesses do testador, para depois da sua morte.¹¹⁹ De fato, a característica essencial do testamento é sua eficácia *post mortem* e é essa característica que ocasiona a necessidade de que a elaboração se dê com a maior segurança jurídica possível.

Impende diferenciar o testamento, negócio jurídico *causa mortis*, com os contratos, negócios *inter vivos*. Carlos Maximiliano explica que as principais diferenças são

a) o menor, que haja completado dezesseis anos, realiza este, e não aqueles; b) os primeiros são mais ou menos livres quanto aos requisitos externos; o segundo obedece a formas rigorosas e mais complicadas; c) o de última vontade pode referir-se a bens futuros; os outros, não; d) atos entre vivos exigem registro, para valerem contra terceiro; o *causa mortis*, não: o seu registro tem outra finalidade¹²⁰.

A doutrina clássica majoritária atribui à natureza jurídica do testamento como ato jurídico unilateral. Colin e Capitant, no Curso elementar de Direito Civil, defende que “O testamento é obra exclusiva do testador, esta vontade unilateral é suficiente para tornar os legatários credores ou proprietários no momento da morte do testador.”¹²¹

Nessa linha, Orosimbo Nonato aponta que

A só vontade, pessoalmente manifestada, do testador é poderosa à formação do testamento; posteriormente é que se dá a aceitação do beneficiário em face do ato já perfeito e completo.
Não tem o beneficiário de intervir para validade e perfeição do testamento¹²².

Gustavo A. Borda diferencia o testamento dos contratos, na medida em que apenas importa a real vontade do testador, que pratica ato revogável a qualquer tempo, enquanto nos contratos impera a obrigatoriedade da palavra empenhada.¹²³ Portanto, há preocupação principal em respeitar-se a autêntica vontade do falecido que testou, buscando-se evitar que seja deformada por provas apresentadas por estranhos e atendo-se à necessidade de interpretação restrita à própria cédula testamentária.

¹¹⁹ PANZA, Fabrizio. *L'autonomia testamentaria tra libertà e controllo*. Bari: Adriatica Editrice, 2005. p. 172.

¹²⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v. 1, p. 354.

¹²¹ NONATO apud FERREIRA, Luís Pinto. *Tratado das heranças e dos testamentos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 143.

¹²² NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957. v. 1, p. 102-103.

¹²³ BORDA, Gustavo A. *Tratado de Derecho Civil: sucesiones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1994. t. II, p. 153.

Nessa esteira, encontra-se a formalidade do testamento, como característica substancial. São impostas como requisito de validade do negócio jurídico unilateral, e por se tratarem do cerne desta Tese passa-se a aprofundá-las no item que se segue.

2.3 As formalidades testamentárias e a (in)validade do testamento

Como ato de manifestação de vontade que é, para validade do testamento, elementar é que se dê de maneira livre, sem coação e com capacidade para prática dos atos civis. Essa vontade qualificada é buscada pelo cumprimento das formalidades testamentárias impostas legalmente. Com efeito, as testemunhas participam do ato para atestar que aquela era a vontade livre do testador. Da mesma forma, no testamento público, o tabelião atesta a qualidade da manifestação de vontade como livre e produzida por agente capaz e devidamente identificado na sua presença.

Para iniciar o proposto nesse item, impende a boa compreensão dos conceitos de forma e formalidade, em que pese a íntima relação que possuem e a costumeira menção da doutrina de um termo só para se referir a ambas. A forma é o meio de exteriorização da vontade em um ato jurídico. Para Brandelli, é “*a conexão entre a vontade interna, real, e a vontade manifestada.*”¹²⁴

Toda vontade, para ser manifestada, exige uma forma, mas nem sempre uma formalidade. Esta última consiste em uma exigência legal específica imposta a determinada forma. Com respaldo na doutrina de J. Ignacio Cano Martinez, Brandelli define as formalidades como os caminhos necessários pelos quais devem passar a manifestação de vontade, por imperativo legal.¹²⁵

A forma do testamento é comunicação da vontade do testador, é uma “[...] *garantia da liberdade e segurança, evitando abuso e coação.*”¹²⁶ Pinto Ferreira afirma que o maior rigor na formalização da vontade do testador se dá para assegurar sua legitimidade, espontaneidade e que foi produzida livre de qualquer influência estranha e coativa.¹²⁷

Em complemento, o ordenamento jurídico, por vezes, impõe formalidades específicas como elemento de validade de determinados atos jurídicos. Trata-se dos atos jurídicos solenes, tal qual o testamento. Além de ser ato jurídico formal, exigindo meio específico para

¹²⁴ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 156.

¹²⁵ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 156.

¹²⁶ FERREIRA, Luís Pinto. **Tratado das heranças e dos testamentos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 159.

¹²⁷ FERREIRA, Luís Pinto. **Tratado das heranças e dos testamentos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 159.

a manifestação de vontade, quais sejam as taxativas espécies de testamento, o negócio *mortis causa* é também solene, na medida que são determinadas específicas formalidades para sua validade.

Explorando as formalidades do testamento, Carlos Maximiliano explica que “*Todo ato jurídico tem um elemento extrínseco, isto é, a sua expressão e exterior, o invólucro respectivo, o sinal sensível de sua existência. Chama-se forma o conjunto de requisitos externos do testamento.*”¹²⁸

À propósito, José da Silva Pacheco, ao explicar as formas testamentárias, aduz que cada uma delas possui formalidades prescritas em lei, de modo que forma e formalidade quase que se confundem. Em outras palavras, afirma que em cada uma das formas de testamento há requisitos especiais, “[...] *sem os quais não chega o ato a existir ou existe eivado de nulidade.*”¹²⁹

Gouveia Pinto considera que as formas testamentárias, se referindo às suas formalidades, são obrigatórias e substanciais ao ato de testar, não necessárias só para prova, mas sim para a sua essência, de maneira que “[...] *qualquer falta, induz, portanto, nulidade insanável.*”¹³⁰

Orlando de Souza explica que o rigorismo no ato de testar tem origem no direito romano, que atuou acentuadamente no Código de 1916, e as solenidades impostas têm a finalidade de garantir a veracidade e a realidade que o testamento deve exprimir.¹³¹

Para Antonio José Tibúrcio de Oliveira, estamos nos referindo às formalidades extrínsecas do testamento.¹³² Com efeito, as formalidades testamentárias extrínsecas se referem às regras formais que devem ser observadas em cada tipo de testamento, para sua validade jurídica. De outro lado, as formalidades intrínsecas do testamento consistem nas disposições testamentárias, previstas no Capítulo VI, do título III, do Livro VI do Código Civil, que não são objeto dessa tese.

Conforme explanado alhures, as formalidades testamentárias compõem a essência do testamento. Não se tratam apenas de limitações à liberdade de testar, mas sim de instrumentos

¹²⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v. 1, p. 407.

¹²⁹ PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 317.

¹³⁰ PINTO apud SOUZA, Orlando de. **Prática dos testamentos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 8.

¹³¹ SOUZA, Orlando de. **Prática dos testamentos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 9.

¹³² OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. **Inventários e partilhas: direito das sucessões: teoria e prática**. 18. ed. rev. e atual. em face do novo Código Civil. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2005. p. 287.

de garantia à liberdade de disposição de bens para depois da morte.¹³³ Nessa linha, as formalidades também visam proteger o testador vulnerável, uma vez que o tabelião deverá verificar e atestar a capacidade e liberdade da manifestação de vontade, bem como as testemunhas do testamento particular terão de confirmá-las, no procedimento de registro e cumprimento de testamento.

Da mesma forma que asseguram a eficácia da disposição de vontade, de outro lado, também conferem ao testador que pretende cumprí-las segurança de que a sua manifestação será respeitada, quando não estiver vivo para defendê-la.

As formalidades representam também um complemento à eficácia do testamento, na medida em que objetivam assegurar a correspondência da declaração dispositiva com a real vontade do testador. Ademais, as regras formais de elaboração do testamento realçam a importância e seriedade do ato para o seu autor.¹³⁴

Carlos Roberto Gonçalves assevera que a forma do testamento é um pressuposto necessário do negócio jurídico testamentário.¹³⁵ Consubstancia-se em elemento de validade do negócio *mortis causa*.

Com efeito, cabe analisar a validade do testamento. Considerando a divisão teórica dos planos de análise do negócio jurídico proposta por Pontes de Miranda, observa-se que no testamento o plano da eficácia é consequencial, o que será analisado na segunda parte desta Tese. Logo, maior destaque auferirá o plano da validade, que pressupõe o da existência.

Quanto à inexistência¹³⁶ e invalidade, remete-se aos elementos dos negócios jurídicos em geral. É inexistente o contrato por faltar algum dos seus elementos constitutivos. Rizzardo afirma que o testamento sem testemunhas, o testamento público sem a presença do tabelião e a última vontade exteriorizada por meio não escrito acarretam um testamento inexistente.¹³⁷

Rolf Madaleno aduz que o testamento inexistente é o que não reúne os pressupostos necessários, que se desprende das condições legais de validade e das solenidades a que lhe são impostas. Exemplifica com o testamento falsificado material ou intelectualmente por pessoa

¹³³ ALOY, Antoni Valquer. La relajación de las solemnidades del testamento. **Revista de Derecho Civil**, Zaragoza, v. 3, n. 4, p. 10, oct./dic. 2016. Estudios.

¹³⁴ ALOY, Antoni Valquer. La relajación de las solemnidades del testamento. **Revista de Derecho Civil**, Zaragoza, v. 3, n. 4, p. 11, oct./dic. 2016. Estudios.

¹³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: volume 7. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 261.

¹³⁶ Não se olvida da discussão doutrinária acerca da irrelevância jurídica do plano da existência dos negócios jurídicos. Para alguns doutrinadores, a inexistência se confunde com a validade do negócio, de modo que não merece ser analisada de modo autônomo. Entretanto, para efeitos dessa tese é elementar adotar-se o pensamento jurídico majoritário que preza pela autonomia do plano de análise da existência do negócio.

¹³⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 351.

diversa do testador, o testamento público lavrado por pessoa diversa do tabelião ou o testamento lavrado por procurador do testador.¹³⁸

A doutrina portuguesa também classifica como inexistente o testamento realizado com reserva mental do testador não conhecida pelo beneficiário e o testamento realizado sob coação física.¹³⁹ Quanto à primeira hipótese de inexistência, verifica-se que diverge do que determina o art. 110 do Código Civil, que impõe a manutenção da manifestação de vontade ainda que realizada com reserva mental. Todavia, entende-se que, especificamente quanto aos testamentos, diante das suas peculiaridades de essência, não é possível prevalecer a vontade exteriorizada em seu sentido literal, em detrimento da real vontade do testador. Logo, em matéria de disposições testamentárias, prevalece a vontade real, substancial, quando em combate com a exteriorizada.¹⁴⁰

Para a declaração de inexistência do testamento é necessária intervenção judicial, por meio de ação própria ajuizada após a abertura da sucessão ou, de ofício pelo juiz no processo sucessório.¹⁴¹

No que se refere ao plano da validade, Antônio Junqueira de Azevedo explica que

O papel maior ou menor da vontade, a causa, os limites da autonomia privada quanto à forma e quanto ao objeto são algumas das questões que se põem, quando se trata de validade do negócio, e que, sendo peculiares dele, fazem com que ele mereça um tratamento especial, diante dos outros fatos jurídicos.¹⁴²

As consequências da inobservância dos requisitos de validade do negócio jurídico consistem nas nulidades e anulabilidades.

Em termos sucintos, a nulidade é a pena civil ocasionada pela violação de regra de ordem pública, trata-se do grau mais grave de invalidade do negócio jurídico, de forma que nenhum efeito há se aproveitar da manifestação de vontade. Além disso, a nulidade não se convalida, podendo ser invocada a qualquer tempo e por qualquer interessado.

De outro lado, a anulabilidade ofende interesses privados, sendo, portanto, menos grave que a nulidade. Pode o negócio anulável produzir efeitos até a declaração de invalidade,

¹³⁸ MADALENO, Rolf. Testamentos inválidos e ineficazes: revogação, rompimento, caducidade, anulabilidade e nulidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito das Sucessões e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 265.

¹³⁹ VELOSO, Zeno. **Invalidez do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 249.

¹⁴⁰ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 251.

¹⁴¹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 912.

¹⁴² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 49.

que se submete à prazos decadenciais. Assim, se não arguida a anulabilidade pelo prejudicado dentro do prazo previsto, convalesce o negócio anulável.

Especificamente quanto ao testamento, para ser válido deve o disponente estar no pleno gozo de suas faculdades mentais, ser o objeto lícito e utilizando-se da forma prescrita em lei.¹⁴³ Com efeito, devem ser verificadas a capacidade testamentária ativa, a capacidade para receber por testamento¹⁴⁴, a licitude das disposições testamentárias¹⁴⁵, do objeto e o respeito aos requisitos formais específicos da forma de testamento utilizado.

Quando a nulidade fulmina apenas determinada disposição do negócio *causa mortis*, predomina o entendimento de convalidação do testamento e invalidade apenas da disposição específica, com fundamento no princípio da defesa do testamento, com a ressalva da aplicação do art. 1.910, CC/02.¹⁴⁶ A doutrina aponta que essa situação configura nulidade

¹⁴³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 32.

¹⁴⁴ O art. 1.799 do Código Civil trata da capacidade testamentária passiva. Determina que: “Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

II - as pessoas jurídicas;

III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.” BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em:

<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

Em complementação, o art. 1.801, CC/02, define: “Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:

I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos;

II - as testemunhas do testamento;

III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos;

IV - o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.” BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em:

<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

¹⁴⁵ Acerca da licitude das disposições testamentárias, o art. 1.900, CC/02, dispõe: “Art. 1.900. É nula a disposição:

I - que institua herdeiro ou legatário sob a condição captatória de que este disponha, também por testamento, em benefício do testador, ou de terceiro;

II - que se refira a pessoa incerta, cuja identidade não se possa averiguar;

III - que favoreça a pessoa incerta, cometendo a determinação de sua identidade a terceiro;

IV - que deixe a arbítrio do herdeiro, ou de outrem, fixar o valor do legado;

V - que favoreça as pessoas a que se referem os arts. 1.801 e 1.802.” BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

¹⁴⁶ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Sucessões**: inventário e partilha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 120.

parcial do testamento, admitindo a aplicação da teoria da conservação do negócio jurídico¹⁴⁷, enquanto a nulidade total consiste na contaminação integral do instrumento.¹⁴⁸

A elaboração de testamento mancomunado também consiste em hipótese de nulidade do negócio de última vontade, uma vez que se trata de proibição expressa na lei. Além disso, chama atenção a simulação no testamento. O art. 1.802, CC/02, dispõe que “[...] *são nulas as disposições testamentárias em favor de pessoas não legitimadas a suceder, ainda quando simuladas sob a forma de contrato oneroso, ou feitas mediante interposta pessoa.*”¹⁴⁹

Exemplifica-se a simulação absoluta com o caso do testador que indica que a deixa testamentária se dá em razão de pagamento de dívida àquele que não é legítimo a receber por testamento, uma vez que se trata de declaração enganosa de vontade para obter resultado diverso do pretendido e contornar a proibição legal. Já a hipótese de simulação relativa abrange a situação de disposição por interposta pessoa, objetivando beneficiar pessoas que não podem ser nomeadas herdeiras por lhe faltarem legitimação, havendo presunção absoluta de nulidade, exceto quanto aos filhos da concubina com o testador, mantendo-se a deixa para ele.¹⁵⁰

Não preenchendo os requisitos legais ocorre a nulidade de pleno direito do testamento, dependendo de declaração judicial no interesse da própria coletividade.¹⁵¹ O art. 1.859, CC/02, impõe que o direito potestativo de impugnar a validade do testamento se extingue no prazo de cinco anos, contados da data do registro.¹⁵² O entendimento que prevalece na doutrina é que essa disposição especial prevalece sobre a imprescritibilidade da nulidade do negócio jurídico, que não convalesce com o decurso do tempo.¹⁵³

De outro lado, para as hipóteses de anulabilidade do testamento, quais sejam os vícios do consentimento, como erro, dolo, coação moral, fraude contra credores e situação de perigo

¹⁴⁷ Prevista no art. 184, CC/02, dita teoria visa o aproveitamento do negócio jurídico ainda que inquinado de invalidade parcial, de modo que esta não prejudicará a parte válida, se ambas puderem ser separadas.

¹⁴⁸ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 915.

¹⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

¹⁵⁰ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 917.

¹⁵¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 351.

¹⁵² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

¹⁵³ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 923.

ou necessidade¹⁵⁴, a lei civil prevê expressamente o prazo de quatro anos para sua decretação, sob pena de decadência, contados da data em que o interessado tomou ciência do vício.¹⁵⁵

Ambas as situações, seja de nulidade ou anulabilidade, dependem de comprovação cabal em juízo para que possam ser conhecidas e, conseqüentemente, declarada a invalidade das declarações de última vontade, devendo o interessado promover a citação do testamenteiro e todos os demais interessados.¹⁵⁶ Vale ressaltar que nos casos de nulidade do testamento, o juiz pode reconhecê-la de ofício, bem como o representante do Ministério Público pode argui-la, nos termos do art. 168, do Código Civil de 2002.¹⁵⁷

Tratando-se de negócio jurídico, aplicam-se os requisitos de validade expostos no art. 104 do Código Civil. Com efeito, a vontade deve advir de agente capaz, realizada de forma livre e de boa-fé, com possibilidade, licitude e determinabilidade do objeto, bem como forma adequada, que, *in casu*, está prevista em lei.

No que toca à capacidade ativa para elaborar o testamento, em termos sucintos¹⁵⁸, o art. 1.860, *caput* e parágrafo único, do Código Civil de 2002, prevê que os maiores de 16 anos podem testar, desde que com pleno discernimento. Ressalta-se que os relativamente incapazes em razão da idade não dependem de assistência jurídica para elaboração da deixa testamentária, uma vez que se trata de ato personalíssimo.¹⁵⁹

Quanto ao objeto, registrem-se os requisitos gerais de validade do negócio jurídico, não se restringindo às questões patrimoniais, porquanto podem ser testadas questões de caráter não econômico, conforme já mencionado. Ademais, a profundidade desse assunto diz respeito às disposições testamentárias, que não são objeto dessa tese.¹⁶⁰

¹⁵⁴ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 930.

¹⁵⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022. art. 1.909.

¹⁵⁶ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Sucessões: inventário e partilha**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 120.

¹⁵⁷ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

¹⁵⁸ Impende consignar que a capacidade ativa testamentária é tratada separadamente no segundo capítulo da segunda parte desta Tese, em razão da sua importância para o objeto que se estuda.

¹⁵⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 100.

¹⁶⁰ Insta consignar que as questões materiais do testamento dificilmente invalidam o instrumento por inteiro, em razão do mecanismo legal da redução das disposições testamentárias, bem como pela aplicação do princípio do aproveitamento do negócio jurídico, com a invalidação específica da(s) cláusula(s) inválida(s).

Por fim, o mais importante no estudo da validade do testamento diz respeito à análise da forma prescrita em lei, como requisito do negócio jurídico. Conforme prescreve a doutrina, o testamento é negócio jurídico *ad solemnitatem*, na medida em que a forma imposta pela lei é requisito de validade para o instrumento.

Com efeito, essa solenidade como característica essencial do testamento advém da sua importância jurídica e do fato de que não será mais possível esclarecer a vontade do testador no momento da eficácia do instrumento. Em outras palavras, a forma prescrita legalmente para o testamento é utilizada como instrumento de verificação da validade da deixa testamentária no momento da sua eficácia. Aí se encontra a importância formal. Nesse sentido, qualquer omissão, imprecisão ou dubiedade na deixa testamentária, acarreta a nulidade do negócio jurídico unilateral, conforme preconiza o art. 166, IV e V do Código Civil de 2002.

A partir do reconhecimento da invalidade do testamento, a consequência imediata é a aplicação das regras da sucessão legítima sobre a herança do falecido, conforme determina o art. 1.788, CC/02, invalidando por completo a vontade do titular do patrimônio a ser herdado.

Por todo o exposto, constata-se que a solenidade envolvida no ato de elaboração do testamento é característica essencial, substancial e necessária do instrumento, em razão de sua eficácia *post mortem*.

Nessa esteira, em princípio, impõe-se a interpretação restritiva do ato testamentário, de modo que se não cumpridas rigorosamente todas as regras formais de elaboração, o testamento será considerado nulo. À propósito, o testamento, como os outros negócios jurídicos, podem ser nulos por ausência de capacidade das partes, por conter objeto ilícito ou impossível, ou, ainda, por desobedecer a forma prescrita, que for da sua substância, por preterir formalidade essencial ou por declaração expressa da lei.

José da Silva Pacheco ensina que “*Se o testamento está eivado de nulidade, quer por não ter sido praticado por agente capaz, quer por não ter objeto lícito ou possível, quer por não ter a forma prescrita em lei, corrói-o a invalidade, desde o dia da prática do ato, que há de ser acompanhado de ineficácia.*”¹⁶¹ A nulidade do testamento obedece às regras gerais de nulidade dos negócios jurídicos, estabelecidas na parte geral do Código Civil.

Em específico, destacam-se as seguintes hipóteses objetivas de nulidade do testamento: quando ausente alguma formalidade expressa na lei; no caso de testamento

¹⁶¹ PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas**: na sucessão legítima e testamentária. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 330.

conjuntivo, seja ele simultâneo, recíproco ou correspectivo; de qualquer testamento que não obedeça às espécies previstos no Código Civil; do testamento cerrado que contiver vício externo; faltando capacidade do testador.¹⁶²

As nulidades do testamento dividem-se em intrínsecas e extrínsecas. As primeiras relacionam-se à pessoa do testador, especialmente quanto à incapacidade para o ato de testar. As extrínsecas se referem às regras formais de elaboração do instrumento. Pacheco aduz que

Cada forma prevista em lei para o testamento, como assinalamos no capítulo a ele relativo, integra-se de um conjunto de solenidades, de um procedimento de atos conjugados, de uma unidade formal, que deve ser integralmente observada.¹⁶³

Considerando que a análise de validade do negócio jurídico *causa mortis* ocorrerá no momento da sua eficácia, após a morte do testador, verifica-se que no momento da produção de efeitos do testamento pode ocorrer o conflito entre dois interesses juridicamente relevantes: a manutenção da vontade do testador e o cumprimento das formalidades testamentárias que possuem funções de assegurar a higidez da manifestação.

Ocorre que a legislação até então associa a segurança jurídica necessária ao testamento apenas à imposição de regras formais minuciosas de elaboração, até mesmo por razões históricas, conforme demonstrado. Entretanto, a imposição excessiva de formalidades não coaduna com os objetivos da sociedade contemporânea, que busca pela simplificação, agilidade e efetividade dos atos jurídicos, conforme mencionado alhures. De igual forma, o exagero das formalidades do testamento público e cerrado revela a incompatibilidade com o regime do notariado latino.

Em razão disso e considerando a ausência de adaptações legislativas acerca do testamento por longo e considerável período, nota-se o surgimento de novos mecanismos jurídicos de planejamento sucessório, que apresentam crescente utilização. Em sentido oposto, evidencia-se a depreciação do testamento como forma de realizar disposições patrimoniais para depois da morte.

¹⁶² PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas**: na sucessão legítima e testamentária. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 331.

¹⁶³ PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas**: na sucessão legítima e testamentária. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 332.

3 A CRISE DO TESTAMENTO

Anderson Schreiber e Felipe Ribas afirmam que, em que pese ser o testamento a forma idealizada pelo Código Civil vigente como principal instrumento de definição da sucessão, permitindo o pleno exercício da autonomia privada do testador, a prática tem demonstrado o abandono do testamento, relegando-o à função secundária no assunto.¹⁶⁴

As pessoas que optam por disciplinar a disposição de seus bens para depois da sua morte pelo testamento o fazem porque não possuem descendentes, ou desejam beneficiar o cônjuge em detrimento dos ascendentes, reconhecer filhos havidos fora do casamento ou para beneficiar certas pessoas não abrangidas na sucessão legítima.

A doutrina aponta as seguintes razões para a constatação de pouca utilização prática do testamento: razões de natureza cultural, econômica e de natureza jurídica.

Giselda Hironaka, ao analisar as razões de natureza cultural do brasileiro para passar pela vida intestado, relata o medo do brasileiro de tratar de assuntos relacionados à morte e aponta que

Essa espécie de aversão à prática de testar, entre nós, deve-se, certamente, a razões de caráter cultural ou costumeiro, folclórico, algumas vezes, psicológico, outras tantas. O brasileiro não gosta, em princípio, de falar a respeito da morte, e sua circunstância é ainda bastante mistificada e resguardada, como se isso servisse para “afastar maus fluidos e más aguras [...]”. Assim, por exemplo, não se encontra arraigado em nossos costumes o hábito de adquirir, por antecipação, o lugar destinado ao nosso túmulo ou sepultura, bem como não temos, de modo mais amplamente difundido, o hábito de contratar seguro de vida, assim como, ainda, não praticamos, em escala significativa, a doação de órgãos para serem utilizados após a morte. Parece que essas atitudes – como se diz popularmente – “atraem o azar[...]”¹⁶⁵.

Quanto a esse aspecto, impende ressaltar que nos últimos anos houve mudança. À propósito, percebe-se o aumento na utilização de outros instrumentos de planejamento sucessório, e, ainda que timidamente, do testamento.

Corroborando, em notícia publicada com base em informações estatísticas do Colégio Notarial do Brasil, no período compreendido entre os anos de 2011 e 2016, apresentou-se um

¹⁶⁴ SCHREIBER, Anderson; RIBAS, Felipe. A fuga do testamento. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord). **Arquitetura do planejamento sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. t. III, p. 349.

¹⁶⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 263-264.

crescimento de 42% na lavratura de testamentos públicos em todo o Brasil.¹⁶⁶ Em 2015, por exemplo, foram lavrados no Brasil 32.120 testamentos públicos, enquanto em 2016 foram 33.640. Para o Colégio Notarial – seção do Estado de São Paulo, o aumento se dá porque a população passou a ter conhecimento sobre as vantagens do testamento, como evitar desavenças entre herdeiros, beneficiar terceiros que não sejam herdeiros legítimos ou necessários e assegurar maiores vantagens à cônjuges e companheiros.¹⁶⁷

No final do ano de 2020, no período em que se vivenciava o ápice da pandemia da COVID-19 no Brasil, o CNB-SP publicou notícia informando o aumento de 134% na utilização do testamento, tendo como comparação os meses de abril de 2020 e julho de 2020. O presidente da seccional, Andrey Guimarães Duarte, afirmou que os números demonstram que as pessoas estão ultrapassando o tabu de falar sobre a morte e se conscientizando da importância do planejamento sucessório através do testamento público, de modo que “[...] a vontade do testador é respeitada após sua morte e evita-se eventuais brigas entre os herdeiros”.¹⁶⁸

No que diz respeito às razões de ordem econômica, a doutrina aponta o alto custo na elaboração do testamento e o custo tributário da transmissão *causa mortis*, que as novas formas de planejamento sucessório buscam evitar.¹⁶⁹ Para a concretização da transmissão dos bens pela sucessão, há que se pagar o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doações (ITCMD)¹⁷⁰, que pode variar de estado para estado da federação com alíquota máxima de 8% sobre o patrimônio sucessível.

Entretanto, também verificamos a incidência tributária, na mesma proporção para as doações feitas em vida, que, na maioria dos casos, é utilizada como planejamento sucessório,

¹⁶⁶ NÚMERO de testamentos lavrados cresce 42% nos últimos cinco anos. [S. l.], 20 out. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/267466/numero-de-testamentos-lavrados-cresce-42--nos-ultimos-cinco-anos>. Acesso em: 14 jun. 2022.

¹⁶⁷ NÚMERO de testamentos lavrados cresce 42% nos últimos cinco anos. [S. l.], 20 out. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/267466/numero-de-testamentos-lavrados-cresce-42--nos-ultimos-cinco-anos>. Acesso em: 14 jun. 2022.

¹⁶⁸ COLÉGIO NOTORIAL DO BRASIL. Seção São Paulo. **Metrópoles**: formalização de testamentos aumenta 134% durante a pandemia de coronavírus. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://cnbsp.org.br/2020/09/21/metropoles-formalizacao-de-testamentos-aumenta-134-durante-a-pandemia-de-coronavirus/>. Acesso em: 14 jun. 2022.

¹⁶⁹ SCHREIBER; Anderson; RIBAS, Felipe. A fuga do testamento. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord). **Arquitetura do planejamento sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. t. III, p. 346-347.

¹⁷⁰ Vale registrar que, conforme previsto na Constituição da República de 1988, cabe ao Senado a determinação das alíquotas máximas do ITCMD, por meio de resolução (art. 155, §1º, IV, Constituição da República de 1988). BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1988. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 14 jan. 2023.

ao invés da disposição testamentária.¹⁷¹ Em outros mecanismos de planejamento da sucessão *causa mortis* também se verifica a incidência tributária. Dessa forma, fica fragilizado o argumento de que o testamento não é o instrumento mais utilizado de planejamento sucessório por razões de incidência tributária.

Vale mencionar a reflexão de Zeno Veloso de que a pouca utilização prática do testamento também se dá em razão da boa disposição legislativa sobre a sucessão legítima. Nesse sentido, o legislador, ao produzir regras gerais de sucessão de bens para os casos de ausência de testamento, elencou as pessoas que o próprio *de cujus* escolheria¹⁷². A respeito dessa constatação, observa-se que, de fato, durante anos da vigência das atuais normas da sucessão legítima, eram elas suficientes. Entretanto, no presente processo de intensa individualização e dinamicidade das relações sociais, essa premissa é contestável, considerando as últimas evoluções no direito de família e de propriedade, conforme demonstrado alhures.

Bannura acrescenta dois outros fatores. Para ele, a pobreza em geral da população brasileira, que pouco deixa como patrimônio sucessível, e o desconhecimento das múltiplas possibilidades de utilização e alcance, também colaboram para o não uso do testamento.¹⁷³

Além de concordar com os argumentos expostos alhures, acrescenta-se como fator de desestímulo ao testamento o processo de elaboração, aliado à insegurança do instrumento nos dias atuais. Em outras palavras, o processo de realização do testamento aparenta dificultoso: seja pelas formalidades minuciosamente impostas pela legislação; seja pela consequência de invalidade do instrumento quando ausente tais exigências e já morto o testador para refazer sua vontade; seja pela obrigatoriedade de intervenção judicial na sucessão que envolva testamento. Eis a problemática objeto desta tese.

Zygmunt Bauman explica que o processo de intensa individualização por que passa o homem da sociedade contemporânea e a mudança na percepção do tempo alterou

¹⁷¹ Não se olvida que a doação não se confunde com o testamento. A primeira é negócio jurídico que produz plenos efeitos imediatamente, ainda em vida. De outro lado, o testamento é disposição de bens que somente surtirá efeitos após a morte do testador. Apenas se pretende apontar que a incidência tributária na disposição de bens pelo testamento, com a morte do testador, não é o único mecanismo de planejamento sucessório que importa em fato gerador de imposto.

¹⁷² VELOSO apud HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A forma como foi disciplinada a sucessão testamentária em nosso país é um obstáculo para a maior utilização do ato de última vontade no Brasil? **Revista Jurídica Luso-Brasileira**: RJLB, Lisboa, ano 3, n. 1, p. 414, 2017.

¹⁷³ BANNURA, Jamil Andraus Hanna. O uso do testamento como ferramenta de Planejamento Sucessório. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA DO IBDFAM, MG, 6., 2007, Belo Horizonte. **Anais** [...] Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. p. 1. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/185.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2022.

drasticamente as relações sociais.¹⁷⁴ Na modernidade líquida, descrita como sendo o contexto que vivemos, há uma mudança na percepção do tempo. A fluidez cria uma cultura imediatista, de curto prazo. As necessidades devem ser supridas instantaneamente.¹⁷⁵

A modernidade propiciou a construção de tecnologias e veículos rápidos, o que tornou o tempo flexível, fluido, sem forma fixa, características que o distingue do espaço.¹⁷⁶

Em uma sociedade em que o tempo é escasso e que o indivíduo busca rapidamente atingir a satisfação, mecanismos burocráticos não correspondem aos interesses sociais. Com efeito, cabe ao legislador encontrar soluções aptas a acompanhar a evolução social.

À propósito, é no meio social que o direito positivo se desenvolve, para atingir os objetivos da sociedade e, conseqüentemente, tornar viável o progresso e o bem-estar social. O direito é fruto da realidade social, de forma que é dinâmico e deve acompanhar os interesses do público para o qual se destina.

Nesse sentido, Schreiber e Ribas afirmam que a disciplina jurídica do testamento está há algum tempo significativo merecendo reforma para “[...] *reduzir a complexidade e o formalismo do instrumento, mas também para assegurar a eficiência e a celeridade do seu cumprimento.*”¹⁷⁷

Em que pese a crise do testamento, é notória a evolução jurídica do planejamento sucessório. Trata-se de técnicas jurídicas e lícitas associadas, que objetivam determinar a distribuição dos bens integrantes do patrimônio da pessoa humana, em vida, pretendendo-se evitar conflitos entre os sucessores e melhor aproveitamento dos bens. Entre esses novos mecanismos estão a formação da holding familiar, as doações remuneratórias, a transmissão das reservas de previdência privada PGBL e VGBL e a partilha em vida.

Doutrinariamente, define-se o planejamento sucessório como

[...] em caráter preventivo, o planejamento sucessório permite ao titular do patrimônio definir, ainda em vida, o modo como deve ocorrer a transferência dos bens (imóveis, móveis, ações, aeronaves, fazendas, empresas, controle dos negócios, etc.) aos seus sucessores após sua morte, evitando, assim, eventuais conflitos, cujos reflexos negativos possam recair sobre o patrimônio deixado.¹⁷⁸

¹⁷⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 7.

¹⁷⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

¹⁷⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

¹⁷⁷ SCHREIBER; Anderson; RIBAS, Felipe. A fuga do testamento. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord). **Arquitetura do planejamento sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. t. III, p. 346.

¹⁷⁸ PENA JÚNIOR, Moacir César. **Curso completo de direito das sucessões**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Método, 2009. p. 21.

Daniele Teixeira aponta as razões da maior preocupação com o planejamento sucessório na sociedade contemporânea, no seguinte sentido

[...] a relevância do planejamento sucessório e sua respectiva demanda são crescentes nos dias de hoje, em razão de diversos motivos. Entre eles, então: as transformações das famílias e seus desdobramentos jurídicos; a valorização e fluidez dos bens; a economia no pagamento dos impostos; a possibilidade de maior autonomia do autor da herança; a celeridade da sucessão; a prevenção de litígios futuros; e o evitamento da dilapidação do patrimônio.¹⁷⁹

Todavia, o uso de novos instrumentos de planejamento sucessório deixa possibilidades de discussões sobre sua legitimidade, uma vez que no direito brasileiro vigora a vedação do pacto sucessório, consagrada no art. 426 do Código Civil de 2002, que dispõe que “*Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.*”¹⁸⁰

Nessa linha, sobre a vedação do *pacta corvina*, leciona Rafael Cândido da Silva que

[...] Além o contrato determinaria uma sucessão pactícia, em violação à ordem pública sucessória, que estabelece o regime dual de delação sucessória com base na lei e no testamento. Os pactos seriam atentatórios à liberdade de testar, pois as disposições de última vontade têm como traço marcante a revogabilidade do ato até a morte do autor da herança. Por fim, esses negócios teriam potencial de criar situações lesivas ao herdeiro presuntivo, que não teria condições de avaliar e precificar seu direito.¹⁸¹

Não se objetiva questionar ou analisar as novas formas de planejamento sucessório, mesmo porque se trata de tendência experimentada em razão das transformações das relações sociais e formas de pensar contemporâneas, que se mostram dinâmicas e fluidas. Em diversos arquétipos familiares os novos instrumentos de planejamento patrimonial se mostram mais satisfatórios que o testamento.

À propósito, obviamente um planejamento sucessório adequado não pode se limitar apenas a um instrumento disponível, mas deve ter à vista do interessado ferramentas jurídicas combinadas e distintas que sejam aptas a atender o objetivo do titular do patrimônio, na exata medida do espaço que a lei legitimamente confere.¹⁸²

¹⁷⁹ TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento sucessório**: pressupostos e limites. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 67.

¹⁸⁰ SCHREIBER; Anderson; RIBAS, Felipe. A fuga do testamento. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord). **Arquitetura do planejamento sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. t. III, p. 357.

¹⁸¹ SILVA, Rafael Cândido da. **Pactos sucessórios e contratos de herança**. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 242.

¹⁸² SCHREIBER; Anderson; RIBAS, Felipe. A fuga do testamento. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord). **Arquitetura do planejamento sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. t. III, p. 357.

O que se pretende é refletir que também em outras formações familiares, com outras questões concretas postas, o testamento se apresenta como o instrumento mais adequado para atender os interesses do disponente. Não que as formas contemporâneas sejam mais ou menos utilizáveis, não se trata de uma análise comparativa por critérios quantitativos ou qualitativos.

Mas é necessário o reconhecimento do testamento como mecanismo de planejamento sucessório, uma vez que se trata do meio jurídico de manifestação de vontade apta a produzir efeitos após a morte do testador, posto como preferencial pelo legislador. Aliás, nesse ponto se encontra a diferença do testamento com muitas das novas formas de planejamento sucessório: apenas o testamento pode consubstanciar manifestações de vontade feitas em vida, que produzirão efeitos após a morte.

Indubitavelmente o testamento é uma importante ferramenta de planejamento sucessório, pois apto a realizar seus objetivos principais, podendo ser qualificado como o negócio jurídico por excelência, em que a vontade do autor da herança atinge a maior relevância possível.¹⁸³

O descrédito do instrumento foi um dos motivos pelo qual surgiram as novas formas de planejamento sucessório. Portanto, evidente se mostra a necessidade de revisitação e reformulação do instrumento na legislação, para tornar sua utilização mais prática e atual. É curial que o legislador deixe à disposição do interessado um instrumento apto para assegurar seu direito de disposição de vontade para depois de sua morte, compatível com os valores e anseios contemporâneos.

Trata-se de instrumento tradicional e negócio jurídico apto a instrumentalizar juridicamente a vontade, que deve ser reformulado e essa necessidade é clarividente ao se analisar as funções e possibilidades de alcance das disposições testamentárias.

Em que pese Miguel Reale, em 1975, aduzir que o Código Civil de 2002 pretendeu a simplificação dos atos de testar, sem perder de vista os valores de certeza e segurança¹⁸⁴, conforme referido alhures, as modificações foram poucas em relação ao Código de 1916 e insuficientes para colocar o testamento como instrumento jurídico eficaz e prático.

Para a boa compreensão do tema impõe-se a identificação dos aspectos jurídicos problemáticos do instrumento testamento que ocasionam o desestímulo na sua utilização. O objeto dessa tese cinge-se especialmente nos aspectos jurídicos formais.

¹⁸³ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Do planejamento sucessório e testamento: interpretação testamentária e cláusulas condicionais. Breves notas. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord). **Arquitetura do planejamento sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. t. III, p. 527.

¹⁸⁴ REALE, Miguel. **O projeto do novo Código Civil**: situação após aprovação do Senado Federal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 94.

Até então, demonstrou-se a tímida evolução do instrumento desde o seu surgimento, o descompasso da legislação acerca do assunto em relação à sociedade contemporânea, bem como a inércia legislativa quanto ao direito sucessório e especificamente quanto aos aspectos de elaboração do testamento.

Para angariar soluções, imprescindível é a identificação dos fatores problemáticos. Pretende-se identificar e apontar as razões jurídico-formais que ocasionaram a crise do testamento. Assim, no que se refere ao objeto deste estudo, três são os motivos relacionados à sua elaboração: o excessivo detalhamento legislativo nas solenidades do testamento público; a ampla possibilidade de invalidação do testamento por descumprimento de formalidade exigida, o que se dá apenas após a morte do testador, impossibilitando sua retificação ou nova manifestação de vontade juridicamente válida; a imposição de intervenção judicial no inventário e partilha com testamento.

3.1 Do excessivo detalhamento na forma de elaboração do testamento e da inconveniente ampla possibilidade de invalidação por razões que envolvam os aspectos formais

A elaboração do testamento, quanto aos aspectos formais extrínsecos, é minuciosamente disposta a partir do art. 1.857 até o art. 1.911 do Código Civil de 2002. Enquanto na parte geral do Código Civil se prevê a liberdade das formas como regra no direito brasileiro, para a prática testamentária aplica-se a exceção. Como mencionado alhures, é da essência do testamento ser solene e formal.

Querendo o indivíduo manifestar sua vontade para produzir efeitos após a morte, terá que optar por um dos tipos de testamento elencados no Código Civil. À propósito, Zeno Veloso explica que “[...] *a ninguém é dado fazer disposição mortuária, ainda que com o nome de testamento, de forma diversa das que são oferecidas pela lei. Ato assim elaborado é nulo de pleno direito. Batizado de testamento, testamento não é.*”¹⁸⁵

Forçoso afirmar, portanto, que a enumeração dos testamentos no Código Civil vigente é taxativa, podendo ser eleito um dos ordinários (art. 1.862) ou dos especiais (art. 1.866). Maria Berenice Dias afirma que é vedada a criação de uma modalidade híbrida de testamento ordinário, uma vez que cada um dos tipos legais possui requisitos específicos.¹⁸⁶

¹⁸⁵ VELOSO, Zeno. Testamentos: noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito das sucessões e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 133.

¹⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: RT, 2008. p. 344.

No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves aduz que as normas atinentes às formas testamentárias são cogentes, de ordem pública, e, uma vez omitidas, causam a nulidade de pleno direito do negócio jurídico.¹⁸⁷

Os testamentos ordinários, quais sejam público, cerrado e particular, são os tipos comuns, normais, que podem ser utilizados por qualquer pessoa capaz de testar, enquanto os especiais, marítimo, aeronáutico e militar, só podem ser empregados em situações excepcionais previstas na lei.

Em razão dessa excepcionalidade, adverte-se, desde já, que esse trabalho ater-se-á apenas a releitura das formalidades dos testamentos ordinários. Entende-se que, para as situações especiais dos testamentos marítimo, aeronáutico e militar a forma de testamento está suficientemente prevista. Até porque as pessoas que podem testar utilizando-se das formas especiais, também podem fazer o testamento pelos modos ordinários, se tiverem em situações comuns. Além disso, os testamentos especiais são apenas para situações excepcionalíssimas, e por essa razão são pouco utilizados.

A doutrina aponta que o rol é *numerus clausus* com o propósito de dar a máxima segurança jurídica à manifestação de vontade do falecido, que após a morte, pode ser alvo de ataques, quanto à forma e ao conteúdo.¹⁸⁸

Importa salientar que, em que pese a previsão de três tipos de testamentos ordinários, com diferentes e específicas formalidades a serem cumpridas, cada um é independente e não há hierarquia entre eles. Testamentos públicos, cerrados ou particulares, possuem a mesma força, sem preferência ou preponderância.¹⁸⁹ Com efeito, o art. 1.969, CC/2002, determina que o testamento pode ser revogado pelo mesmo modo e forma como foi feito, entendendo a doutrina que qualquer espécie pode ser usada para revogação, independente da forma do testamento a ser revogado.¹⁹⁰

Além disso, para que o testamento tenha validade é imprescindível que se cumpra todas as regras formais imposta para o tipo escolhido, não sendo permitido combinar as

¹⁸⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 257.

¹⁸⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. O testamento e o projeto de Código Civil. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.). **Família e sucessões**: direito das sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 847. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 6).

¹⁸⁹ VELOSO, Zeno. Testamentos: noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito das sucessões e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 123.

¹⁹⁰ OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. **Inventários e partilhas**: direito das sucessões: teoria e prática. 18. ed. rev. e atual. em face do novo Código Civil. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2005. p. 277.

espécies previstas. Nesse aspecto, a doutrina aponta a infungibilidade das solenidades testamentárias.¹⁹¹

Quanto ao testamento público, também denominado aberto, é aquele elaborado pelo tabelião de notas. O Código Civil de 2002 determina que seja escrito pelo tabelião ou seu substituto legal em livro de notas da serventia, a partir da manifestação de vontade do próprio testador, admitindo o uso de minutas.

Após a lavratura do instrumento, o texto deve ser lido, em voz alta, pelo tabelião ou pelo testador na presença conjunta do testador e das duas testemunhas do ato, devendo esses participantes subscreverem, ao final. Exige o diploma legal que todas as folhas do testamento público sejam rubricadas pelo testador. Admite o art. 1.865, CC/02, que, impossibilitado o testador de assinar o testamento, promova a assinatura, a rogo, uma das testemunhas.

Vale ressaltar que não há obrigatoriedade que as testemunhas presenciem todo o ato de elaboração do testamento, devendo elas estarem presentes na leitura juntamente com o testador e assinarem o ato. Dessa forma, nada impede que o testamento já esteja pronto, perfeitamente redigido, e depois as testemunhas, o testador e o tabelião ou substituto façam a leitura e assinatura do ato.¹⁹²

Vale observar, nesse ponto, que o Código Civil de 2002 não reproduziu o art. 1.632, II, CC/16, que exigia que as testemunhas assistissem a todo o ato testamentário.¹⁹³ No atual contexto da tendência de flexibilização das formalidades testamentárias, que será analisada adiante, entende-se ser possível a ausência das testemunhas na primeira fase de elaboração do testamento, que consiste na sua redução por escrito, o que inclusive se consolidou como prática tabelioa.¹⁹⁴

Brandelli defende a necessidade da unidade da elaboração do ato notarial. Não se trata de um princípio absoluto, na medida em que deve ser verificado o propósito da aplicação. A intenção da unidade é assegurar a manifestação de vontade do testador e a redação do instrumento conforme essa vontade. Logo, se quebra a unidade de modo que coloque em

¹⁹¹ VELOSO, Zeno. Testamentos: noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito das sucessões e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 133.

¹⁹² VENOSA, Silvio de Salvo. O testamento e o projeto de Código Civil. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.). **Família e sucessões: direito das sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 848. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 6).

¹⁹³ BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1916. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=3071&ano=1916&ato=c160zYE1UNnRVTa37>. Acesso em: 16 jan. 2023.

¹⁹⁴ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 668.

risco a livre e adequada manifestação de vontade, o ato estará eivado de nulidade. Contudo, se a descontinuidade não coloca em perigo a liberdade da manifestação o ato deve ser tido como plenamente válido.¹⁹⁵

Nesse ponto, concorda-se com o entendimento jurisprudencial, no sentido de que mais que a ausência das testemunhas, admite-se a ausência do testador nessa fase de escrita, quando o tabelião se utiliza de minutas entregues pelo autor da herança.¹⁹⁶

Mas não se olvide de respeitadas opiniões divergentes nesse aspecto, como a de Giselda Hironaka, que afirma ser essa prática violadora do art. 1.864, uma vez que este determina ser “[...] *requisito essencial do testamento que ele seja escrito pelo tabelião ou seu substituto legal, em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, sempre na presença das testemunhas que a tudo verão e ouvirão.*”¹⁹⁷

Permitindo o acesso aos portadores de necessidades especiais, o art. 1.866 determina que o indivíduo inteiramente surdo poderá ler o seu testamento público ou designar alguém, da sua confiança, para que o leia. Ademais, o art. 1.867 prevê maiores solenidades para o testamento público do testador cego. Nesse caso, serão realizadas duas leituras, uma pelo tabelião ou substituto e outra por uma das testemunhas, a ser indicada pelo testador. Ao final, o dispositivo exige que o tabelião faça “[...] *de tudo circunstanciada menção no testamento.*”

Vale ressaltar que o Código de 2002 não mais previu a regra do art. 1.635 do CC/16 que exigia que o testador declarasse sua vontade de viva-voz. Disso surgiram entendimentos divergentes na doutrina. Alguns doutrinadores entenderam que mesmo o mudo ou aquele impossibilitado de falar passou a poder fazer testamento público.¹⁹⁸ Argumenta-se que a ausência de exigência de que a vontade seja declarada de viva-voz, como havia no código revogado, deixa clara a possibilidade de que os mudos e aqueles que não podem exprimir oralmente sua vontade podem testar pela forma pública.¹⁹⁹

¹⁹⁵ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 296.

¹⁹⁶ Nesse sentido, foi decidido no REsp 753.261, da Terceira Turma do STJ. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no Recurso Especial nº 753.261 - SP (2005/0085361-0)**. Embargos de declaração. Recurso especial. Direito civil. Ação de anulação de testamento público. [...] Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 23 de novembro de 2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500853610&dt_publicacao=09/05/2011 Acesso em: 16 jan. 2023.

¹⁹⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 224

¹⁹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. O testamento e o projeto de Código Civil. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.). **Família e sucessões: direito das sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 848. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 6).

¹⁹⁹ TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza M.; MEIRELES, Rose Melo V. **Fundamentos do Direito Civil: Direito das Sucessões**. [S. l.]: Grupo GEN, 2022. v. 6, p. 147.

Todavia, prevalece na doutrina e nas normas administrativas das corregedorias locais que disciplinam as atividades notariais²⁰⁰, o entendimento de Giselda Hironaka de que, ainda que se sirva de minutas, o testador não está dispensado de declarar que aquela é sua vontade. Isso porque “[...] a oralidade é da substância deste ato jurídico; deverá, pois, ler suas notas ou, ao menos, declarar oralmente o que elas contêm, ainda que em linhas gerais, mas sem omissão de todo o espectro de sua intenção testamentária.”²⁰¹

Zeno Veloso explica que, em que pese a conveniência de se ter autorizado o testamento público do indivíduo mudo, o art. 1.864, I, CC/2002, exige que o testamento seja escrito de acordo com as declarações do testador e isso impede que o mudo teste pela forma pública. Ademais, endossa esse argumento o fato do art. 1.873, CC/02, permitir a elaboração do testamento cerrado expressamente ao indivíduo mudo, de forma que esse apenas pode testar pela forma secreta.²⁰²

Por primeiras impressões já se extrai que o legislador impõe exacerbadas formalidades ao tabelião de notas, ignorando o regime do notariado latino a que estão sujeitas as serventias notariais brasileiras desde a promulgação da Lei n. 8.935/1994, que cumpriu comando da Constituição da República de 1988, especificamente no art. 236.

A segunda forma testamentária ordinária é o testamento cerrado, místico, secreto, também denominado nuncupação implícita. Regulamentado no art. 1.868 ao 1.875, o testamento cerrado possui um procedimento híbrido. Primeiro deve ser escrito pelo testador ou por outra pessoa, a rogo, desde que assinado pelo autor da herança, para depois, como requisito de validade, ser aprovado por tabelião de notas ou seu substituto, na presença de duas testemunhas.

²⁰⁰ Exemplificando, o Provimento-Conjunto 93/2020, da CGJ do TJMG, não prevê expressamente a possibilidade de elaboração do testamento público pelo indivíduo mudo. Pelo contrário, no art. 281 dispõe que o surdo-mudo pode fazer testamento cerrado, desde que o escreva todo e o assine de próprio punho. O provimento n. 58/89 da CGJ/TJSP não traz disposição expressa sobre o assunto, mas dispõe nas normas gerais que o surdo-mudo poderá exprimir sua vontade pela escrita, por meio de tecnologia assistiva de que disponha ou por meio de tradutor e intérprete que domine a Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS), nos atos extrajudiciais que participar (item 56.2, Cap. XVII). MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Provimento Conjunto n. 93/2020**. Institui o Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, que regulamenta os procedimentos e complementa os atos legislativos e normativos referentes aos serviços notariais e de registro do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: TJMG, 2020. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/vc00932020.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2022.; SÃO PAULO. Corregedoria Geral da Justiça. **Provimento nº 58/89**. Normas de serviço. Cartórios extrajudiciais: tomo II. São Paulo: TJSP, 1989. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=138285>. Acesso em: 2 jan. 2023.

²⁰¹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 274. (Curso avançado de direito civil, v. 6).

²⁰² VELOSO, Zeno. Testamentos: noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito das sucessões e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 139.

A aprovação do testamento secreto se dá pela lavratura do auto no tabelionato de notas, na presença das duas testemunhas, com leitura e assinaturas em ato subsequente. Todas as páginas deverão ser subscritas pelo testador. O art. 1.869 disciplina detalhadamente o procedimento de aprovação, devendo o notário lavrar o auto após a última palavra do testador²⁰³, dando por fé que o testador lhe entregou aquela cédula na presença das testemunhas. Após, o tabelião deverá fechar e lacrar o testamento aprovado, entregando-o ao testador e lançando no livro nota do lugar, dia, mês e ano em que houve a entrega e devolução.

Vale ressaltar que as testemunhas apenas presenciam a aprovação do testamento e não a elaboração, diferentemente do que ocorre no particular. No testamento cerrado, em tese, seu conteúdo é sigiloso e a participação do notário e das testemunhas se restringe em certificar sua existência.²⁰⁴ Entretanto, frise-se a regra contida no art. 1.870, CC/02 de que mesmo se o tabelião escrever o testamento a rogo do testador pode aprová-lo.

Nessa espécie de testamento ordinário também se evidencia o tratamento minucioso do legislador destinado à confecção do ato notarial.

Quanto aos que podem fazer testamento cerrado, o Código Civil determina que é indisponível às pessoas que não saibam ou não possam ler²⁰⁵, bem como que o surdo-mudo pode elaborar testamento cerrado, desde que o assine e, ao entregar para aprovação, escreva na face externa que aquele é seu testamento e que deseja sua aprovação (art. 1.872 c/c art. 1.873, Código Civil de 2002).

Por fim, passa-se à análise das formalidades do testamento particular, também denominado hológrafo. Trata-se do testamento elaborado e escrito pelo testador, lido e assinado na presença de três testemunhas. Pode ser escrito em língua portuguesa ou estrangeira, desde que as testemunhas compreendam o idioma. Percebe-se que nessa modalidade de testamento as testemunhas adquirem conhecimento sobre o teor do escrito, ou seja, da vontade manifestada.

À propósito, a análise de validade e determinação de cumprimento do testamento em juízo se arrima nas declarações das testemunhas, que serão ouvidas para confirmarem ou não

²⁰³ O parágrafo único do art. 1.869 permite a lavratura do auto em separado, caso não caiba no mesmo instrumento do testamento, de forma que o tabelião deve apor o seu sinal público no testamento e mencionar essa circunstância no auto de aprovação.

²⁰⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. v. 7, p. 109.

²⁰⁵ Vale registrar que no direito brasileiro o analfabeto deve fazer testamento público, resguardo a máxima segurança na vontade colhida por tabelião, profissional do direito que assegurará a legitimidade e autenticidade da vontade.

que aquele é o testamento do falecido e que aquela era a sua real vontade. Nesse sentido, o art. 1.878, CC/02, determina que se as testemunhas reconhecerem suas assinaturas, a do testador e o teor do testamento, haverá a confirmação.

Ademais, importa ressaltar novamente a previsão legal do testamento de emergência, particular e sem testemunhas, em que o testador declara expressamente o motivo da ausência delas, podendo ser confirmado, à critério do juiz, conforme prevê o art. 1.879, CC/02.

Denota-se que as testemunhas do testamento particular ocupam posição de destaque na segurança do ato. São exigidas para certificar a qualidade da vontade do testador no momento de eficácia do testamento. Também releva-se de especial importância a previsão do testamento de emergência, possibilitando a disposição de vontade em momento excepcional.

Portanto, as formalidades do testamento particular cumprem o objetivo de assegurar a autenticidade do ato elaborado exclusivamente no âmbito privado.

Quanto às formalidades no testamento, Rolf Madaleno explica que

Este conjunto de formalidades que dá uma ritualização essencial e necessariamente formal à facção testamentária, própria e inerente a esse ato jurídico unilateral, que conta seus efeitos para quando seu autor já não mais estiver presente para defendê-lo, disso importando cada passo do seu ritual e das pessoas que, conjuntamente, participam do testamento, sempre com o intuito de assegurar a liberdade do testador e a veracidade de suas disposições.²⁰⁶

A dificuldade de se conceder eficácia à vontade de uma pessoa que está morta é evidente. À uma, porque, diferentemente do negócios jurídicos *inter vivos*, a manifestação de vontade não poderá ser refeita, retificada ou defendida. O que se tem como fonte e suporte é a cédula testamentária. À duas, porque há maior preocupação do aplicador do Direito em evitar fraudes em relação à transmissão do patrimônio do falecido.

Daí decorre a importância das formalidades. Ocorre que, diante da previsão de várias regras formais de elaboração do testamento, maior se torna a probabilidade de invalidação judicial desnecessária das disposições de vontade no momento da sua análise, que ocorre no mesmo momento de eficácia. Isso porque o legislador dispôs um regime fechado para elaboração e validação do testamento.

Consequentemente, a disposição exagerada de regras formais como condição de validade das disposições de última vontade gera desestímulo duplo na utilização do testamento. À uma, porque torna-se dispendioso e dificultoso o processo de elaboração da

²⁰⁶ MADALENO, Rolf. **Testamento, testemunhas e testamentário**: uma brecha para a fraude. Belo Horizonte, 13 nov. 2007. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/350/Testamento,+testemunhas+e+testamenteiro:+uma+brecha+para+a+fraude> Acesso em: 27 jul. 2022.

cédula testamentária por parte do autor da herança. À duas, porquanto, diante da imposição legal de invalidade do negócio jurídico em comento quando descumprida uma regra formal, torna-se inseguro expressar uma vontade que apenas produzirá efeitos após a morte do disponente.

Conforme demonstrado alhures, a sociedade contemporânea busca simplicidade, dinamicidade e celeridade nos atos jurídicos. Em contrapartida, o testamento é ainda considerado um ato burocrático, especialmente no seu processo de elaboração, considerando as várias formalidades que devem obrigatoriamente ser cumpridas.

Nesse sentido, John T. Gaubatz argumenta que o excessivo formalismo do direito sucessório acarreta a ausência de mecanismos suficientemente flexíveis para se amoldar ao caso concreto.²⁰⁷ Paulo Lôbo também considera o excesso de formalidades testamentárias como um fator de desestímulo na faculdade de testar.²⁰⁸

Associado à burocracia de elaboração, ao impor um regime fechado de regras formais e a penalidade de invalidação do testamento em caso de descumprimento, o ordenamento gera insegurança para os testadores mais conservadores e que buscam certeza quando a deixa testamentária.

Na linha desenvolvida por Bobbio, a legislação repressiva utiliza a técnica do desencorajamento, na contramão do ordenamento promocional.²⁰⁹ Dessa forma, quando o ordenamento impõe a invalidade do ato jurídico por descumprimento de uma formalidade, desestimula a utilização do instrumento. Ademais, o autor considera que a função da política de desencorajamento é a conservação do comportamento social, para manter as coisas no estado em que estão.²¹⁰

Trata-se justamente do contrário ao que se busca e deve ocorrer no direito das sucessões, notadamente na sucessão testamentária. É necessária a alteração do regime posto, para que o comportamento social se altere. O ordenamento deve ser adaptado aos anseios sociais, para que o testamento efetivamente se torne uma ferramenta eficiente de disposição

²⁰⁷ GAUBATZ, John T. Notes toward modern wills act. **University of Miami Law Review**, Miami, v. 31, p. 499, 1977.

²⁰⁸ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: sucessões**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 189.

²⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. Revisão técnica de Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007. p. 16.

²¹⁰ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. Revisão técnica de Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007. p. 19.

patrimonial com efeitos após a morte do testador. Depois disso, haverá a alteração no comportamento social, utilizando-se mais o instrumento.

Assim, verifica-se que não há no ordenamento jurídico vigente uma via simplificada e ao mesmo tempo segura para se realizar um planejamento sucessório por testamento, que coadune com os anseios contemporâneos. O regime legal estabelecido pelo Código Civil de 2002, ao mesmo tempo que prevê o testamento como instrumento por excelência para a disposição de bens com eficácia *post mortem*, desestimula a sua utilização pelas razões retromencionadas.

3.2 O paradoxo das formalidades do testamento e a flexibilização judicial das formalidades testamentárias

O excessivo detalhamento das regras de elaboração do testamento e o rigor no cumprimento delas causa o paradoxo das formalidades. Da mesma forma, o paradoxo das formalidades do testamento acarreta a ampla flexibilização judicial das formalidades testamentárias. Eis o objeto de estudo do presente item.

Conforme se analisará na segunda parte desta tese, a doutrina costuma apontar a liberdade de testar como um princípio fundamental da tradição jurídica liberal. À propósito, trata-se de negócio jurídico realizado pelo titular de um patrimônio ou de questões existenciais, podendo dispô-las de acordo com a sua livre vontade, para produção de efeitos após a morte. De fato, é uma manifestação nítida da autonomia privada.

É de fácil compreensão a conclusão de que o indivíduo titular de direitos patrimoniais, os quais angariou ao longo da vida, seja por esforço material próprio ou por questões jurídicas que lhe atribuíram referidos direitos, deve ter garantida a faculdade de dispor e de antever o destino dos seus próprios bens depois da morte.

Entretanto, pela natureza ínsita do negócio jurídico testamento, para que se garanta a disposição dos bens após o falecimento do seu autor, são indispensáveis instrumentos assecuratórios de disposição de vontade legítima, livre e consciente, bem como de cumprimento fidedigno à essa vontade, no plano da eficácia.

O ordenamento jurídico brasileiro, tradicionalmente, utilizou-se de regras impositivas de formalidades na elaboração do testamento para que se auferissem essas duas garantias.

Em um primeiro momento, verifica-se na jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros o fiel cumprimento às regras de elaboração da cédula testamentária, com inúmeros testamentos anulados. Em termos práticos, nesses casos, impôs-se a aplicação das regras da

sucessão legítima à inventários judiciais em que o autor da herança havia externado sua vontade de disposição de seu patrimônio, mas desrespeitando uma regra formal.

Trata-se de situação inconveniente ao se analisar o sistema da sucessão testamentária. À propósito, Zeno Veloso adverte que, se dentro dos limites da ordem jurídica vigente, as manifestações de vontade do testador tem conteúdo normativo, como *lex privata*, devendo ser obrigatoriamente cumprida.²¹¹

Portanto, realça-se nessas situações concretas a preponderância do formal sobre o substancial, de modo que, por questões formalistas, a vontade do autor da herança não prevalece e é realizada a vontade genérica do legislador. Entretanto, a sociedade contemporânea trilha o caminho oposto, em que se prefere o substancial ao formal.

San Tiago Dantas, ainda na década de 90, já afirmava que o Direito moderno tende à transição para o antiformalismo, inclinando para a simplificação das formalidades dos atos jurídicos, em que pese excepcionar, naquela época, o testamento, pelo pretexto de se tratar de ato de especial importância na vida do indivíduo.²¹²

No direito comparado, Kenneth Reid, Marius de Wall e Reinhard Zeimmerman tratam da tendência de afastamento do formalismo testamentário, em prol da eficácia da vontade do testador.²¹³ Eles demonstram as mitigações das formalidades nos países como a Alemanha, Itália, Hungria, Estados Unidos, Espanha e Holanda.

Antony Vaquer Aloy, ao tratar das flexibilizações na Espanha, defende que não se pode admitir o rigoroso e reverente cumprimento das formalidades para além do estritamente necessário, de forma que esconda a própria essência do negócio jurídico *mortis causa*.²¹⁴

Em muitos casos, pode haver um mero descuido na elaboração do testamento que em nada afeta a vontade exposta e, mesmo assim, essa será nulificada pelo rigorismo formal aplicado ao testamento.

Como explica Melanie B. Leslie, a liberdade de testar se transforma em um mito, na medida em que as formalidades testamentárias buscam assegurá-la, mas, o rigorismo no seu

²¹¹ VELOSO, Zeno. Testamentos: noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito das sucessões e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 123.

²¹² DANTAS, San Tiago. **Direito de família e das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 505.

²¹³ REID, Kenneth G. C.; DE WALL, Marius J.; ZIMMERMANN, Reinhard (ed.). **Comparative Succession Law**, vol. 1: Testamentary Formalities. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 463.

²¹⁴ ALOY, Antoni Valquer. La relajación de las solemnidades del testamento. **Revista de Derecho Civil**, Zaragoza, v. 3, n. 4. Estudios, 2016, p. 13.

cumprimento, frustra a intenção do testador ao nulificar suas disposições de vontade em um momento que já não poderão mais ser retificadas ou refeitas.²¹⁵

O objetivo principal das formalidades testamentárias é garantir a deliberada intenção do testador, mas a insistência judicial no estrito cumprimento dessas formalidades fracassa essa intenção ao abortar as transferências que ele claramente pretendia fazer.²¹⁶ Em síntese, o formalismo derrota a vontade do titular do patrimônio a ser sucedido.

Portanto, evidencia-se um interesse a ser protegido: a vontade do testador. Isso porque as formalidades são impostas por essa razão. Já constatando o paradoxo das formalidades, doutrina e jurisprudência analisam paulatinamente como solucionar o imbróglio.

Dabus Maluf leciona que “[...] *da mesma forma que as formalidades são previstas para preservar a liberdade do testador e a conseqüente manifestação da sua vontade, se não forem observadas as formalidades previstas em lei, essas vontades não serão respeitadas.*”²¹⁷ E continua afirmando que é necessário aplicar o *favor testamenti*²¹⁸, na perspectiva da conservação dos negócios jurídicos. Para tanto, devem os juízes buscar o justo e razoável na maior medida possível para preservar a verdadeira vontade daquele que está para morrer, aplicando-se, quando necessário, a ponderação e proporcionalidade.

Na verdade, defende o autor que “*Os juízes não estão impedidos de conferir uma interpretação construtiva, teleológica, progressista às leis de forma, tendo em vista o caso concreto, flexibilizando assim algum preceito, cuja aplicação na integral dureza teria efeitos danosos.*”²¹⁹

Nos países de *common law* já se sedimentaram dois mecanismos para mitigar as formalidades testamentárias, quais sejam, o *substantial compliance doctrine* e o *dispensing power*.

Substantial compliance doctrine foi desenvolvida por John H. Langbein e sustenta-se na premissa de que um vício formal não deveria levar à nulidade automática do testamento.²²⁰ Para ele, ao se verificar um vício de formalidade no testamento, deve-se proceder a duas

²¹⁵ LESLIE, Melanie B. The Myth of Testamentary Freedom. *Arizona Law Review*, [s. l.], v. 38, p. 236, 1996.

²¹⁶ LESLIE, Melanie B. The Myth of Testamentary Freedom. *Arizona Law Review*, [s. l.], v. 38, p. 236, 1996.

²¹⁷ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 273.

²¹⁸ Para Max Kaser, trata-se de atribuir favorecimento maior ao testamento do que aos negócios jurídicos *inter vivos*. KASER, Max. *Direito privado romano*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 389.

²¹⁹ VELOSO, Zeno. Código Civil Comentado, p. 2089 apud MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 273.

²²⁰ LANGBEIN, John H. Substantial compliance with the Wills Act. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 88, n. 3, p. 489, 1975. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1510&context=fss_Papers. Acesso em: 27 nov. 2022.

análises: primeiro, se o documento apresentado consubstancia a intenção de que seja um testamento. Em outras palavras, trata-se da presença do *animus testandi*. Caso a verificação seja positiva, passa-se à segunda indagação: se as solenidades cumpridas se aproximam suficientemente das exigidas pela lei, na medida em que o aplicador do direito possa concluir que restam atendidos os propósitos da legislação.

De acordo com o *substantial compliance doctrine*, se o vício formal for considerado grave não é possível convalidar o testamento e, conseqüentemente, será ele declarado nulo. Langbein aduz que esse mecanismo de superação de formalidades não as maximiza, as minimiza ou as abole, mas sim se atem à função que desempenham, no intuito de garantir que o patrimônio seja distribuído conforme a vontade do testador.²²¹

No início da divulgação de seus estudos, Laingbein afirmou que a problemática em torno das solenidades testamentárias cinge-se especialmente na forma como os tribunais tratavam a inobservância, e não apenas na sua preponderância. Com efeito, para os atos jurídicos *inter vivos* a tendência é convalidá-los nos casos em que as finalidades das regras formais foram cumpridas, ainda que haja o descumprimento de uma formalidade. Em contrapartida, nos atos jurídicos *causa mortis* a ausência de alguma formalidade acarreta a automática nulidade.²²²

Segundo Laingbein a especial dificuldade do direito sucessório é a ausência de regras flexíveis aptas a se adaptarem às especificidades do caso concreto.²²³ Nesse sentido, ele aponta como solução a postura flexível dos aplicadores do Direito, no sentido de mitigar determinadas formalidades ausentes em algum testamento, por meio das duas indagações retromencionadas.

Em síntese, por essa teoria, seria possível validar um testamento defeituoso, desde que tivesse cumprido substancialmente as formalidades exigidas pela lei. Nos casos de defeito formal grave, não seria possível a convalidação, uma vez que se tornaria inviável a constatação da existência de uma legítima vontade testamentária, tampouco o cumprimento necessário das solenidades legais.

²²¹ LANGBEIN, John H. Substantial compliance with the Wills Act. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 88, n. 3, p. 513, 1975. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1510&context=fss_Papers. Acesso em: 27 nov. 2022.

²²² LANGBEIN, John H. Substantial compliance with the Wills Act. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 88, n. 3, p. 489, 1975. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1510&context=fss_Papers. Acesso em: 27 nov. 2022.

²²³ GAUBATZ, John T. Notes toward modern wills act. **University of Miami Law Review**, Miami, v. 31, p. 499, 1977.

De outro lado, o *dispensing power* consiste em mecanismo de abrandamento das formalidades testamentárias atribuído pela lei ao magistrado. Assim, é possível validar o ato jurídico ainda que ausente alguma formalidade essencial, desde que reste suficientemente comprovado que o documento apresentado em juízo se trata da manifestação de última vontade do falecido. A aplicação dessa ferramenta dispensa a graduação do vício formal, independente de ser grave ou não, porquanto a lei confere ao juízo sucessório esse poder.

Bruce H. Mann assevera que esse mecanismo de flexibilização das formalidades testamentárias é mais direto e efetivo em relação à *substantial doctrine*.²²⁴ Isso porque nesse sistema não há a obrigatoriedade de que o documento apresentado em juízo como testamento seja o único meio de prova de autenticidade e segurança do ato. O interessado pode comprovar por qualquer meio de prova legalmente aceito que aquela era a vontade do testador, ainda que não realizado com as solenidades testamentárias exigidas legalmente.

Segundo Mann, as formalidades podem ser relevantes na análise judicial de validação da deixa testamentária, entretanto apenas no que seja propositado a evidenciar a intenção do testador.²²⁵

Quanto a esse método de mitigação das formalidades de elaboração do testamento, verifica-se alguns inconvenientes. Primeiro porque poderia se transformar em um desestímulo à observância das formalidades testamentárias, de modo que qualquer documento seria apto a consubstanciar uma disposição de última vontade, o que contraria todo o modelo jurídico de testamento estabelecido até hoje.

Seria como desconsiderar a necessidade das formalidades legais, eliminando-as. Desse modo, uma alteração legislativa para permitir o *dispensing power* de forma irrestrita, sem critérios de aplicação, deixando à ampla discricionariedade do magistrado com base nas provas processuais, equivaleria à revogação das formas e formalidades do testamento.

Além disso, aumenta-se a insegurança jurídica do testamento para aquele que está elaborando a disposição de seus bens para depois da morte, porquanto não se sabe quais serão as provas apresentadas e qual será o entendimento aplicado pelo juízo que analisará o seu documento de manifestação de última vontade. Em outras palavras, não se sabe se as suas disposições serão cumpridas. De outro lado, também aumenta a possibilidade de um

²²⁴ MANN, Bruce. Formalities and formalism in the Uniform Probate Code. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, v. 142, p. 1040, 1994.

²²⁵ MANN, Bruce. Formalities and formalism in the Uniform Probate Code. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, v. 142, p. 1040, 1994.

documento qualquer ser considerado como testamento e determinar a distribuição de um patrimônio de forma diversa do que realmente pretendia o seu titular.

Por fim, quanto às críticas ao *dispensig power*, também destaca-se o aumento da judicialização, na mesma medida em que se desestimula o cumprimento das formalidades testamentárias.

Ao analisar essas questões, John Gareth Miller aponta que esses prejuízos são justificados em razão dos benefícios que o mecanismo agrega ao sistema sucessório, porque desloca a discussão para o ponto que realmente importa: a vontade do testador.²²⁶

Todavia, assim não se entende nesta Tese. A propósito, a vontade do testador apenas pode ser investigada e comprovada no momento da manifestação de vontade, enquanto vivo o seu autor, na medida em que o instrumento não pode ser analisado antes da abertura da sucessão. Trata-se de elemento volitivo, interno, de modo que qualquer investigação posterior ao seu falecimento se torna frágil.

Raphael Rego Borges Ribeiro ao analisar a questão da flexibilização judicial das formalidades testamentárias aduz que, no Brasil, a prática do Superior Tribunal de Justiça muito se aproxima da aplicação do *substantial compliance doctrine*, especialmente porque na análise do caso concreto o magistrado se atém em analisar se aquele é um vício formal leve ou grave.²²⁷

No Recurso Especial n. 1677931/MG²²⁸, discutiu-se a validade de um testamento público, sendo o autor da herança portador de deficiência visual. *In casu*, apontou-se a ausência da formalidade de dupla leitura, sem a leitura pela testemunha, bem como o fato de não constar expressamente a condição do cego na cédula e não haver assinaturas na primeira folha.

Na oportunidade, a relatora, Min. Nancy Andrighi, decidiu pela manutenção da validade do testamento, com fundamento na primazia da vontade do testador, quando esta não colide com normas de ordem pública, desde que comprovado por outros meios que resta mantida a higidez da vontade do autor da herança. Reconheceu-se no bojo do processo a plena capacidade do testador no momento da elaboração do instrumento *post mortem*, bem como

²²⁶ MILLER, John. Gareth. Substantial compliance and the execution of wills. **International and Comparative Law Quarterly**, London, n. 36, p. 575-584, 1987.

²²⁷ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Superando o rigor quanto às solenidades testamentárias: da substantial compliance ao dispensing power. **Revista Brasileira de Direito Civil: RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 26, p. 96, out./dez. 2020.

²²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.677.931/MG**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, julgado em 15 ago. 2017.

que não houve a desqualificação da declaração de última vontade por nenhuma testemunha, sendo que todas afirmaram que o tabelião leu o testamento ao testador, que, concordando com seus termos, após sua assinatura.

Nos fundamentos da decisão em comento, apontou-se a necessidade da presença de três requisitos para que se reconheça a validade de testamento que descumpra alguma norma formal extrínseca, quais sejam, capacidade do testador; atendimento aos limites do que pode dispor e; lícita declaração de vontade. Referido entendimento possui como finalidade primordial a preservação da vontade do falecido, que, à propósito, é o verdadeiro objetivo da imposição das regras de formalidade rígidas ao instrumento testamentário.

Nesse sentido, não consideraram plausível negar a validade e, conseqüente, eficácia do ato testamentário por mero rigor formal, sendo que a vontade do testador é realmente aquela expressa no instrumento. Caso essa fosse a opção adotada, a sucessão seria regulada segundo a vontade do legislador, em detrimento da própria vontade do falecido, contrariando até mesmo o direito à liberdade de testar, bem como a regra de subsidiariedade da sucessão legítima face à testamentária.

Verifica-se na *ratio decidendi* do referido recurso especial que se mantida a higidez da vontade do testador, a ser comprovada por outros meios de prova no contexto do processo e do testamento específico do caso concreto, deve-se dar prioridade à vontade do autor da herança e dar cumprimento à sua disposição de última vontade.

Ocorre que os critérios em comento são aplicados com ampla discricionariedade do juiz. *In casu*, os julgadores entenderam que uma leitura do testamento de um portador de deficiência visual é suficiente, sendo um vício superável, ante a presença dos outros requisitos. Entretanto, outro magistrado pode-se também entender que a lei impõe a exigência de duas leituras considerando a vulnerabilidade do interessado cego e que o descumprimento dessa formalidade seria vício gravíssimo e, portanto, insuperável.²²⁹ Eis a fragilidade do mecanismo jurisprudencial que vem sendo aplicado.

No bojo do Recurso Especial n. 1.583.314/MG²³⁰, discutiu-se a validade de testamento particular redigido, lido e assinado por apenas duas testemunhas. Reconheceu-se a validade

²²⁹ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **O direito das sucessões e a Constituição Federal de 1988**: reflexão crítica sobre os elementos do fenômeno sucessório à luz da metodologia civil-constitucional. 2019. 207 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

²³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.583.314/MG**. Civil. Processual civil. Procedimento de jurisdição voluntária de confirmação de testamento. Flexibilização das formalidades exigidas em testamento particular. Relatora: Min. Nancy Andrighi, julgado em 21 de agosto de 2018. Disponível em:

por maioria, sob o fundamento da possibilidade de flexibilização da formalidade preterida, por se tratar de vício meramente formal, notadamente, em razão da possibilidade de confirmação da vontade do testador por outros meios. Ademais, concluíram os julgadores, pelas provas apresentadas nos autos, inexistir dúvidas sobre a capacidade do testador e sua real vontade de dispor dos seus bens nos termos do testamento.

Nos termos do voto e relatoria da Min. Nancy Andrichi,

São suscetíveis de superação os vícios de menor gravidade, que podem ser denominados de puramente formais e que se relacionam essencialmente com aspectos externos do testamento particular, ao passo que vícios de maior gravidade, que podem ser chamados de formais-materiais porque transcendem a forma do ato e contaminam o seu próprio conteúdo, acarretam a invalidade do testamento lavrado sem a observância das formalidades que servem para conferir exatidão à vontade do testador.²³¹

Logo, tem-se firmado no âmbito do STJ o entendimento no sentido de que aspectos formais externos que não comprometem o conteúdo das disposições testamentárias são passíveis de superação quando não observados, desde que comprovada por outros meios a higidez da vontade do testador. De outro lado, aspectos formais-materiais, que se relacionam ao conteúdo do instrumento em análise são impassíveis de saneamento, uma vez que impossibilitará a constatação da real vontade do testador.

O que esse entendimento visa é compatibilizar a segurança jurídica do testamento com a manutenção da vontade do testador, abrandando os rigores formais. No julgamento do REsp 365.011²³², o ministro Marco Aurélio Bellizze lembrou que a Corte, a partir do REsp 302.767²³³, tem "contemporizado" o rigor formal do testamento, atribuindo-lhe validade sempre que estiver presente a real vontade do testador, manifestada de modo livre e consciente.

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1742164&num_registro=201600402892&data=20180823&formato=PDF. Acesso em: 14 jan. 2022.

²³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.583.314/MG**. Civil. Processual civil. Procedimento de jurisdição voluntária de confirmação de testamento. Flexibilização das formalidades exigidas em testamento particular. Relatora: Min. Nancy Andrichi, julgado em 21 de agosto de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1742164&num_registro=201600402892&data=20180823&formato=PDF. Acesso em: 14 jan. 2022.

²³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de divergência em agravo em Recurso Especial n. 365.011/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 5 de agosto de 2015.

²³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 302.767/PR**. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 5 jun. 2001.

Da mesma forma, a ministra Nancy Andrighi, ao analisar o REsp 1.633.254²³⁴, observou que, em se tratando de sucessão testamentária, o objetivo a ser alcançado é a preservação da manifestação de última vontade do falecido. Segundo ela, as formalidades previstas em lei devem ser examinadas à luz dessa diretriz.

Dessa forma, pela análise contextual e conjunta da tendência de flexibilização das formalidades testamentárias demonstrada pelo Superior Tribunal de Justiça, o aspecto primordial é a higidez da vontade do testador estar devidamente comprovada, ainda que sem a presença de todas as testemunhas exigidas ou outra formalidade puramente formal.

Vieira de Carvalho aduz que se trata do fenômeno de dessolenização do testamento, conceituando-o como

[...] abrandamento das solenidades testamentárias de cada tipo de testamento permitido, ordinários ou especiais, em favor da sobrevivência do testamento (in favor testamenti), sobretudo para que a vontade do testador possa prevalecer (art. 1.899 do CC), em especial, repisamos, quando sua capacidade testamentária ativa não for posta em jogo.²³⁵

Trata-se de uma alternativa do intérprete da lei para solucionar o problema gerado pelo paradoxo das formalidades e diante da inércia do legislador. Plausível a solução buscada pelo aplicador do Direito, uma vez que a legislação não cumpriu seu papel de adaptação à realidade dos interesses na sucessão hereditária. Entretanto, exsurge-se o inconveniente da ausência de parâmetros previamente determinados para o exercício do juízo de razoabilidade na referida mitigação.

Desse modo, forçoso concluir que fica ao juízo do intérprete atribuir validade à cédula testamentária. Consequentemente, em termos práticos, o que se define é como se sucederá aquele patrimônio, se pela vontade do testador, que o intérprete considera válida, ou pela vontade do legislador. No caso posto a julgamento ao intérprete, a decisão gera importantes reflexos nos interesses patrimoniais, afinal, algum(s) do(s) sucessor(es) interessado(s) será beneficiado(s) em detrimento de outro(s), a depender da regra sucessória a ser aplicada, se a testamentária ou a legal.

Vale ressaltar também outro ponto contrário a esse entendimento jurisprudencial. Parte da doutrina, quando da análise da hermenêutica das disposições testamentárias, afirma que na

²³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.633.254/MG**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, julgado em 11 mar. 2020.

²³⁵ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 635.

interpretação do testamento o juiz deve ser ater aos limites do seu conteúdo, não podendo utilizar-se de outros meios ou documentos externos.

Afirma-se que documentos particulares que não compõem o testamento não são aptos à comprovar a real intenção do testador no exato momento em que elaborou o instrumento, uma vez que a vontade humana é ambulatoria e mutável.²³⁶ Da mesma forma, não se admite o testamento *per relationem*, em que o testador se reporta à atos e documentos alheios ao testamento e instrui terceiros sobre sua vontade.²³⁷

O art. 1.858 do Código Civil determina que o testamento é ato personalíssimo e pode ser alterado a qualquer tempo pelo testador.²³⁸ Exatamente por essa razão, o Código Civil dispõe expressamente como se dá a alteração e revogação de testamento.²³⁹

Com efeito, assim como é inconveniente sepultar a vontade do autor da herança com a invalidação do seu testamento e aplicação subsidiária das regras de vocação hereditária do Código Civil, por outro lado, também é repulsada a aplicação de conteúdo testamentário que não exprime a real e legítima vontade do falecido. Agrava-se mais a situação, quando se utiliza para comprovação da higidez da manutenção da vontade outros elementos alheios ao instrumento.

À propósito, por mais que o argumento da exigência de manutenção da higidez da vontade do testador seja consentâneo e atenda o propósito da lei, a aplicação prática é abstrata. Dificilmente, se consegue atribuir certeza aos outros meios de prova para considerar que aquela era realmente a vontade do falecido.

O contexto probatório de um processo que analisa a validade da vontade de alguém ausente constante em um documento dificilmente é apto a atribuir certeza sobre a higidez da vontade. De fato, o testamento público goza de presunção relativa de autenticidade e facilmente pode-se depreender a real, livre e consciente vontade do testador, em que pese descumprida alguma formalidade imposta legalmente. Isso porque o tabelião de notas,

²³⁶ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Do planejamento sucessório e testamento: interpretação testamentária e cláusulas condicionais. Breves notas. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord). **Arquitetura do planejamento sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. t. III, p. 531.

²³⁷ PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas: na sucessão legítima e testamentária**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 302.

²³⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

²³⁹ Nesse ponto, insta salientar que o art. 1.969 do Código Civil impõe que o testamento possa ser revogado pelo mesmo modo e forma como pode ser feito. Ademais, o art. 1.972 determina que o testamento cerrado que for aberto ou dilacerado pelo testador ou com o seu consentimento também considera-se revogado.

profissional do direito, dotado de fé pública, atesta e qualifica a capacidade e vontade do testador no momento em que é elaborado o testamento.

O mesmo ocorre com o testamento cerrado, em que, no momento de costurar e lavrar o auto de aprovação, o notário atesta a capacidade e sanidade do testador, que afirma ser aquele o seu testamento. Entretanto, o mesmo não se verifica com o testamento particular, que é elaborado no âmbito estritamente privado.

Portanto, o que se pretende afirmar é que a manutenção da higidez da vontade do testador, utilizada pela jurisprudência brasileira para solucionar o paradoxo das formalidades, apesar de teoricamente resolver o problema posto, é abstrata, admitindo exercício de juízo de valor do intérprete, especialmente nos testamentos particulares.

Ademais, percebe-se que a jurisprudência do STJ caminha no sentido de considerar a classificação dos vícios testamentários em meramente formais e formais-materiais como um parâmetro a ser utilizado nos casos concretos. Todavia, a aplicação dessa classificação também é impregnada de juízo de valor, isso porque o legislador não apontou nenhuma diferenciação entre as formalidades legais existentes. Na verdade, ao definir se determinado vício é meramente formal ou se repercute diretamente na vontade do testador, emite-se um juízo de valor, que pode ser alterado a depender do julgador.

Nessa linha, ao classificar o vício de determinado testamento estar-se-á definindo se ele é superável ou insuperável, para, ao final, aplicar as regras de sucessão hereditária e distribuir o patrimônio do falecido de acordo com as disposições testamentárias ou com as normas legais.

Dessa forma, evidencia-se a fragilidade da aplicação dos parâmetros criados pela jurisprudência brasileira, sobretudo porque não são critérios arrimados em nenhuma regra legal. A propósito, não há no Código Civil nenhum dispositivo que respalda a divisão dos vícios formais e sua consequente superação. Frise-se que o testamento é negócio jurídico que o legislador atribuiu a maior solenidade do ordenamento, considerando a ausência do seu autor no momento da produção de seus efeitos.

Além disso, verifica-se que nos julgados mencionados utiliza-se como critério para avaliar a possibilidade de flexibilização o cumprimento do limite do que se pode dispor em testamento. Entretanto, se trata de aspecto material do testamento, que é resolvido com a aplicação das regras de redução das disposições testamentárias, em nada se relacionando com a higidez da vontade do testador ou com a segurança do que pretendia.

Há que se considerar também outro inconveniente da dita flexibilização. Nos termos do Código Civil de 2002, as formalidades de elaboração do testamento devem ser

rigorosamente cumpridas, sob pena de nulidade da vontade. Na esteira das disposições do legislador, as hipóteses de mitigação das formalidades testamentárias foram antecipadas expressamente.

No art. 1.879 do Código Civil, faculta-se ao juiz reconhecer a validade de testamento particular que não apresenta testemunhas, desde que o motivo justificador e excepcional esteja expresso no próprio instrumento testamentário e que este seja escrito de próprio punho. Trata-se do denominado testamento particular excepcional ou simplificado, nas palavras de Dimas Messias.²⁴⁰

Afigura-se uma situação excepcional, em que o testamento particular manteria sua validade ainda que elaborado sem a presença de nenhuma testemunha. Nota-se que são exigidos dois requisitos, quais sejam, a expressa menção na cédula testamentária do motivo excepcional que justifique a ausência das testemunhas, bem como que seja o testamento de emergência escrito de próprio punho.

Giselda Hironaka exemplifica a hipótese com a situação em que o testador se encontra em local ermo, sem pessoas de sua confiança, ou as que existam seja justamente as beneficiárias do instrumento.²⁴¹ José Fernando Simão também exemplifica com a situação em que a pessoa está correndo sério perigo de vida por uma onda de violência em uma grande cidade.²⁴²

A expressão “circunstâncias excepcionais” no texto normativo do dispositivo em análise é conceito aberto deixado pelo legislador, que demanda análise cuidadosa do juiz caso a caso, uma vez que se trata de hipótese excepcional. Segundo a regra legal, apenas nesse âmbito admite-se um juízo de valor do magistrado. O aplicador da lei deve buscar a verdade dos fatos que impediram a presença das testemunhas, declarando nulidade de eventual fraude à vontade do falecido.²⁴³ Isso porque a ausência da presença das testemunhas fragiliza o testamento, na medida em que elas representam a confirmação de que a vontade expressa no instrumento foi a real vontade do testador no momento da elaboração do ato.

²⁴⁰ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Sucessões**: inventário e partilha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 108.

²⁴¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CAHALI, Francisco José. **Curso avançado de direito civil: direito das sucessões**. Coordenado por Everaldo Augusto Cambler. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 6, p. 277.

²⁴² SIMÃO, José Fernando. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1494.

²⁴³ SIMÃO, José Fernando. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1494.

Dessa forma, a dispensa de testemunhas é situação excepcionalíssima, que por imposição legislativa deve estar expressa no instrumento testamentário. Se o motivo afirmado pelo testador é apto a justificar a ausência das testemunhas é critério a ser verificado pelo juiz, no momento da confirmação judicial do testamento particular. Esse juízo de ponderação é legítimo, uma vez que atribuído expressamente pelo legislador.

Vale mencionar o Enunciado n. 611 da VII Jornada de Direito Civil, dispondo que:

O testamento hológrafo simplificado, previsto no art. 1.879 do Código Civil, perderá sua eficácia se, nos 90 dias subsequentes ao fim das circunstâncias excepcionais que autorizaram sua confecção, o disponente, podendo fazê-lo, não testar por uma das formas testamentárias ordinárias.²⁴⁴

Trata-se de enunciado doutrinário que visa auxiliar o juiz na análise da validade do testamento particular sem testemunhas.

Diante disso, defende-se que outras hipóteses não podem ser criadas para validar o testamento particular sem testemunha. Ora, para que o testamento hológrafo seja válido são exigidas três testemunhas. Em hipóteses excepcionais, devidamente justificadas no instrumento, este será válido sem a presença de testemunhas, por expressa previsão legal, que exigem esses requisitos. Outras hipóteses de flexibilização nessa situação específica ultrapassaria a verdadeira intenção do legislador.

A segunda hipótese de mitigação legal das formalidades trata-se do art. 1.878, parágrafo único do Código Civil vigente. Prevê o dispositivo que, caso falte alguma das testemunhas do testamento particular no momento de sua confirmação, por morte ou ausência, e, se pelo menos uma delas o reconhecer, poderá ser, ainda assim, considerado válido pelo juiz, se houver prova suficiente de sua veracidade. O dispositivo autoriza que o juiz considere válido o testamento particular, ainda que ausentes as testemunhas na confirmação de suas assinaturas. Para tanto, admite-se vasta produção probatória, porquanto deverá ser verificada a veracidade do testamento por outros meios.²⁴⁵

Relevante apontar a necessidade imposta pelo dispositivo em comento de que pelo menos uma das testemunhas confirme e reconheça o testamento, bem como que o texto normativo aponta causas objetivas de ausência das testemunhas, quais sejam, morte ou

²⁴⁴ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). Enunciado nº 611, VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Brasília, DF: CJF, 2015. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/824>. Acesso em: 2 jan. 2023.

²⁴⁵ SIMÃO, José Fernando. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1494.

ausência. Percebe-se que a própria legislação flexibilizou a presença de todas as três testemunhas no momento da confirmação do testamento particular, contudo, elencando requisitos que devem ser cumpridos. Nessa linha, eventual flexibilização na mesma hipótese apontada no art. 1.878 do CC/02 que não cumpra as exigências expressas afigura-se ilegítima e contrária a lei.

Portanto, se pode afirmar que a ausência de todas as testemunhas do testamento particular impede sua validade e produção de efeitos, porquanto restaria totalmente frágil qualquer constatação de sua veracidade. À propósito, a ausência total de testemunhas na confirmação do testamento somente é admitida nos termos do art. 1.879 do CC/02, analisado alhures, o qual impõe circunstâncias excepcionais devidamente descritas na cédula testamentária.

Diante das duas hipóteses legais de flexibilização das formalidades de elaboração do testamento, fragiliza-se teoricamente a atuação judicial nessa seara. Isso porque é evidente que o legislador previu que era possível existir situações fáticas em que seria extremamente dificultoso o cumprimento das regras e disciplinou expressamente as hipóteses em que se pode validar a vontade testada ainda que ausente a formalidade.

Apesar disso, no julgamento do REsp 1.583.314²⁴⁶, o STJ convalidou testamento particular realizado na presença de apenas duas testemunhas e sem situação emergencial especificada na cédula testamentária ou ausência/falecimento de uma delas. Nesse precedente, a Corte Superior considerou que a ausência de uma testemunha não atrai a exigência do art. 1.879 do Código Civil, uma vez que essa regra se aplicaria apenas no caso de ausência total de testemunhas, bem como classificou o vício, como puramente formal e, portanto, passível de superação.

Nas palavras da relatora Min. Nancy Andrighi,

[...] o desrespeito à formalidade consubstanciada na ausência de leitura do testamento particular a uma das testemunhas, conjuntamente com as demais e com o próprio testador, isoladamente considerado, não se revela apto a viciar o próprio conteúdo do ato de disposição, tratando-se, assim, de um vício puramente formal.²⁴⁷

²⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial n. 1.583.314/MG**. Civil. Processual civil. Procedimento de jurisdição voluntária de confirmação de testamento. Flexibilização das formalidades exigidas em testamento particular. Relatora: Min. Nancy Andrighi, julgado em 21 de agosto de 2018. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1742164&num_registro=201600402892&data=20180823&formato=PDF. Acesso em: 14 jan. 2022.

²⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 878.694/MG**. Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. Recorrido: Rubens Coimbra Pereira e outro (a/s). Relator: Min. Luís Roberto

Ocorre que a exigência legal da presença de três testemunhas, bem como a redação dos arts. 1.878, p.u., e 1.879 não é despreziosa. Pelo contrário, o legislador exigiu três testemunhas justamente para resguardar a legitimidade da vontade do testador já falecido, uma vez que, caso uma das testemunhas questione ou não confirme o teor do testamento a que se pretende cumprir, o mesmo será invalidado judicialmente. Consequentemente, quando se modifica a exigência para duas testemunhas, fragiliza-se o conteúdo do testamento.

Os mesmos argumentos utilizados nesse julgado poderiam ser empregados no caso de um testamento assinado por apenas uma testemunha, o que também contribui para a fragilidade dessa mitigação.

Ademais, é evidente que o ordenamento não permite essa flexibilização, porquanto no art. 1.878, p.u. do Código Civil, elencou expressa e objetivamente apenas duas situações em que se admite a confirmação do testamento por apenas duas testemunhas, quais sejam, ausência ou morte.

Corroborando a afirmação de que a classificação dos vícios do testamento para aplicação das flexibilizações utiliza-se do juízo de valor do aplicador da norma, nesse mesmo caso concreto, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais considerou que a ausência da terceira testemunha deve ser considerada como vício substancial, impedindo a convalidação da cédula testamentária.²⁴⁸

Verifica-se, portanto, que há divergências na classificação de um vício formal, a depender do critério de cada julgador. Diante dessa diversidade de entendimentos

Barroso, 25 de outubro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>. Acesso em: 14 jun. 2022.

²⁴⁸ Nesse sentido, confira-se teor da ementa da apelação cível em comento: “[...] Os rigores legais quanto à presença das testemunhas para a validade do testamento particular podem ser atenuados apenas nos casos em que por outros meios e circunstâncias se possa concluir seguramente pela veracidade da declaração e sua correspondência à vontade do testador, manifestada consciente e livremente, sendo esta a finalidade visada pelas exigências de forma previstas em lei. - A terceira testemunha signatária do documento declarou em Juízo não ter presenciado a leitura do testamento, nem a declaração da vontade ou assinatura do termo pela testadora, não havendo nos autos a apresentação de qualquer justificativa ou situação excepcional para que não fosse observada a exigência do art. 1.875, §2º, do CC/02 a esse respeito.” MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação cível 1.0220.14.000802-4/001**. Apelação cível. Confirmação de testamento particular. Procedimento de jurisdição voluntária. Declaração. Preterição de formalidade legal. Nulidade. Ausência de justificativa. Relatora: Des.(a) Heloisa Combat, julgado em 28 de abril de 2015. Disponível em:

jurisprudenciais e insuficiência de critérios legais, torna-se inseguro perante o titular de um patrimônio dispor de seus bens para depois da sua morte por meio de testamento.

Vale mencionar o entendimento de Raphael Rego Borges Ribeiro. Para ele, a aplicação do princípio do *favor testamenti* no STJ, que muito se assemelha à *substantial compliance doctrine*, possui dois aspectos problemáticos. O primeiro consiste no “[...] *forte apego ao formalismo, ainda que mitigado*”, uma vez que continua a considerar a forma como meio de garantir a autenticidade e segurança da manifestação de última vontade. O segundo se trata da ausência de critérios para graduar os vícios como de menor ou maior gravidade.²⁴⁹

O que Ribeiro propõe é a aplicação do *dispensing power* pelos tribunais brasileiros, arrimados no art. 723, parágrafo único, do Código de Processo Civil²⁵⁰, sem a necessidade de atuação legislativa. Nesse sentido, considerando que o procedimento de registro e cumprimento de testamento é de jurisdição voluntária, não fica o magistrado adstrito à legalidade, “[...] *podendo adotar a solução que considerar mais conveniente e oportuna*.”²⁵¹ Consequentemente, o ordenamento vigente já atribuiria poderes para aplicação ampla desse mecanismo de flexibilização.

Ao final, Ribeiro também defende a possibilidade de um sistema misto no Brasil, na medida em que seria possível a aplicação das duas teorias de flexibilização das formalidades de elaboração do testamento, nos seguintes termos

Podemos então admitir uma presunção *juris tantum* decorrente da *substantial compliance*, ou seja, da observância formal significativa: se o defeito foi mínimo, presume-se que a despeito dele ali há um testamento válido, devendo os interessados na declaração de nulidade demonstrar que houve prejuízo à veracidade ou ao conteúdo do ato de disposição. Por outro lado, um vício solene mais grave gera uma presunção relativa de invalidade, cabendo aos interessados na confirmação do testamento comprovar que os valores perseguidos pelo formalismo foram adequadamente atendidos no caso concreto.²⁵²

²⁴⁹ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Superando o rigor quanto às solenidades testamentárias: da *substantial compliance* ao *dispensing power*. **Revista Brasileira de Direito Civil: RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 26, p. 98, out./dez. 2020.

²⁵⁰ O dispositivo prevê: “Art. 723. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias. Parágrafo único. O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna.”

²⁵¹ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Superando o rigor quanto às solenidades testamentárias: da *substantial compliance* ao *dispensing power*. **Revista Brasileira de Direito Civil: RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 26, p. 103, out./dez. 2020.

²⁵² RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Superando o rigor quanto às solenidades testamentárias: da *substantial compliance* ao *dispensing power*. **Revista Brasileira de Direito Civil: RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 26, p. 98, out./dez. 2020.

Ainda assim, percebe-se que a discricionariedade do magistrado gera a insegurança no ato de testar. Continua havendo a necessidade de graduação do vício, em menor ou maior gravidade, bem como se desconsidera por completo a solenidade ínsita ao ato testamentário. Como se desenvolverá adiante, a segurança jurídica é fulcral no testamento, essencialmente por se tratar de um ato jurídico com eficácia apenas após a morte do seu autor.

Não se olvida que a aplicação cega das imposições legais pelo juízo sucessório é insuficiente e ultrapassada, de modo que também não se coaduna com os anseios contemporâneos. Entretanto, as normas legais vigentes sobre o testamento representam entraves as soluções propostas baseadas na hermenêutica. O que se tem feito é desconsiderar ditas regras em prol da manutenção da vontade do testador, fundamentando-se na discricionariedade judicial na análise das provas do processo.

De outro lado, o que se propõe nesse trabalho é a razoabilidade entre a segurança jurídica necessária ao testador no momento de elaboração das disposições de vontade e no momento da produção de efeitos do ato, reformulando o sistema legal de tratamento das formalidades do testamento. É necessário que o testador se sinta seguro de que sua real intenção será cumprida quando não estiver mais presente.

Nessa linha, o que mais atenuante das questões postas em juízo é o crescente número de testamentos que vem sendo questionados. Busca-se nessa Tese encontrar caminhos aptos à garantirem a disposição de última vontade, de forma a prescindir da análise discricionária judicial.

A dinamicidade das relações sociais impõe uma resposta rápida aos problemas apresentados. Diante da inércia legislativa a respeito da matéria e do descompasso com os interesses e práticas da sociedade contemporânea, pretende-se a readequação.

Do mesmo modo, acresce-se que a imposição exacerbada de formalidades atrai a atuação desnecessária do Judiciário para que possa mitigá-las em prol da vontade do testador, fragilizando, de maneira geral, o testamento. Assim, considerando a ausência de alterações nas regras legais da sucessão testamentária por mais de cem anos, impõe-se uma adequação legislativa da matéria, especialmente quanto às formalidades impostas para cada tipo de testamento.

3.3 Da imposição de intervenção judicial no inventário e partilha com testamento: fator de desestímulo ao ato de testar

Após o falecimento de uma pessoa é necessário se proceder ao inventário e partilha de seus bens, aplicando-se as regras do direito sucessório. O inventário consiste em procedimento no qual se reúnem os elementos da sucessão *causa mortis*, tais como a herança, as dívidas, os herdeiros e legatários, para que sejam cumpridas as obrigações do defunto e, depois, se dê a partilha do seu patrimônio sucessível.²⁵³

Maximiliano salienta a acepção ampla e comum do termo inventário, “[...] *de processo no qual se descrevem e avaliam os bens de pessoa falecida, e partilham entre os sucessores da mesma o que sobra depois de pagos os impostos, as despesas forenses e as dívidas passivas reconhecidas pelos herdeiros*”.²⁵⁴

É cediço que vigora no Direito brasileiro a *saisine*, que determina a imediata transmissão da herança aos herdeiros legítimos, nos termos do art. 1.784 do Código Civil. Transmite-se a herança como um todo unitário, universalidade de bens, que possui natureza de condomínio até que se ultime a partilha. O inventário é o procedimento em que serão delimitados a qualidade e a quantidade dos bens componentes do quinhão hereditário de cada herdeiro, bem como do cônjuge ou companheiro meeiro.

Paulo Cesar Pinheiro Carneiro explica que “*Em termos sucintos, no inventário serão arrolados e avaliados os bens do monte, citados ou habilitados os herdeiros, pagas as dívidas reconhecidas, colacionados os bens doados em vida pelo falecido, e calculado o imposto devido pela transmissão.*”²⁵⁵

Após o inventário, ocorrerá a partilha com determinação e individualização do que se haverá de atribuir a cada um dos herdeiros, colocando fim à comunhão hereditária. Portanto, a partilha é a fase final do procedimento de sucessão.

A partilha pode ser amigável ou litigiosa. A primeira trata dos casos em que os interessados estejam concordes com os termos em que haverá a distribuição do monte-mor, enquanto a litigiosa pressupõe o desacordo entre eles.

No Brasil, o Código de Processo Civil admite duas formas de processamento do inventário e partilha: o judicial e o extrajudicial. Disciplina esse diploma legislativo que nos casos de sucessão hereditária com testamento ou herdeiro incapaz é obrigatório o procedimento de inventário e partilha judicial. Complementado, os parágrafos primeiro e segundo desse dispositivo facultam o processamento extrajudicial, por escritura pública

²⁵³ PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas**: na sucessão legítima e testamentária. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 369.

²⁵⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v. 3, p. 1.421.

²⁵⁵ CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. **Inventários e partilhas**: judicial e extrajudicial. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 18.

lavrada em tabelionato de notas, nos casos de todos os interessados serem capazes e estarem concordes, desde que participe do ato advogado ou defensor público.

Com efeito, o art. 610 do *códex* processual determina

Art. 610. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial.

§ 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.²⁵⁶

O processamento extrajudicial do inventário e partilha se deu com o advento da Lei n. 11.441/2007²⁵⁷, que alterou o Código de Processo Civil de 1973, em vigor à época para incluir a possibilidade de realização de inventário, partilha, divórcio e separação consensuais por meio de escritura pública. Ressalta-se que o Código de Processo Civil de 2015 basicamente repetiu a regra no art. 610.

Verifica-se que a Lei n. 11.441/07, regulamentada posteriormente pela Resolução n. 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça e pelas corregedorias estaduais, foi criada como forma de manifestação da tendência e necessidade de extrajudicialização, uma vez que os processos judiciais de inventário, partilha, divórcio e separação se mostravam extremamente morosos.

À propósito, na apresentação do PL n. 4.725/2004, que deu origem à referida lei, mencionou-se como justificativa as diretrizes da racionalidade e celeridade da prestação jurisdicional. Ademais, aduz-se a ausência de

[...] motivo razoável de ordem jurídica, de ordem lógica ou de ordem prática que indique a necessidade de que atos de disposição de bens, realizados entre pessoas capazes - tais como os supracitados, devam ser necessariamente processados em

²⁵⁶ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de mar. 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 16 jan. 2023.

²⁵⁷ BRASIL. **Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007**. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm. Acesso em: 14 jan. 2023.

juízo, ainda mais onerando os interessados e agravando o acúmulo de serviço perante as repartições forenses.²⁵⁸

É notório que a lei que se comenta surgiu da tendência de extrajudicialização dos procedimentos que não necessitam de uma providência jurisdicional. O intuito era desafogar o Poder Judiciário e, conseqüentemente, permitir uma prestação de serviço célere e eficiente nos demais procedimentos que exigem impreterivelmente o pronunciamento judicial.

Zeno Veloso, em comentários à Lei em testilha pontua que fica a disposição do interessado um procedimento simplificado, sem idas e vindas e sem a burocracia do Poder Judiciário. Continua afirmando que “[...] o cidadão passou a ter razoável certeza do momento em que começa e da hora em que acaba o procedimento, a solução de seu problema.”²⁵⁹ Essa observação é salutar quando se analisa a segurança do testador no momento de elaboração do instrumento.

Na mesma linha, vale reproduzir as seguintes palavras de Benedito e Amorim

O novo modo de inventário, qualificado como extrajudicial, notarial ou administrativo, tem o propósito de facilitar a prática do ato de transmissão dos bens, porque permite modo mais simples e célere para resolver a partilha. Com isso reduz a pletora dos serviços judiciais, abrindo campo a um procedimento extrajudicial no Ofício de Notas, afastando os rigores da burocracia forense para a celebração de um ato notarial que visa cancelar a partilha amigavelmente acordada entre meeiro(a) e herdeiros e o recolhimento dos impostos devidos. Com isso, reserva-se ao juiz a análise das questões mais complexas no plano sucessório, conquanto se resguarde o direito dos cidadãos de recorrerem, quando entenderem necessário, ao inventário na esfera judicial.²⁶⁰

Da forma como posto percebe-se que o inventário e partilha de falecido sem testamento pode ser simplificado e célere, caso os interessados optem pela via extrajudicial. Em contrapartida, a partilha daquele patrimônio em que falecido deixou testamento é esquecido pela medida de extrajudicialização e considerado um procedimento dependente de pronunciamento judicial.

²⁵⁸ BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.725, de 2004**. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2004. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1D2C604FA4D3E2FE9E7ED5B1F4F4DB1C.node1?codteor=272445&filename=Avulso+-PL+4725/2004. Acesso em: 2 jan. 2023.

²⁵⁹ VELOSO, Zeno. Lei nº 11.441, de 04.01.2007: aspectos práticos da separação, divórcio, inventário e partilha consensuais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e responsabilidade**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010. p. 103.

²⁶⁰ OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. **Inventário e partilha: teoria e prática**. 27 ed. rev. e atual. em face do novo Código Civil. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 171.

Algumas corregedorias estaduais, no exercício das suas atribuições de normatizar complementarmente os procedimentos extrajudiciais, incluíram nos seus provimentos que regem os serviços notariais a possibilidade de lavratura da escritura pública de inventário e partilha com testamento que fosse previamente declarado nulo, caduco ou inválido judicialmente, com trânsito em julgado. Nesses termos procedeu a CGJ do TJMG no art. 224, §1º, do Provimento-Conjunto n. 93/2020²⁶¹ e a CGJ do TJSP, conforme item 130.1, Cap. XVI, do Prov. 58/89.²⁶²

Nesses casos, é intuitiva a ausência de empecilho para o procedimento por escritura pública, uma vez que o testamento deixado não produz nenhum efeito na partilha a ser realizada, bem como já houve a invalidação do instrumento previamente por manifestação e análise judicial. Mas para os demais casos, com testamento válido, o ordenamento parecia proibir absolutamente o processamento do inventário extrajudicial.

O relator do Projeto de Lei em comento na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados justificou a restrição

[...] ao fato de que a prática forense tem demonstrado que a interpretação desses documentos geralmente suscita grandes divergências entre os herdeiros, o que aumenta consideravelmente as chances de uma partilha consensual, posteriormente, transformar-se litigiosa, o que inutilizaria os atos praticados no procedimento extrajudicial.²⁶³

A questão foi veiculada em procedimento de pedido de providências suscitado pelo 7º Tabelião de Notas da Capital de São Paulo, perante a 2ª Vara de Registros Públicos de São Paulo. Na oportunidade, o magistrado, apesar de elogiar a medida de extrajudicialização do inventário e partilha, mencionou que o ordenamento impunha a obrigatoriedade do procedimento judicial quando houver testamento, “[...] *porquanto há necessidade de se aferir*

²⁶¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Provimento Conjunto n. 93/2020**. Institui o Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, que regulamenta os procedimentos e complementa os atos legislativos e normativos referentes aos serviços notariais e de registro do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: TJMG, 2020. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/vc00932020.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2022.

²⁶² SÃO PAULO. **Corregedoria Geral da Justiça. Provimento nº 58/89**. Normas de serviço. Cartórios extrajudiciais: tomo II. São Paulo: TJSP, 1989. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=138285>. Acesso em: 2 jan. 2023.

²⁶³ HANDS, Maurício apud MAZZEI, Rodrigo; SANT'ANA, João Maurício Brambati. Inventário extrajudicial e a existência de testamento: um estudo exploratório das disciplinas internas das corregedorias dos Tribunais de Justiça Brasileiros. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 18, n. 105, p. 9-10, nov./dez. 2021.

*e cumprir (conforme os limites impostos à autonomia privada na espécie) a vontade do testador, o que não pode ser afastado mesmo concordes os herdeiros e legatários.”*²⁶⁴

Mas também é cediço que o Código de Processo Civil prevê especialmente o procedimento judicial de abertura, registro e cumprimento do testamento, no Capítulo XV – dos procedimentos de jurisdição voluntária, especificamente nos arts. 735 a 737. Provavelmente essa foi uma das razões para a vedação do procedimento extrajudicial de inventário e partilha com testamento, no sentido de que a validação da vontade do testador só poderia ocorrer por análise judicial.

Parte da doutrina já criticava desde a promulgação da Lei n. 11.441/2007 a vedação absoluta ao processamento extrajudicial para os inventários com testamento. Pinheiro Carneiro adverte ser necessário temperar a regra do art. 610 do Código de Processo Civil, para os casos em que o testamento fosse previamente apresentado, aberto e registrado judicialmente, ocorrendo apenas seu cumprimento extrajudicial, junto com o inventário e partilha por escritura pública. O autor defende que depois de lavrada a escritura de inventário e partilha, o notário deve apresentá-la em juízo para comprovar o cumprimento do testamento aberto e registrado. Menciona, ainda, que, nessa esteira, “[...] não há que se falar em qualquer tipo de prejuízo na utilização desse mecanismo, pois o ato alcançou todas as finalidades que lhe são próprias e não gerou qualquer tipo de prejuízo para as partes.”²⁶⁵

Flávio Tartuce também ressalta a possibilidade de inventário extrajudicial quando houver apresentação prévia do testamento em juízo. Nesse sentido, afirma

Com o devido respeito, a minha posição sempre foi no sentido de que os diplomas legais que exigem a inexistência de testamento para que a via administrativa do inventário seja possível devem ser mitigados, especialmente nesses casos em que os herdeiros são maiores, capazes e concordam com esse caminho facilitado, havendo prévio processamento de abertura do testamento na via judicial. Nos termos do art. 5.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o fim social da Lei 11.441/2007 foi a redução de formalidades, devendo essa sua finalidade sempre guiar o intérprete do Direito. O mesmo deve ser dito quanto ao CPC/2015, inspirado pelas máximas de desjudicialização e de celeridade, em vários de seus comandos.²⁶⁶

²⁶⁴ SÃO PAULO. 2ª Vara de Registros Públicos da Capital da Comarca de São Paulo. **Pedido de Providências n. 0006385-67-2014.26.0100**. Relator: Juiz Marcelo Benacchio, julgado em 8 de abril. de 2014.

²⁶⁵ CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. **Inventários e partilhas**: judicial e extrajudicial. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 240.

²⁶⁶ TARTUCE, Flávio. **Inventário extrajudicial com testamento**. [S. l.], 2019. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/785450710/inventario-extrajudicial-com-testamento>. Acesso em: 2 jan. 2023.

Há quem sustente que seria possível a lavratura da escritura pública de inventário e partilha, mesmo havendo testamento, desde que os herdeiros concordes a levem para posterior homologação judicial, conforme o art. 659, do CPC, que disciplina a homologação da partilha consensual.²⁶⁷

O entendimento pela mitigação da obrigatoriedade do inventário judicial nos casos em que há testamento foi se consolidando doutrinariamente. O Colégio Notarial do Brasil, em 2014, no XIX Congresso Notarial Brasileiro, aprovou o enunciado n. 1, que determina “[...] *é possível o inventário extrajudicial ainda que haja testamento, desde que previamente registrado em Juízo ou homologado posteriormente pelo Juízo competente*”.²⁶⁸

No mesmo sentido, na VII Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o enunciado nº 600, admitindo a possibilidade de inventário extrajudicial após registrado judicialmente o testamento, ausente conflito de interesses e com todos os interessados capazes e concordes.²⁶⁹ Na justificativa da aprovação mencionou-se que “[...] *muitas vezes, as disposições testamentárias não têm natureza patrimonial. Em outros casos, claros são os seus termos, não ensejando qualquer dúvida dos herdeiros e dos beneficiados quanto à última manifestação de vontade.*”²⁷⁰

Posteriormente, a Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, por meio do provimento n. 37/2016, alterou as normas do extrajudicial e previu expressamente a possibilidade de inventário extrajudicial, desde que registrado judicialmente o testamento, nos seguintes termos

130. Diante da expressa autorização do juízo sucessório competente, nos autos do procedimento de abertura e cumprimento de testamento, sendo todos os interessados capazes e concordes, poderão ser feitos o inventário e a partilha por escritura pública, que constituirá título hábil para o registro imobiliário.²⁷¹

²⁶⁷ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 892.

²⁶⁸ CNB-CF divulga enunciados jurídicos aprovados no XIX Congresso Notarial Brasileiro. [S. l.], 4 ago. 2014. Disponível em: <https://recivil.com.br/cnb-cf-divulga-enunciados-juridicos-aprovados-no-xix-congresso-notarial-brasileiro/>. Acesso em: 2 jan. 2023.

²⁶⁹ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). Enunciado nº 600, VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Brasília, DF: CJF, 2015. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/824>. Acesso em: 2 jan. 2023.

²⁷⁰ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). Enunciado nº 600, VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Brasília, DF: CJF, 2015. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/824>. Acesso em: 2 jan. 2023.

²⁷¹ SÃO PAULO. Corregedoria Geral da Justiça. **Provimento nº 58/89**. Normas de serviço. Cartórios extrajudiciais: tomo II. São Paulo: TJSP, 1989. item 130, cap. XVI. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=138285>. Acesso em: 2 jan. 2023.

Da mesma forma que caminhou a doutrina, a jurisprudência tratou o tema. Em 2019, o Superior Tribunal de Justiça proferiu acórdão entendendo pela possibilidade de inventário e partilha extrajudicial, desde que previamente registrado o testamento ou autorizado judicialmente. Fundamentou-se em uma leitura sistemática e aplicação teleológica do art. 610, *caput* e parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil, c/c arts. 2.015 e 2.016 do Código Civil. Com efeito, o parágrafo primeiro do art. 610, do CPC, determina, sem restrição, que se os herdeiros forem capazes e concordes podem proceder administrativamente.²⁷²

Na ementa do julgado encontra-se a seguinte referência

4. A *mens legis* que autorizou o inventário extrajudicial foi justamente a de desafogar o Judiciário, afastando a via judicial de processos nos quais não se necessita da chancela judicial, assegurando solução mais célere e efetiva em relação ao interesse das partes. Deveras, o processo deve ser um meio, e não um entrave, para a realização do direito. Se a via judicial é prescindível, não há razoabilidade em proibir, na ausência de conflito de interesses, que herdeiros, maiores e capazes, socorram-se da via administrativa para dar efetividade a um testamento já tido como válido pela Justiça.

5. Na hipótese, quanto à parte disponível da herança, verifica-se que todos os herdeiros são maiores, com interesses harmoniosos e concordes, devidamente representados por advogado. Ademais, não há maiores complexidades decorrentes do testamento. Tanto a Fazenda estadual como o Ministério Público atuante junto ao Tribunal local concordaram com a medida. Somado a isso, o testamento público, outorgado em 2/3/2010 e lavrado no 18º Ofício de Notas da Comarca da Capital, foi devidamente aberto, processado e concluído perante a 2ª Vara de Órfãos e Sucessões.²⁷³

Mais recentemente, em agosto de 2022, o STJ reiterou a possibilidade do processamento administrativo, ainda que haja testamento. Acrescentou-se nos fundamentos que a capacidade de transigir dos herdeiros maiores e capazes e a inexistência de conflito entre eles eliminam completamente as razões do legislador para impor o inventário judicial com testamento.²⁷⁴

Ademais, ressaltou-se que as legislações contemporâneas têm priorizado a autonomia da vontade, a extrajudicialização dos procedimentos e a adoção de métodos eficazes para a

²⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.808.767/RJ. Recurso especial**. Civil e processo civil. Sucessões. Existência de testamento. inventário extrajudicial. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 15 de outubro de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901146094&dt_publicacao=03/12/2019. Acesso em: 2 jan. 2023.

²⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.808.767/RJ. Recurso especial**. Civil e processo civil. Sucessões. Existência de testamento. inventário extrajudicial. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 15 de outubro de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901146094&dt_publicacao=03/12/2019. Acesso em: 2 jan. 2023.

²⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.951.456/RS**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, julgado em 23 de agosto de 2022.

resolução das questões, de forma que “[...] a via judicial deve ser reservada somente à hipótese em que houver litígio entre os herdeiros sobre o testamento que influencie na resolução do inventário.”²⁷⁵ Entretanto, esse julgado também elenca como pressuposto para o inventário e partilha administrativa a exigência de abertura, registro e cumprimento judicial do testamento.

A análise minuciosa do procedimento extrajudicial será realizada adiante. Nesse momento, insta salientar que as regras de partilha observam as mesmas destinadas à partilha judicial, o que muda é apenas a forma de processamento.

Assim como o CPC impede a realização de inventário e partilha extrajudicial quando houver testamento, o art. 21 da Resolução n. 35/2007 do CNJ exige que os herdeiros declarem que o falecido não deixou testamento para a lavratura da escritura.²⁷⁶

Dessa forma, verifica-se que o testamento é um entrave ao procedimento extrajudicial de inventário e partilha, independente da sua espécie. Isso porque o Código de Processo Civil prevê um procedimento especial para abertura, registro e cumprimento de testamento, que só pode se dar judicialmente; porque supostamente a existência de testamento gera conflitos sucessórios; ou porque apenas o juiz pode validar a manifestação de vontade do testador.

Ainda que a jurisprudência do STJ admita o processamento administrativo, exige o prévio procedimento especial judicial de registro, abertura e cumprimento do testamento, para só depois os interessados poderem ingressar na esfera extrajudicial. Na verdade, o que é exigido hoje para os inventários com testamento, em que os interessados são maiores, concordes e desejam o processamento extrajudicial, é um procedimento misto, com prévia análise judicial do instrumento e depois abertura do procedimento na serventia notarial. Por óbvio, não houve desburocratização do procedimento a ponto de tornar o testamento um procedimento atrativo aos olhos de um titular de patrimônio que deseja realizar o seu planejamento sucessório.

Com efeito, em termos práticos, para proceder ao inventário e partilha de falecido que deixou testamento é preciso dois procedimentos, quais sejam, o de abertura, registro e cumprimento de testamento e outro para o inventário e partilha. Lado outro, para os casos de exclusiva sucessão legítima os herdeiros possuem a faculdade de fazer o procedimento pela via extrajudicial.

²⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.951.456/RS**. Relatora: Min. Nancy Andrighi, julgado em 23 de agosto de 2022.

²⁷⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007**. Disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro. Brasília, DF: CNJ, 2007. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_35_24042007_26032019143704.pdf. Acesso em: 14 jan. 2023.

Nesse capítulo, apenas nos restringimos a demonstrar que o testamento é colocado pelo ordenamento jurídico como um entrave a um procedimento célere e simplificado de inventário e partilha. Por óbvio, se torna um desestímulo à disposição de bens com eficácia *post mortem* utilizando-se do testamento.

Contudo, conforme se analisa na segunda parte dessa Tese, a imposição do procedimento judicial de prévia análise do testamento decorre da ausência de compatibilização das regras processuais ao notariado latino adotado no Brasil, o que se pretende solucionar.

Encerra-se, portanto, essa primeira parte da tese analisando os fatores que desencadearam a crise do testamento. Aliados à inercia legislativa e à importância que a comunidade contemporânea tem destinado ao planejamento sucessório evidencia-se a necessidade de reformulação das normas de elaboração e cumprimento dos testamentos no ordenamento jurídico brasileiro. Forte nessas razões, passa-se à segunda parte desse trabalho, com o desenvolvimento de duas propostas aptas a desburocratizar e simplificar o trâmite da sucessão testamentária, adstritas ao aspecto formal do testamento.

SEGUNDA PARTE: O TESTAMENTO COMO INSTRUMENTO EFICIENTE DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE *POST MORTEM*

Na primeira parte desse trabalho, identificou-se o descompasso do ordenamento brasileiro em matéria de sucessão testamentária com os interesses e expectativas da sociedade contemporânea. As regras do Código Civil de 2002 são evidentemente insuficientes para promover o direito de testar.

Essa premissa decorre da ausência de modificação da legislação brasileira no tratamento do tema durante anos, o que é nitidamente visualizado com a passagem do Código Civil de 1916 para o de 2002, que trouxe tímidas e insuficientes alterações.

A inércia do legislador acarreta o obsoletismo das normas civis, que se destoam da celeridade com que ocorrem as relações sociais atuais. A sociedade contemporânea tem se preocupado em maior intensidade com o destino dos seus bens jurídicos para depois da morte. Isso é comprovado com o surgimento dos novos institutos jurídicos de planejamento sucessório.

Nessa perspectiva, evidencia-se a crise do testamento, que, em que pese ser o instrumento de disposição *post mortem* por excelência do ordenamento jurídico vigente, recebe constantemente críticas da doutrina contemporânea.

A burocracia com que os indivíduos associam o testamento, somada ao excessivo detalhamento das formalidades de elaboração do instrumento, bem como a ampla possibilidade de sua ineficácia no momento da análise de sua validade e também da necessidade de intervenção judicial para se proceder ao inventário, exigem novas propostas de soluções pela comunidade jurídica.

Repise-se, o que se busca é tornar o testamento um instrumento eficiente e atrativo em matéria de disposição de bens *mortis causa*, até porque no ordenamento jurídico vigente o legislador dispôs ser preferencial a sucessão testamentária em relação à legítima.

À propósito, nos termos do art. 1.788, do Código Civil, “*morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.*”²⁷⁷

²⁷⁷ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

Nesse sentido, é necessário que o ordenamento jurídico preveja e deixe a disposição do indivíduo um instrumento legítimo e que cumpra os seus interesses de disposição de bens jurídicos para depois da morte.

Assim, sucintamente, três razões foram identificadas para a crise do testamento: (1) o excessivo detalhamento das formalidades de elaboração do testamento; (2) a ampla possibilidade de invalidação do instrumento no momento posterior ao falecimento do seu autor, com a consequente aplicação das regras da sucessão legítima; (3) a imposição de intervenção judicial para o inventário com testamento.

Quanto à primeira e segunda motivações, verifica-se a tendência geral, no direito comparado e no Brasil, de adoção de mecanismos de hermenêutica para flexibilizar judicialmente as formalidades do testamento e sua consequente convalidação. Com efeito, seja aplicando-se o *substantial compliance doctrine*, o *dispensing power*, ou o princípio do *in favor testamenti*, a jurisprudência busca solucionar o paradoxo das formalidades, em prol da manutenção da vontade do testador.

Ocorre que ambas as alternativas buscam remediar o problema. Em sentido contrário caminha essa tese, que se concentra em reduzir ao máximo a ocorrência de situações com essa problemática. Com efeito, nos próximos itens serão desenvolvidas as propostas para compatibilizar o ordenamento jurídico civil que regula o testamento com os interesses da sociedade contemporânea quanto ao planejamento sucessório, especialmente nas regras de elaboração desse ato jurídico.

Com relação ao terceiro fator da crise do testamento, demonstra-se que, em que pese a doutrina e jurisprudência também caminharem no sentido de abrandar a proibição do inventário e partilha judicial com testamento, não se mostra suficiente a aplicação hermenêutica para estimular a utilização de negócio jurídico. À propósito, com essa interpretação, ainda se exigem dois procedimentos para o inventário extrajudicial, quais sejam, o prévio procedimento judicial de abertura, registro e cumprimento de testamento e posterior procedimento administrativo por escritura pública, ou processo judicial de inventário e partilha, à critério dos interessados.

Nessa linha, utilizando-se essencialmente da atuação das serventias extrajudiciais regulamentadas pelo regime jurídico do notariado latino, aliadas do intenso processo de extrajudicialização encampado pelo ordenamento jurídico brasileiro, desde a promulgação da Lei n. 11.441/2007 e depois consolidado com o Código de Processo Civil de 2015, desenvolve-se adiante duas propostas para desburocratizar, simplificar e incentivar a utilização do testamento.

A fim de respaldar as propostas colocadas adiante, necessário desenvolver a temática sobre o direito fundamental de testar e a medida de segurança jurídica necessária no testamento. É nessa perspectiva que se passa ao próximo item, analisando o direito de testar como direito fundamental, com fulcro na metodologia civil-constitucional, pautando-se na axiologia da Constituição da República de 1988.

1 DIREITO DE TESTAR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Conforme explanado alhures, vários são os fundamentos que a doutrina se utiliza para legitimar o direito das sucessões, tanto na legítima, quanto na testamentária. Itabaiana de Oliveira ressalta que o ato de testar é “[...] *uma das faculdades resultantes do direito de propriedade*.”²⁷⁸

Flávio Tartuce adverte que o testamento é a “[...] *principal forma de expressão e exercício da autonomia privada, da liberdade individual, como típico instituto mortis causa*.”²⁷⁹ Pablo Stolze assevera que a fundamentação do “poder de testar” encontra-se na autonomia da vontade e no direito de propriedade, sobretudo considerando que, como o titular do patrimônio pode dispor livremente de seus bens em vida, não haveria razão impedi-lo de dispor para depois da morte.²⁸⁰

Em sentido oposto, existem poucos argumentos doutrinários contrários ao direito de testar, como um direito fundamental. Na maioria das vezes, esses argumentos são extraídos do exercício de uma presunção de que o testador faz suas disposições animado por razões egoísticas e antissociais. Paulo Lôbo, por exemplo, afirma que a sucessão legítima é mais adequada aos valores sociais e à solidariedade constitucional, por dar especial atenção à solidariedade familiar.²⁸¹

Entretanto, discorda-se nesse ponto. Vale observar que a sucessão legítima tem se mostrado insuficiente para atender a vontade geral do homem médio.²⁸² Dessa premissa, verificam-se as decisões do Supremo Tribunal Federal quanto aos direitos sucessórios do companheiro. Ademais, as relações jurídicas familiares muito se alteraram após o conceito aberto e inclusivo atribuído pela Constituição da República de 1988 à entidade familiar. A família contemporânea é formada por relações complexas, por vezes não tratadas pelo legislador. Apenas em sede de disposição *post mortem* pode o titular do patrimônio deliberar

²⁷⁸ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 2, p. 404.

²⁷⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das sucessões**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 414.

²⁸⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões**. São Paulo: Editora Saraiva 2022. v. 7, p. 95.

²⁸¹ LÔBO, Paulo. Saisine e liberdade de testar: a experiência brasileira. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n. 48, p. 150, 2017.

²⁸² BANNURA, Jamil Andraus Hanna. O uso do testamento como ferramenta de Planejamento Sucessório. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA DO IBDFAM, MG, 6., 2007, Belo Horizonte. **Anais** [...] Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. p. 1. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/185.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2022.

em benefício de pessoas que com quem possui relação íntima de afeto, além daqueles elencados como herdeiros na vocação hereditária.

Exemplificando, antes dos tribunais reconhecerem a existência de direitos sucessórios legítimos nas relações entre pessoas do mesmo sexo, foi o poder de testar que permitiu que homossexuais beneficiassem patrimonialmente seus parceiros afetivos.²⁸³

Além disso, conforme desenvolvido em capítulo anterior, a doutrina clássica do Direito Civil incorporou a noção romana do direito de testar, atribuindo-lhe como característica essencial a patrimonialidade. Ao testar, o indivíduo romano exercia seu último poder sobre seu patrimônio.²⁸⁴

Todavia, há muito essa noção restrita perdeu seu sentido. Como demonstrado alhures, o Código Civil de 1916 já possibilitava disposições testamentárias sem conteúdo patrimonial e o Código Civil de 2002 evidenciou ainda mais essa característica ao não conceituar o testamento, evitando limitações predefinidas.

Ademais, indubitavelmente a herança, seja no aspecto da sucessão legítima ou testamentária, consubstancia um direito fundamental, tanto que incluído no art. 5º, XXX, da Constituição da República de 1988.

Ainda quando possui disposições patrimoniais, o testamento possui vertentes funcionalizadas. Com efeito, o testador pode se utilizar do testamento para a proteção e promoção do desenvolvimento da personalidade dos beneficiários, estejam ou não abrangidos pela sucessão legítima. Pode, inclusive, promover a situação existencial daquele chamado a suceder por testamento, como é a hipótese de legado de alimentos, com o intuito de garantir a subsistência digna do legatário. O legado de um imóvel, por exemplo, pode ser instituído com o objetivo de assegurar a moradia do beneficiário. Logo, o que se denota é que, ainda que amparado em questões patrimoniais, o testador pode elaborar o testamento visando cumprir direitos fundamentais constitucionalmente tutelados.²⁸⁵

Também no campo patrimonial do testamento, há limitações à autonomia privada do testador em relação a disposições que violem fins constitucionais, como a discriminação indevida entre os sucessores.

²⁸³ MONK, Daniel. Sexuality and succession law: beyond formal equality. **Feminist Legal Studies**, [s. l.], v. 19, n. 3, p. 231, 2011.

²⁸⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder**: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 292.

²⁸⁵ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **O direito das sucessões e a Constituição Federal de 1988**: reflexão crítica sobre os elementos do fenômeno sucessório à luz da metodologia civil-constitucional. 2019. f. 184. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

Além disso, outras questões afetas aos direitos fundamentais podem ser efetivadas por meio de disposições testamentárias. O testamento é instrumento jurídico apto a assegurar a participação hereditária de pessoas que não participariam da sucessão legítima ou que dependeriam do reconhecimento judicial. Nessa linha, por meio do testamento, é possível se fazer o reconhecimento de filho em qualquer de suas modalidades, seja biológico ou de outra origem.²⁸⁶

Outras questões existenciais também podem ser objeto de disposições testamentárias. Nesse sentido, Tepedino, Nevares e Meireles afirmam que o testamento não é o instrumento exclusivo de disposições sobre a personalidade do agente, mas que é sede profícua para tanto, podendo o testador estabelecer diretrizes quanto ao exercício e defesa dos atributos de sua personalidade. Exemplifica com as orientações quanto à publicação de obras inéditas, utilização de seu nome, imagem e voz em programas ou propagandas, dentre outras.²⁸⁷

Por meio do testamento, o titular do patrimônio sucessível tem liberdade para determinar o modo em que se realizará partilha, podendo atribuir valores e indicar os bens que comporão os quinhões de cada herdeiro.²⁸⁸ O limite material imposto à essa liberdade qualitativa do testador é a legítima dos herdeiros necessários.

As disposições testamentárias, requisitos intrínsecos do testamento, consistem no objeto e conteúdo da cédula testamentária, compreendendo a instituição de herdeiros e legatários.²⁸⁹

Paulo Lôbo conceitua as disposições testamentárias como “[...] *declarações expressas de vontade do testador nas quais institui herdeiros ou legatários, distribui seu patrimônio nos limites da parte disponível, enuncia declarações unilaterais e estabelece requisitos, restrições e condições para herança e legados.*”²⁹⁰

²⁸⁶ Acerca do reconhecimento de filho por testamento, valem as lições de Vieira de Carvalho, no sentido de que, a despeito de respeitável doutrina em sentido contrário, a produção de efeitos desse reconhecimento se dá antes mesmo da morte do testador, por se tratar de ato jurídico essencialmente *inter vivos*, ainda que dentro do testamento. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 633.

²⁸⁷ TEPEDINO; Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo V. **Fundamentos do Direito Civil: Direito das Sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 7, p. 173.

²⁸⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. art. 2.014. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

²⁸⁹ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Sucessões: inventário e partilha**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 113.

²⁹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 259.

Orlando de Souza classificava essas disposições em atos propriamente testamentários e atos de mera administração. Os primeiros consistem na instituição de herdeiros ou legatários²⁹¹; atribuição da quota parte de cada um; a designação dos que devam recolher a herança ou o legado; a entrega da coisa de propriedade do legatário a *outrem*; o legado de crédito ou de quitação de dívida; o legado de alimentos; a instituição de fideicomisso²⁹²; a reabilitação do excluído da sucessão; o legado de usufruto.²⁹³

Lado outro, as disposições testamentárias que consistem em atos de mera administração são: o reconhecimento voluntário de filho; a nomeação de tutor para filhos e/ou netos; a deserdação com expressa declaração da causa; a confissão ou remissão de dívidas; a instituição de fundações; a conversão da legítima em outras espécies; a instituição de cláusula de incomunicabilidade e/ou inalienabilidade; a nomeação de testamenteiros; exclusão dos indignos; a revogação total ou parcial de testamento anterior; e os preceitos de nomeação de bens e sua partilha.²⁹⁴

É possível antever que em muitos casos as disposições testamentárias patrimoniais são funcionalizadas em prol da promoção de situações existenciais, ora do beneficiado, ora do próprio disponente. Conforme se verifica no art. 1.901 do Código Civil, por meio de testamento pode-se beneficiar os pobres, estabelecimentos particulares de caridade, ou de assistência pública.²⁹⁵

Modernamente, Ana Luiza Maia Nevares propõe a revisitação da autonomia privada no testamento, em cotejo com os princípios da solidariedade e da liberdade, corolários da dignidade da pessoa humana. Nesta senda, examina o fenômeno sucessório na perspectiva do sucedido e do sucessor, em busca da efetivação da dignidade da pessoa humana. A partir disso, a autora defende a função promocional do testamento, na medida em que disposições testamentárias devem realizar valores positivos do ordenamento jurídico que efetivamente

²⁹¹ Vale mencionar que legado consiste em bem certo e determinado, deixado pelo testador à título singular. Legatário é aquele que recebe um legado, por meio da sucessão testamentária. De outro lado, herdeiro é aquele que sucede o falecido em todas as obrigações e deveres referentes ao quinhão que lhe toca.

²⁹² O fideicomisso é a instituição de herdeiro ou legatário que possui o encargo de transmitir os bens recebidos a outra pessoa, tempo determinado, em decorrência de morte ou de condição preestabelecida. CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Sucessões: inventário e partilha**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 126.

²⁹³ SOUZA, Orlando de. **Prática dos testamentos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 64 apud RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 337.

²⁹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 338.

²⁹⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

realizem o princípio da dignidade humana das pessoas envolvidas, seja em relação às disposições patrimoniais, seja às de cunho eminentemente existencial.²⁹⁶

Há pesquisas jurídicas que se debruçam na efetivação do testamento no seu intuito social e existencial, uma vez que o Código Civil vigente pouco determina a esse respeito. Faltam mecanismos eficazes de concretização e execução das cláusulas não patrimoniais do testamento.²⁹⁷ Entretanto, essa perspectiva material das disposições testamentárias não consiste em objeto de estudo desta tese, que se ocupa da revisitação das formalidades testamentárias, em busca da promoção do testamento como legítimo e eficaz instrumento de planejamento sucessório.

Contudo, ainda que relacionadas aos aspectos materiais do testamento, essas considerações importam ao objeto em análise, na medida em que demonstram que o direito/poder de testar se coaduna com os direitos fundamentais e existenciais constitucionais. Na perspectiva de se consolidar como um poder/direito, seja em razão dos seus fundamentos, seja em razão das suas utilidades, é dever do legislador efetivá-lo legislativamente.

Assim, a efetivação dos direitos fundamentais envolvidos na sucessão hereditária, bem como do direito de testar, exige a atuação positiva do Estado para assegurar o exercício dessas garantias. O estatuto jurídico deve estar compatibilizado com os valores objetivos decorrentes da Constituição da República.

A concretização dos direitos fundamentais dos herdeiros testamentários e do próprio titular do patrimônio sucessível depende substancialmente de um efetivo e seguro instrumento de disposição *post mortem*, apto a cumprir a real vontade do disponente. Portanto, evidencia-se a necessidade do adequado tratamento jurídico aos testamentos, que se inicia pela simplificação das formalidades legais.

A imposição exagerada de solenidades na elaboração da deixa testamentária consiste em fator de desestímulo na utilização do testamento. Além das questões envolvidas na elaboração do testamento, todo o sistema de confirmação e cumprimento dos testamentos se mostra anacrônico e em descompasso com as demandas contemporâneas, seja pelo longo tempo exigido, seja pela imposição de uma intervenção judicial, conforme explanado nos itens anteriores.

²⁹⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

²⁹⁷ RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **O direito das sucessões e a Constituição Federal de 1988**: reflexão crítica sobre os elementos do fenômeno sucessório à luz da metodologia civil-constitucional. 2019. f. 187 Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

Nesse sentido, a concretização dos direitos em análise depende da adequação de normas jurídicas no que se relaciona com a elaboração e efetivação da sucessão hereditária nos termos da real intenção do testador. Nesse *ínterim*, passa-se ao próximo capítulo, analisando a medida de segurança necessária na confecção da disposição de última vontade.

2 A NECESSÁRIA SEGURANÇA NO ATO TESTAMENTÁRIO

Percebe-se que, tanto nas origens do instituto, quanto nos moldes em que posto no ordenamento jurídico brasileiro vigente, a segurança do testamento é matéria que envolve todo o regime jurídico da sucessão testamentária.

Da essência do testamento denota-se a imprescindibilidade do emprego de instrumentos aptos a garantir a segurança jurídica na sua elaboração. À propósito, a eficácia do testamento somente se dá após o óbito do testador, independentemente do tempo em que elaborado ou da alteração da capacidade do disponente ou do seu patrimônio.

Observa-se que a segurança a que se refere ao tratar do testamento consiste em duplo aspecto: o primeiro, na elaboração de um instrumento jurídico autêntico, legítimo e válido, de acordo com a vontade real do testador; e o segundo, no cumprimento dessa vontade nos termos em que intencionou o disponente.

Nesse sentido, a elaboração do instrumento deve permear-se de mecanismos que atribuam o máximo de segurança na própria forma de manifestar a vontade, de maneira que o testador consiga expressar sua real intenção. Da mesma forma, o testamento deve ser elaborado com segurança quanto ao seu teor, de modo que seus efeitos ocorram de acordo com a verdadeira vontade do disponente.

Essa segurança é indispensável, seja porque a análise de validade somente ocorrerá no momento em que o seu autor não pode mais corrigi-la ou adequá-la às regras legais; seja para assegurá-lo de que sua vontade será cumprida nos termos em que intenciona; seja porque a vontade manifestada deve ser livre, legítima e autêntica; ou porque a cédula testamentária é o meio de prova por excelência da vontade que embasa a sucessão testamentária.

Disso decorre que a própria essência do testamento impõe a imprescindibilidade de atribuição de segurança jurídica. Por se tratar de negócio jurídico *causa mortis*, que contém a última vontade do seu autor, titular de direitos patrimoniais ou não patrimoniais ali dispostos, com eficácia apenas após o seu falecimento, torna-se intuitiva a necessidade da referida segurança.

José de Oliveira Ascensão adverte que a *“especificidade do negócio testamentário reside antes de mais na necessidade de assegurar que a vontade do testador domine de modo*

*tão puro quanto possível todo o fenômeno. Se todo o efeito se produz porque o testador o quis, há que obter antes de mais a segurança da vontade do testador.”*²⁹⁸

Elaborado um testamento claro, de acordo com as regras legais, ciente o testador de quais serão os seus futuros efeitos jurídicos, mais seguro será o seu cumprimento nos termos da real vontade do titular do patrimônio sucessível. Com efeito, denota-se que a segurança no primeiro aspecto garante a segurança no segundo aspecto retromencionados.

Corroborando essa constatação, encontram-se as análises judiciais do Superior Tribunal de Justiça quanto às formalidades testamentárias no momento de cumprimento do testamento, que ocorrem em sede de ações de inventário e partilha. Quando as formalidades não são cumpridas, tem-se um testamento fragilizado, em que é necessário o emprego de outros mecanismos, em sede judicial, para assegurar a higidez da manifestação de vontade do testador.

Para tanto, a jurisprudência tem se aproveitado de outros meios de prova que comprovem a real intenção do falecido, em prol da manutenção da sua vontade. Nesse caso, constata-se que não se cumpriu a segurança no primeiro aspecto e, conseqüentemente, houve insegurança no segundo, ainda que seja reconhecida a validade judicialmente utilizando-se dos entendimentos pró mitigação das formalidades testamentárias.

Da premissa de que o processo de elaboração do testamento é responsável por garantir seu cumprimento fiel aos designios do titular da herança que se transmite, decorre a solenidade do ato testamentário. Considerado o negócio jurídico mais solene do ordenamento jurídico, a imposição de formalidades na elaboração do testamento extrai-se da necessidade de assegurar a real intenção do testador. O legislador brasileiro demonstra entender que quanto mais formalidades envolvam a instrumentalização da vontade do testador, mais seguro juridicamente será o seu cumprimento, em um momento que esse autor não mais estará presente, e, assim, prevê o exacerbado rol de requisitos formais, como exposto alhures.

Carlos Maximiliano defende que, além de assegurar a prova da última vontade, as solenidades testamentárias possuem efeito subjetivo e até educativo, na medida em que obriga o hereditando a pensar. Acrescenta que “[...] *chama a sua atenção para a importância excepcional do que está fazendo, ocasiona útil intervalo entre a resolução e a ação, evita*

²⁹⁸ ASCENÇÃO, José de Oliveira. **A teoria geral do negócio jurídico e o negócio testamentário.** Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977. Direito de família e das sucessões. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. v. I, p. 878.

precipitações e como que o concita a precaver-se, a dominar movimentos e pendores ocasionais.”²⁹⁹

Pontes de Miranda aponta que as exigências formais possuem as funções asseguradora e preventiva, mas que não devem dificultar ou postergar a vontade do testador.³⁰⁰ No mesmo sentido, Maximiliano explica que o objetivo dos requisitos legais para a feitura do testamento não é dificultar ou complicar sua confecção, mas sim, ao contrário, garantir a certeza, segurança e veracidade do instrumento, para, ao final, resguardar, proteger e garantir a vontade do testador.³⁰¹

Nesse sentido, Vieira de Carvalho assevera que as solenidades de cada forma de testamento consistem em requisitos específicos, para atribuir maior garantia e segurança à vontade do testador.³⁰²

As formalidades testamentárias possuem tripla função. A primeira delas consiste na função preventiva, uma vez que o objetivo principal é evitar que o testador seja vítima de influências coativas, fraude, dolo ou violência para manifestar sua vontade. A segunda função trata-se da probante, considerando que a cédula testamentária é utilizada como meio de prova da manifestação de vontade do falecido e, sendo bem elaborada, garante a higidez do que foi disposto. Por último, as formalidades testamentárias possuem a função executiva, na medida em que o testamento será utilizado pelos beneficiários da deixa para fazerem cumprir seus direitos.³⁰³

Tepedino, Nevares e Meireles afirmam que as formalidades do testamento também desempenham uma função existencial, na medida em que permitem a “[...] *prevalência da manifestação livre e genuína de vontade após a morte, dando-se voz ao testador para além de qualquer preconceito, discriminação, aprisionamento psicológico, temor ou restrição que lhe tenham sido impostos durante a vida.*”³⁰⁴

Responsáveis por angariar segurança e autenticidade à vontade do testador, remete-se o leitor às formalidades testamentárias do direito vigente minuciosamente estudas no item 3.1, da primeira parte desta tese.

²⁹⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 416.

³⁰⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado dos testamentos**: v. I. Leme: BH Editora e Distribuidora, 2005. p. 239-240.

³⁰¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. p. 390.

³⁰² CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 634.

³⁰³ GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. 2. ed. São Paulo: M. Limonad, 1955. v. IX, t. II, n. 1.352, p. 595.

³⁰⁴ TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo V. **Fundamentos do Direito Civil: Direito das Sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 7, p. 132.

Dentre os requisitos formais de elaboração do testamento destinados a garantir a higidez da vontade do testador, destaca-se a exigência da presença das testemunhas nos testamentos ordinários. Em razão de serem consideradas elemento fulcral da elaboração do testamento, opta-se por analisar em item apartado, que se segue.

2.1 A segurança pelas testemunhas instrumentárias

As testemunhas instrumentárias são requisitos específicos das três modalidades de testamento comum. Ditas instrumentárias porque servem como prova de um documento, independente de análise judicial.³⁰⁵ No testamento público e cerrado, os quais possuem intervenção do tabelião de notas no processo de elaboração, exige-se a presença de duas testemunhas, nos termos dos arts. 1.864, II, e 1.868, III, ambos do Código Civil.³⁰⁶

De outro lado, o testamento particular, em que é elaborado exclusivamente pelo testador, sem intervenção de nenhum profissional do direito, exige-se para sua validade a presença de três testemunhas instrumentárias, *ex vi* do art. 1.876, §1º do Código Civil.³⁰⁷

Vale reiterar que em relação ao Código Civil de 1916, houve redução no número de testemunhas exigidas para a validade dos testamentos, de cinco para duas nos testamentos públicos e de cinco para três no particular. Ademais, o antigo *Codex* previa expressamente, no art. 1.650³⁰⁸, a disciplina das testemunhas instrumentárias dos testamentos.

³⁰⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 306.

³⁰⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

³⁰⁷ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

³⁰⁸ Previa o art. 1.650 do Código Civil de 1916:

“SEÇÃO V

DAS TESTEMUNHAS TESTAMENTARIAS

Art. 1.650. Não podem ser testemunhas em testamentos:

I. Os menores de dezesseis anos.

II. Os loucos de todo o gênero.

III. Os surdos-mudos e os cegos.

IV. O herdeiro instituído, seus ascendentes e descendentes, irmãos e cônjuge.

V. Os legatários.” BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1916. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=3071&ano=1916&ato=c160zYE1UNnRVTa37>. Acesso em: 16 jan. 2023.

Em contrapartida, o atual Código Civil não normatiza especificamente quanto à essas testemunhas, o que impõe a aplicação das normas referentes à prova testemunhal da parte geral, aplicável a todos os atos e negócios jurídicos.³⁰⁹

Nesse diapasão, nos termos do art. 228 do Código Civil, não podem ser testemunhas os menores de dezesseis anos³¹⁰; o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes; o cônjuge, os ascendentes, os descendentes e os colaterais até o terceiro grau de uma das partes, por consanguinidade ou afinidade.³¹¹

Nesse contexto, Arnaldo Rizzardo salienta que a vedação de amigo íntimo como testemunha dos atos jurídicos não se aplica ao testamento.³¹²

Em complementação, o art. 1.801, II, do Código Civil, determina que as testemunhas do testamento não podem ser nomeadas herdeiras nem legatárias.³¹³ ³¹⁴ Os cônjuges, ascendentes, descendentes e os colaterais até o terceiro grau são relativamente incapazes de testemunhar em testamento, em razão de serem interessados no ato. Relativamente incapazes porque são pessoas que poderiam testemunhar, genericamente, em atos jurídicos, entretanto, em determinados negócios, por possuírem interesse pessoal, são suspeitas como testemunhas.³¹⁵ Ademais, referidas pessoas possuem, em tese, alto poder de influência sobre a vontade do testador, o que pode macular a livre e genuína vontade manifestada.

Rizzardo acrescenta que o analfabeto é impedido de testemunhar em testamento, porquanto será exigida sua assinatura na cédula.³¹⁶ Acresce-se que não há permissão legal para assinatura a rogo de testemunha. Em que pese a ausência de proibição específica, adverte-se a inconveniência de atuarem como testemunhas o testamenteiro, os tutores,

³⁰⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 306.

³¹⁰ Vale observar que Arnaldo Rizzardo defende que os menores entre 16 e 18 anos podem ser testemunhas, independente de representação ou assistência, desde que apurada sua discernimento e plena consciência para o ato. RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 307.

³¹¹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

³¹² RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 307.

³¹³ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

³¹⁴ Nesse ponto, vale ressaltar a posição de Luiz Paulo Vieira de Carvalho no sentido de que a presença de herdeiro ou legatário como testemunha ocasiona a nulidade do testamento, mas que sendo ela beneficiária em um só item das disposições, presentes outras testemunhas em número suficiente, deve ser considerado válido o testamento, preservando-se a última vontade do disponente. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 674.

³¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Direito das sucessões. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6, p. 184-187.

³¹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 311.

curadores e representantes do testador ou testamentários, uma vez que possuem funções associadas ao testamento ou ao testador que devem ser cumpridas a contento.³¹⁷

As testemunhas do ato testamentário participam da elaboração e subscrevem o testamento, servindo de fiscais da identidade do testador, da autenticidade do ato, da liberdade em que a vontade é manifestada e atestando a fidedignidade com que é reproduzida no instrumento.³¹⁸

Maria Berenice Dias afirma que as testemunhas são imprescindíveis para a validade do testamento, porquanto, além de serem utilizadas como meio de prova futuramente, fiscalizam a liberdade do testador no momento de manifestar sua vontade, bem como verificam a autenticidade das disposições de última vontade.³¹⁹ Logo, são elementos *ad probationem* e *ad solemnitatem*, ao mesmo tempo.

Vale a observação de que a capacidade das testemunhas instrumentárias que importa para a validade do ato é a que possuem no momento da elaboração do testamento. Caso percam a capacidade civil posteriormente, em nada influencia no testamento.³²⁰ Lado outro, caso sejam incapazes e depois adquiram plena capacidade, haverá nulidade do testamento.

Assim, são inadmitidas para testemunhar as pessoas embriagadas, sob efeito de substâncias tóxicas ou sem a perfeita sanidade mental. Rizzardo salienta que essas características são impreteríveis em razão do papel que desempenham no momento da produção de efeitos do testamento. Portanto, devem estar “[...] *conscientes do seu significado, para que, no futuro, saibam manifestar-se sobre a prática e o conteúdo daquilo que assistiram e assinaram, de sorte a incutir a convicção de certeza e veracidade nos dados que transmitirem.*”³²¹

Quanto às consequências da inobservância das regras referentes às testemunhas, sendo requisito de validade do negócio jurídico, a ausência da presença da quantidade determinada de testemunhas, contendo os requisitos expostos alhures, acarretará a nulidade de pleno direito do testamento.

Diniz distingue a nulidade quanto à incapacidade da testemunha. Sendo ela absolutamente incapaz, por não possuir aptidão física ou psíquica para o ato, efetivamente o

³¹⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 312.

³¹⁸ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Sucessões**: inventário e partilha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 98.

³¹⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: RT, 2008. p. 338.

³²⁰ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Sucessões**: inventário e partilha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p.98.

³²¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 313.

testamento se torna nulo de pleno direito. Todavia, se a incapacidade resultar de falta de legitimação para o ato, como testemunha interessada nas disposições testamentárias, o testamento será considerado válido, com nulidade apenas na disposição que beneficie tal testemunha, seus descendentes, ascendentes, cônjuge ou colaterais até o terceiro grau.³²²

Insta consignar que, caso presentes mais testemunhas que o exigido e uma ou algumas delas sejam incapazes para o ato, mas reste a quantidade necessária com plena capacidade, o testamento é considerado válido.³²³

Vieira de Carvalho aduz que a ausência de assinatura das testemunhas, assim como do testador, é vício grave que conduz à inexistência do testamento, uma vez que falta confirmação de que o escrito corresponde à livre e autêntica última vontade do testador.³²⁴

Vale reiterar a exceção legal que permite a validade do testamento ainda que ausente testemunhas, devendo haver menção expressa na cédula testamentária das circunstâncias excepcionais que ocasionaram essa ausência, nos termos do art. 1.879 do Código Civil.³²⁵

Por essas razões, conclui-se que as testemunhas instrumentárias consubstanciam o elemento central de segurança do testamento particular. Tratam-se do cerne da confirmação do testamento no procedimento de abertura, registro e cumprimento, que ocorrem no momento da eficácia do instrumento, após o óbito do testador. O testamento particular só será confirmado pelo juízo de aprovação após inquirição das três testemunhas que devem atestar que ouviram a leitura do testamento e o assinaram.³²⁶

Rizzardo explica que no momento do reconhecimento de validade do testamento pelo juízo não é necessário que as testemunhas remontem o seu conteúdo, mas apenas reconheçam suas assinaturas, atestando que presenciaram a leitura das disposições.³²⁷ À propósito, o reconhecimento da capacidade do testador e a fiscalização da autenticidade da vontade exposta na cédula pelas testemunhas são realizados no momento da elaboração do testamento.

Nesse sentido, determina o art. 1.878, p.u., do Código Civil que: “*Se faltarem testemunhas, por morte ou ausência, e se pelo menos uma delas o reconhecer, o testamento*

³²² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Direito das sucessões. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6, p. 185.

³²³ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Sucessões**: inventário e partilha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 98.

³²⁴ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 674.

³²⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

³²⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 523.

³²⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 523.

poderá ser confirmado pelo juiz, se, a critério do juiz, houver prova suficiente de sua veracidade.”³²⁸

Reitere-se que, nos termos legais, apenas nessa hipótese e no caso do art. 1.879, CC, seria possível flexibilizar a presença das testemunhas no testamento particular, em que pese flexibilizações judiciais realizadas pelo Superior Tribunal de Justiça retromencionadas, em prol da manutenção da vontade do testador.

Quanto aos testamentos elaborados com a intervenção do tabelião de notas, nas modalidades público ou cerrado, não há necessidade de confirmação pelas testemunhas no procedimento de abertura, registro e cumprimento. Nesse sentido, preveem os arts. 735 e 736 do Código de Processo Civil.³²⁹

Conforme se analisa adiante, nos atos notariais existe a presunção de autenticidade, que abrange a veracidade e legitimidade do instrumento elaborado na presença do notário. Sendo assim, não é necessária a atestação das testemunhas de que assinaram e ouviram a leitura do ato. Arnaldo Rizzardo, ao defender que as testemunhas devem ser conhecidas do testador, afirma que, no testamento público e cerrado, elas servem especialmente como instrumento de aferição da capacidade e liberdade da manifestação de vontade do testador, porque o conhecem melhor que o tabelião.³³⁰ Também afirma que elas dão seriedade ao ato e atestam o cumprimento das solenidades legais.³³¹

Em que pese a posição do jurista, entende-se dispensável a presença de testemunhas nos testamentos públicos, público propriamente dito ou no cerrado, por razões a serem desenvolvidas adiante. De toda sorte, o que incumbe nesse item é demonstrar que para o testamento particular as testemunhas consistem em elemento que atribui considerável segurança à deixa testamentária, apto a garantir que a partilha hereditária ocorrerá nos moldes da real vontade do testador.

Vale ressaltar que não apenas as solenidades testamentárias são instrumentos de garantia da segurança do testamento. Conforme se desenvolverá no próximo item, junto com

³²⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

³²⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

³³⁰ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 313.

³³¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 306.

a solenidade as outras características essenciais da deixa testamentária atribuem segurança ao instrumento.

2.2 A segurança pelas características essenciais do testamento

Ao lado das disposições formais do testamento, no ordenamento jurídico vigente há instrumentos de ordem material empregados com o intuito de garantir segurança no cumprimento da vontade do testador, ao que se passa a analisar. A própria essência do testamento denota características aptas a garantir sua segurança.

Conforme tratado alhures, a revogabilidade do testamento é característica essencial do negócio jurídico *causa mortis*. Consubstancia método para assegurar que a sucessão testamentária ocorra em respeito a livre e genuína vontade do falecido.

Existe um direito potestativo de revogação do testamento³³², porquanto se trata de negócio jurídico unilateral não receptício, dependendo apenas da manutenção da capacidade ativa do testador.³³³ Com efeito, mudando em vida a vontade do titular do patrimônio sucessível, pode ele alterar ou revogar o testamento, com o propósito de promover uma sucessão hereditária fiel aos seus desígnios.

A revogabilidade da deixa testamentária é norma de ordem pública e, portanto, essencial à sucessão volitiva. É nula a disposição do testamento que determine ser ele irrevogável, proibindo-se a inclusão da cláusula *non revocanda*.³³⁴ Com efeito, todas as disposições inseridas no testamento que impeçam sua revogação ou alteração são inválidas.³³⁵

Além disso, o princípio da personalidade do testamento atribui segurança à sucessão testamentária, na medida em que só pode ser elaborado pelo próprio testador, inadmitindo-se nomeação de mandatário, procurador ou representante. Caso contrário, a vontade do disponente exteriorizada poderia estar maculada por intenções de *outrem*. Por essa razão, são proibidas designações captatórias correspectivas, bem como o cometimento da determinação de beneficiário ou a fixação do valor por terceiro, sob pena de grave invalidade da disposição.³³⁶

³³² Vale reiterar a exceção da cláusula de reconhecimento de filho inserida em testamento, que consiste em disposição irrevogável, nos termos dos art. 1.609, III, e 1.610, ambos do Código Civil. Nesse sentido, ainda que posteriormente revogado o testamento, o reconhecimento da filiação nesse realizado permanece válido.

³³³ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 625.

³³⁴ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 631.

³³⁵ WALD, Arnoldo. **Direito das Sucessões**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 95.

³³⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. art. 1.900. Disponível em:

Nesse sentido, Vieira de Carvalho conclui que ou o testador tem a indispensável capacidade testamentária, podendo testar de modo solitário, respeitando os limites próprios da sucessão hereditária, ou simplesmente não pode fazê-lo, uma vez que a interferência alheia fulmina a disposição de nulidade.³³⁷

Pelo mesmo princípio da personalidade do testamento, o Código Civil, especialmente no art. 1.863, veda expressamente o testamento conjuntivo, também denominado de mão comum ou mancomunado.³³⁸ Trata-se de testamento feito em um único instrumento por mais de uma pessoa, seja ele correspectivo, simultâneo ou recíproco.

O testamento de mão comum é simultâneo quando duas ou mais pessoas dispõem na mesma cédula em benefício de terceiro. É recíproco quando um instituiu o outro como beneficiário, reciprocamente. Já o testamento correspectivo consiste naquele em que os testadores fazem disposição em retribuição de outras correspondentes.³³⁹

A regra busca assegurar a revogabilidade e a espontaneidade dos testamentos, porquanto a revogação de um implicaria na revogação do outro e porque, quase sempre, há, nesses casos, reciprocidade de interesses, o que é inadmitido no Brasil, em razão da vedação do pacto sucessório.³⁴⁰

Fosse permitido o testamento conjuntivo também haveria violação da liberdade de testar ou não testar, presumindo certa influência na vontade do titular do patrimônio. Nessa linha, adverte-se que a vedação abrange apenas o testamento feito por mais de uma pessoa no mesmo instrumento, de modo que, caso elaborados separadamente, podem ser simultâneos ou recíprocos.³⁴¹

Por fim, a característica da solenidade do testamento também é responsável por garantir o cumprimento da vontade do testador na sucessão hereditária de seu patrimônio. Por se tratar do assunto de especial importância, o tema já foi tratado no item anterior, separadamente.

<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

³³⁷ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 626.

³³⁸ “Art. 1.863. É proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo.” BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

³³⁹ CATEB, Salomão de Araújo. **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 98.

³⁴⁰ CATEB, Salomão de Araújo. **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey 1999. p. 98.

³⁴¹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 627.

Além das regras formais e das características essenciais do testamento, há outras normas de ordem material que também são empregadas para atribuir segurança ao testamento, notadamente para garantir que a sucessão testamentária se dê nos termos da real vontade do titular do patrimônio sucessível. São essas regras as atinentes à capacidade do testador e ao reconhecimento de ineficácia do testamento, o que se analisará nos dois itens a seguir.

2.3 A segurança pela capacidade testamentária ativa

Menezes Cordeiro conceitua a capacidade como “[...] *medida concreta de direitos e de deveres de que se possa, respectivamente, ser titular e destinatário.*” Afirma o jurista que a capacidade de gozo consiste na medida das posições jurídicas que se possa ocupar, enquanto a capacidade de exercício trata da medida das posições jurídicas que se possa exercer pessoal e livremente.³⁴²

A capacidade de exercício ou de fato pode ser mensurada como capacidade relativa e capacidade absoluta, nos termos dos arts. 3º e 4º do Código Civil.³⁴³ No caso de incapacidade relativa do sujeito, supre-se a ausência de capacidade com a assistência, enquanto para os casos de incapacidade absoluta o Código determina a necessidade de representação civil.

Especificamente na sucessão testamentária, a capacidade divide-se na aptidão especial para realizar o negócio jurídico de última vontade, bem como na aptidão especial do herdeiro ou legatário para receber o quinhão ou bem testado.³⁴⁴

Os romanos denominavam a primeira como *testamenti factio ativa* e a segunda como *testamenti factio passiva*.

Atendo-se ao objeto de estudo desta tese jurídica, passa-se a analisar a capacidade testamentária ativa, elemento intrínseco do testamento³⁴⁵, que consiste na medida de

³⁴² CORDEIRO, António Meneses. **Tratado de Direito Civil**. V. 4: Pessoas. 5. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2019. p. 371.

³⁴³ Preveem ditos dispositivos:

“Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.” “Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.” BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em:

<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

³⁴⁴ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 648.

capacidade necessária para elaborar o testamento e ocupar a posição jurídica de testador, dispondo a forma de sucessão do seu patrimônio pessoal. Ela pode ser dividida em absoluta e relativa, sendo absoluta ou geral aquela que permite a testamentificação por qualquer das modalidades legalmente previstas e a respeito de todos os seus bens. De outro lado, a capacidade testamentária ativa relativa é aquela atribuída a quem só pode testar por uma determinada forma ou a respeito de alguns de seus bens.³⁴⁶

Wald exemplifica a capacidade testamentária ativa relativa com o portador de deficiência visual, que somente pode testar na forma pública e respeitando-se regras específicas. Já na capacidade passiva relativa o jurista exemplifica com o tabelião e a testemunha, por não poderem herdar em testamento que participaram.³⁴⁷

Quanto aos elementos dessa capacidade, pressupõe-se um sujeito de direito, o qual ocupa a posição de testador, que deve conhecer a natureza do ato que pratica, com consciência e liberdade, de forma que a vontade surja a partir de si e não de *outrem*.³⁴⁸

Maximiliano explica que “[...] *para testar são indispensáveis certos requisitos pessoais: inteligência e vontade, compreender e querer compreender o caráter e os efeitos do ato e querer praticá-lo, bem como poder manifestar essa resolução; exige-se, enfim, a consciência do que faz, a plenitude da vontade.*”³⁴⁹

Verifica-se, portanto, que na capacidade de testar há elementos subjetivos, quais sejam a inteligência e vontade, além da capacidade genérica de realizar qualquer negócio jurídico.³⁵⁰ De modo específico, o Código Civil determina no art. 1.860 que “[...] *além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento*”, bem como que “*podem testar os maiores de dezesseis anos.*”³⁵¹

Das lições da doutrina clássica referidas, extrai-se que, além da capacidade civil elementar em todos os negócios jurídicos, para a elaboração do testamento o sujeito ativo

³⁴⁵ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Sucessões**: inventário e partilha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 93.

³⁴⁶ WALD, Arnoldo; CAVALCANTI, Ana Elizabeth; PAESANI, Liliana Minardi. **Direito Civil**: Direito das Sucessões, vol. 6. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 72.

³⁴⁷ WALD, Arnoldo; CAVALCANTI, Ana Elizabeth; PAESANI, Liliana Minardi. **Direito Civil**: Direito das Sucessões, vol. 6. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 72.

³⁴⁸ MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1968. p. 112. Tomo LVI – Direito das sucessões: sucessão testamentária. Testamento em geral. Disposições testamentárias em geral. Herança e legados.

³⁴⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v. III, p. 355.

³⁵⁰ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 649.

³⁵¹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

deve entender minuciosamente o caráter, os efeitos jurídicos futuros e as regras formais exigidas, a fim de que se tenha um instrumento eficaz, que proporcione a sucessão testamentária em respeito fiel à vontade do titular do patrimônio sucessível.

Vieira de Carvalho salienta que

[...] é característica da disposição de última vontade a espontaneidade do testador, consequência lógica de se tratar de ato personalíssimo, sendo a escolha do herdeiro ou legatário, livre, podendo recair sobre qualquer pessoa, desde que portadora de legitimação para ser sucessível universal ou singular, cabível apenas o respeito à quota legitimária dos eventuais herdeiros necessários do testador.³⁵²

A capacidade é verificada no momento da feitura do ato testamentário, de modo que posteriores alterações não invalidam nem convalidam o testamento.³⁵³

O regramento expresso e específico do Código Civil conduz a conclusão de que a capacidade é a regra, restando incapacitados para testar os incapazes e os que não tiverem o pleno discernimento. Pela letra do dispositivo, poder-se-ia entender que todos os incapazes, sejam absoluta ou relativamente, estariam impedidos de testar, diferentemente do Código anterior, que não incluía todos os relativamente incapazes no rol de sujeitos proibidos de dispor em testamento.³⁵⁴

Considerando um retrocesso legislativo, a doutrina já entendia que a melhor interpretação era no sentido de excluir apenas os absolutamente incapazes do rol de vedações.³⁵⁵ Entretanto, com a alteração dos arts. 3º e 4º do Código Civil, promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, são absolutamente incapazes apenas os menores de 16 anos, que já eram invariavelmente impedidos de testar, nos termos do art. 1.860, *p.u.* do Código Civil.

Com efeito, os que, mesmo por causa transitória ou permanente, não tenham condições de exprimir vontade passaram a ser consideradas relativamente incapazes. Na seara da capacidade testamentária ativa, conclui-se que serão impossibilitados de testar qualquer sujeito que “[...] *por força de razões físicas ou mentais presentes no momento e na época da*

³⁵² CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 649.

³⁵³ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022. art. 1.861.

³⁵⁴ BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1916. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=3071&ano=1916&ato=c160zYE1UNnRVTa37>. Acesso em: 16 jan. 2023. art. 1.627.

³⁵⁵ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 652.

*confeção do testamento, não compreendam ou não possam compreender as consequências, razões e as finalidades do ato de última vontade”.*³⁵⁶

O testamento produzido nessas circunstâncias será nulo (nulidade virtual, art. 166, VII, parte final)³⁵⁷, por grave violação do preceito contido no aludido art. 1.860 do CC. Independe, para tanto, se a incapacidade de entendimento e discernimento foi declarada por sentença de interdição ou curatela, uma vez que a validade do testamento sujeita-se a plena espontaneidade do ato, em respeito à soberana vontade do testador.

Ademais, os maiores de 16 anos podem fazer disposições de última vontade, independente de assistência, considerando a permissão legal específica. À propósito, o testamento é ato personalíssimo, que inadmite a elaboração por intermédio de outra pessoa.

O dispositivo em análise é claro no sentido de que aqueles que não possuem pleno discernimento não podem testar. Com efeito, se for posteriormente comprovado em juízo que, ao tempo da elaboração do testamento, o testador não possuía pleno discernimento, haverá nulidade do testamento, independente de estar ele em intervalo de lucidez.³⁵⁸

No caso de sujeito com declaração de interdição já proferida, ainda que em intervalo de lucidez, não pode testar. Em testamento público, é dever do tabelião de notas apurar referida interdição.

Quanto aos demais relativamente incapazes, Vieira de Carvalho sustenta que os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por enfermidade mental, tenham discernimento reduzido, podem testar, desde que no momento da elaboração do testamento “[...] *efetivamente entendam o ato de testar e as circunstâncias que o cercam.*”³⁵⁹

Em contrapartida, Dimas Messias afirma que, além dos maiores entre 16 e 18 anos, não há que acolher a capacidade testamentária ativa dos relativamente incapazes, sejam eles dotados ou não de discernimento, em razão da vedação expressa do Código Civil.³⁶⁰

Vale registrar que cumprindo o dever de complementar a legislação civil no que se refere aos procedimentos extrajudiciais, as Corregedorias Gerais de Justiça podem disciplinar especificamente a elaboração do testamento. À título ilustrativo, o Prov. Conj. 93/2020 da

³⁵⁶ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 653.

³⁵⁷ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

³⁵⁸ WALD, Arnoldo; CAVALCANTI, Ana Elizabeth; PAESANI, Liliana Minardi. **Direito Civil: Direito das Sucessões**, vol. 6. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 73.

³⁵⁹ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 658.

³⁶⁰ CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Sucessões: inventário e partilha**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 95.

CGJ/TJMG, determina no art. 266, parágrafo único³⁶¹, que a pessoa capaz de testar é aquela que consegue exprimir vontade de forma clara e consciente perante o tabelião, independente de prova da capacidade clínica ou de atestado médico. Entretanto, buscando atribuir ao notário amplos poderes de investigação da higidez da vontade manifestada, permite que sejam exigidos tais atestados médicos.³⁶²

De todo o exposto, compreende-se que a capacidade testamentária ativa é elemento essencial para atribuir segurança ao testamento, uma vez que sua ausência acarreta fatalmente a nulidade do negócio jurídico. À propósito, trata-se do pressuposto central da liberdade de testar e da soberania da vontade do testador, uma vez que a sucessão testamentária é pautada essencialmente no elemento volitivo do disponente.

O direito romano exigia a presença da plena capacidade civil do disponente desde o momento de elaboração do testamento até seu óbito, ininterruptamente. Já o direito pretoriano considerava válido o testamento, desde que o testador tivesse capacidade no momento da feitura do ato, bem como no momento final da sua vida, sem analisar a o lapso temporal entre os dois marcos. O direito contemporâneo, de forma mais liberal, satisfaz-se com a presença da capacidade no momento da assinatura do testamento.³⁶³

Entende-se que de acordo com as disposições legais, a interpretação correta é de que pode testar os maiores de dezesseis anos que consigam manifestar vontade e possuem discernimento para a prática do ato.

Dessa forma, seguro será o testamento elaborado com aferição da capacidade de entendimento e discernimento do testador no momento de sua elaboração, não bastando a capacidade em si, mas sim a ciência dos efeitos jurídicos do que se instrumentaliza. Nesse ponto, destaca-se a importância da atuação do notário, que é profissional do direito, dotado de fé pública, com dever de assessoramento e esclarecimento dos aspectos jurídicos que envolvem o ato notarial. Além de verificar a capacidade e os elementos da vontade externada,

³⁶¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Provimento Conjunto n. 93/2020**. Institui o Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, que regulamenta os procedimentos e complementa os atos legislativos e normativos referentes aos serviços notariais e de registro do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: TJMG, 2020. art. 266, p.u. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/vc00932020.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2022.

³⁶² Vale registrar que, em relação ao Prov. 56/89 da CGJ/TJSP, não há disciplina específica destinada à elaboração do testamento. Entretanto, devem ser respeitadas as normas gerais de elaboração do ato notarial, dispostas a partir do item 42, Capítulo XVI. Considerando o dever geral de verificação e investigação da manifestação plena, clara e autêntica da vontade de todos os atos notariais, o tabelião de notas deve se certificar desses elementos da vontade do testador.

³⁶³ WALD, Arnoldo; CAVALCANTI, Ana Elizabeth; PAESANI, Liliana Minardi. **Direito Civil: Direito das Sucessões**, vol. 6. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 72.

o tabelião de notas esclarece o testador de todos os aspectos do testamento, tornando o testamento público seguro e hígido desde a sua criação.

Além da capacidade testamentária ativa, o regime de ineficácia do testamento aplicável no momento de produção dos efeitos do testamento é elemento que também aufere segurança.

2.4 A segurança pelo regime de ineficácia do testamento

Acresce-se aos mecanismos de natureza formal e material, consistentes na própria essência do testamento e que promovem a sua segurança, o regime legal que disciplina a ineficácia do testamento possui esse mesmo objetivo.

Conforme analisado alhures, o testamento, ao lado do codicilo, é negócio jurídico com eficácia *post mortem* e, mesmo que exista e seja válido, nasce ineficaz em sentido estrito, porque é ato revogável e só produz efeitos após a morte do testador.³⁶⁴ Sendo assim, não é possível sequer haver questionamentos quanto à sua validade ou eficácia enquanto vivo o seu autor.

Utilizando-se a acepção ampla do termo ineficácia empregada por Telles como sendo o contrato insuscetível de produzir os efeitos jurídicos que deveriam corresponder-lhe³⁶⁵, tem-se que o testamento pode ser ineficaz quando juridicamente inexistente; juridicamente inválido, por ser nulo ou anulável; ou quando ineficaz em sentido estrito.

Tendo em vista que os planos da existência e da validade já foram tratados na primeira parte desta Tese, passa-se à análise do regime ineficácia em sentido estrito do testamento. Consiste na situação em que o testamento passa positivamente pelos planos de análise da existência e da validade, mas, por outras causas, não produzirá os efeitos jurídicos almejados pelo testador.

Com efeito, como exposto alhures, todo testamento nasce ineficaz, em sentido estrito do termo, considerando que somente produzirá efeitos após a morte do testador. Além desse óbito, a eficácia das disposições depende da ausência de revogação do testamento pelo testador, quando ainda em vida.

Por ser direito potestativo, a revogação é ato pertinente à discricionariedade do disponente, de modo que independe de intervenção judicial. Ademais, pode ser realizada pela

³⁶⁴ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 903.

³⁶⁵ TELLES, Inocência Galvão. **Manual dos contratos em geral**. 3. ed. Lisboa: Manuais da Faculdade de Direito de Lisboa, 1965. p. 330.

mesma forma com que pode ser elaborado o testamento.³⁶⁶ Em outras palavras, ocorre a revogação do testamento por meio de novo testamento. Todavia, não é imperativo legal que a revogação se dê mesma modalidade do testamento a ser revogado, sendo permitido o uso de qualquer um dos ordinários para tanto.

Especial atenção merece o testamento cerrado, que pode ser revogado quando o testador o dilacerar, rasgar ou abrí-lo. Denomina-se revogação tácita, real ou material, expressamente prevista no art. 1.972, CC/02. Maximiliano pondera que

A validade da revogação material, ou real, depende do preenchimento de três requisitos: ciência, inteligência e consentimento válido, por parte do testador. Prevalece o ato causa mortis quando provado que não houve a intenção de o revogar; por exemplo, que o disponente abriu por inadvertência ou para verificar o conteúdo de uma das cláusulas. Fica de pé o documento, se o testador agiu, ou deu ordens, em ebriedade ou demência; ou levado por erro, dolo ou coação. O ato revogatório há de ser produto da vontade livre e deliberada, de pessoa capaz de testar.³⁶⁷

Ademais, das disposições legais percebe-se que a cédula testamentária perdida, destruída ou com indícios de violação não pode ser reconstruída nem validada. Isso se dá especialmente no intuito de obstar fraudes à vontade do falecido.³⁶⁸

Ressalte-se o teor do art. 1.971, CC/02, no sentido de que o testamento mantém seus efeitos se o testamento revogador for anulado por omissão ou infração de solenidades legais ou por vícios intrínsecos.³⁶⁹

Além da revogação, o testamento pode ser ineficaz diante da caducidade, que, diferentemente da primeira, independe da vontade do testador. Uma das hipóteses de caducidade consiste naquela em que há uma condição suspensiva que subordina a vontade testamentária, e antes do seu implemento ocorre a morte dos beneficiários.³⁷⁰

³⁶⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022. art. 1.969.

³⁶⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v. 3, p. 174.

³⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: volume 7. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. p. 263.

³⁶⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

³⁷⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022. art. 1.809.

Também caduca o testamento quando há exclusão judicial de herdeiro ou legatário por indignidade, nos casos previstos no art. 1.814, CC/02, por renúncia de qualquer um deles (art. 1.804, CC/02), por pré-morte do herdeiro testamentário sem designação de substituto ou por incapacidade passiva. Vale consignar que a caducidade do testamento revogador não impede a revogação, porquanto é ato válido.

A última situação que enseja a ineficácia em sentido estrito do testamento trata-se do seu rompimento. Nesse caso, o testador elabora a deixa desconhecendo a existência de herdeiros necessários, presumindo-se que não teria testado, caso ciente. Assim, aberta a sucessão e verificada a existência desses herdeiros, o testamento rompe-se em todas as suas disposições. Com efeito, prevê o Código Civil que

Art. 1.973. Sobrevindo descendente sucessível ao testador, que não o tinha ou não o conhecia quando testou, rompe-se o testamento em todas as suas disposições, se esse descendente sobreviver ao testador.

Art. 1.974. Rompe-se também o testamento feito na ignorância de existirem outros herdeiros necessários.³⁷¹

A referida presunção é de natureza *iure et de iure*, inadmitindo prova em sentido contrário, mas exige-se que o(s) herdeiro(s) necessário(s) desconhecido(s) sobrevivam efetivamente ao testador.³⁷² Diferente é a situação em que o testador testa em favor de terceiros, sabendo da existência de um herdeiro necessário, ainda que desconheça a existência de outro(s). *In casu*, não haverá rompimento do testamento, mas sim redução das disposições testamentárias, caso infringido o direito da legítima.³⁷³

As hipóteses de ineficácia visam suprir a vontade do testador, quando há uma situação superveniente desconhecida que certamente alteraria suas disposições de vontade. Pretende o legislador cercar de forma satisfatória as hipóteses fáticas em que a vontade constante da cédula não corresponde à real intenção do testador ou que infrinja norma de ordem pública, violando frontalmente o ordenamento jurídico.

De todo o exposto, verifica-se que o regime legal disciplinador da invalidade e demais causas de ineficácia do testamento são colocados em prol da manutenção da segurança da manifestação de vontade do disponente.

³⁷¹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

³⁷² CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 941.

³⁷³ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 943.

Destaca-se que, de fato, diante das exaustivas hipóteses mencionadas na legislação civilista que acarretam a não produção de efeitos do negócio *causa mortis*, o sistema da ineficácia em sentido amplo, incluindo-se as causas de inexistência e invalidade, colabora para a segurança do testamento no momento da sua produção de efeitos. Assim como os outros elementos dessa segurança retroreferidos, a ineficácia em sentido amplo, sobretudo as causas de inexistência e invalidade, pode ser obstada, em sua maioria, se o instrumento for bem elaborado na origem, de acordo com os ditames legais.

Entretanto, não estando hígido o instrumento, são necessários mecanismos a serem aplicados no plano eficaz para barrar a produção de efeitos, evitando-se, assim, uma sucessão testamentária distante da real intenção do testador.

A inconveniência do regime de invalidade posto reside na amplitude de situações que ensejarão a não aplicação da vontade do titular do patrimônio sucessório, com a necessidade de intervenção judicial, tornando o inventário e partilha procedimento moroso e burocrático. Da mesma maneira, por essa perspectiva, pode-se considerar o testamento um fator de dificuldade e burocracia no inventário e partilha, não se mostrando um eficiente instrumento de planejamento sucessório. A questão repousa essencialmente na necessidade de equilíbrio entre a segurança das disposições testamentárias e eficiência do testamento, perante a ótica da sociedade contemporânea.

Repise-se, caso fosse elaborado corretamente, não haveria necessidade de aplicação dessas normas legais. Essa premissa conduz à necessária constatação de que as regras de invalidade e ineficácia do testamento são colocadas subsidiariamente, com a função de assegurar a sucessão hereditária, evitando-se transmissão de bens contrárias à real intenção do testador.

Conforme analisado, a segurança imprescindível no negócio *causa mortis* não é angariada apenas pelas solenidades exigidas nas diferentes formas de testamento, mas também por outros instrumentos legais, de ordem material, ou baseados na própria essência do ato jurídico em comento.

Ocorre que se destoam os meios formais que o legislador utiliza para atribuir a segurança jurídica ao testamento, que, até então, redundam na exacerbada imposição de formalidades, ocasionado uma depreciação do instrumento jurídico como mecanismo de planejamento sucessório.

Entretanto, objetiva-se aqui encontrar outras soluções mais simples e eficazes de garantir a higidez da manifestação de vontade do testador depois do seu falecimento e que, ao mesmo tempo, estejam em compasso com os anseios do indivíduo contemporâneo.

À propósito, essa é uma tendência já evidenciada no direito contemporâneo. Eduardo de Oliveira Leite leciona que “[...] *a tendência do direito atual é facilitar o acesso de todos à testamentificação, desde que o outorgante possa, de alguma maneira, exprimir a sua vontade.*”³⁷⁴

Inconteste é que o ato testamentário deva ser solene, uma vez que as formalidades contribuem relevantemente para a eficácia nos termos da vontade do testador, especialmente porque essa é exposta em um documento que servirá, futuramente, como meio de prova. O que se questiona é o *quantum* de solenidade é necessário para que torne o testamento um instrumento seguro, sem que seja obsoleto em matéria de planejamento sucessório.

A doutrina, tradicionalmente, aponta que as excessivas formalidades deveriam ser seguidas à risca, a fim de assegurar a garantia e a autenticidade do testamento, sob pena de nulidade do negócio.³⁷⁵ Entretanto, na sociedade contemporânea percebe-se a tendência de mitigação judicial dessas formalidades, também denominado fenômeno da dessonetização do testamento, em prol da manutenção da vontade do testador, consoante explanado alhures.

Ocorre que, conforme já analisado, a proposta de solução ao paradoxo das formalidades apresentado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao mesmo tempo que busca compatibilizar o testamento aos anseios contemporâneos, assegurando a vontade do testador, torna o instrumento frágil, de maneira geral. Isso porque abre possibilidade para aplicação de subjetivismos do julgador, podendo-se definir a sucessão testamentária de forma divergente ao que intencionava o disponente.

Nessa linha, valem as antigas lições de Carvalho Santos, no sentido de que

As formas sacramentais, invariáveis, que caracterizavam o exagerado culto formalístico do direito antigo, não mais se exigem hoje. O que ficou, em matéria de forma, e o que rigorosamente se exige, é tão somente o que se considerou indispensável para preservar a manifestação de última vontade, assegurar-lhe a autenticidade e para o seu fim a coberto, tanto quanto possível, da falsa interpretação, do dolo, ou da falsificação.³⁷⁶

O que se percebe é que a tendência de flexibilização judicial das formalidades testamentárias se fundamenta no prestígio do material sob o formal. Entretanto, desconsidera-se a essência do instrumento jurídico *mortis causa*. Rebaixa-se para segundo plano o processo

³⁷⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil**: do Direito das Sucessões. 4. ed. Coordenado por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. XXI, p. 336-337.

³⁷⁵ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 639.

³⁷⁶ SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. v. XXII, p. 416.

de elaboração das disposições, para buscar a real intenção do testador no momento de produção dos efeitos da cédula. Há um desvirtuamento do instituto, privilegiando-se o momento da eficácia em detrimento do momento da confecção do testamento.

Não se objetiva negar a importância da atuação hermenêutica, entretanto, não se pode ignorar que a formalidade é ínsita ao instrumento, em razão da particularidade da sua eficácia *post mortem*. De igual forma, não se nega que a observância de formalidades não deve preponderar sobre a finalidade pela qual são impostas, qual seja a vontade do testador. Mas a solução à esse problema não pode aniquilar o instituto.

Verifica-se que é extremamente dificultosa a comprovação da real vontade do autor do instrumento jurídico, bem como de sua capacidade testamentária após o seu falecimento. A investigação que se faz do elemento volitivo nesse momento é frágil, independente de quais provas se utilize. Eis a diferença entre os atos *inter vivos* e *causa mortis*. O contrário ocorre no momento de elaboração do testamento, quando o tabelião de notas tem condições e mecanismos aptos à investigar efetivamente a vontade que lhe é manifestada.

O que se defende na presente Tese é que se atribua a devida importância do procedimento de elaboração, porquanto o testamento adequadamente confeccionado obsta problemas detectados no momento de produção de efeitos. Não se trata de mero formalismo ou apego ao formalismo clássico, romano, mas sim de promover um estudo consentâneo às características específicas e inatas do testamento. A atualização, modernização e adequação do instrumento jurídico deve se dar associada às suas características essenciais.

Diante da inércia e omissão legislativa por anos, levou-se à crise do testamento, e a necessidade da atuação judicial para corrigir o descompasso das regras. A hermenêutica tomou lugar e buscou soluções caso a caso. Entretanto, repise-se, não se pode reduzir a substância do instituto.

A inovação que se propõe é a retomada de análise do testamento como instrumento de manifestação de vontade que é, buscando promover legislativamente um procedimento de confecção das disposições simples, célere e seguro.

Vale dizer, a fim de obstar os inconvenientes gerados pela ampla flexibilização judicial das formalidades testamentárias, e em busca de garantir a curial segurança do ato testamentário aliada à necessidade de adequação das normas sucessórias referentes ao negócio jurídico *mortis causa*, passa-se ao próximo capítulo. Analisar-se-á a aderência do regime constitucional das serventias extrajudiciais notariais como solução ao problema posto.

À propósito, a segurança do testamento concentra-se essencialmente na disposição de vontade legítima, clara, juridicamente válida, e com hígida capacidade testamentária ativa, características amplamente asseguradas com a atuação do tabelião de notas.

3 DO RECONHECIMENTO DA ATUAÇÃO NOTARIAL COMO ATIVIDADE JURÍDICA PLENA EM MATÉRIA DE FORMALIZAÇÃO E CUMPRIMENTO DE TESTAMENTOS: ADEQUAÇÃO AO NOTARIADO LATINO

Conforme analisado na primeira parte dessa tese, na passagem do Código Civil de 1916 para o de 2002, não houve a devida adequação da legislação civilista aos propósitos da Constituição da República de 1988. Especialmente no que se refere à matéria sucessória testamentária, o atual Código se mostra anacrônico e insuficiente para corresponder aos anseios da sociedade contemporânea.

Nesse sentido, insta reiterar a observação de Fachin, no sentido de que se criaram categorias jurídicas rígidas compatíveis com o momento histórico da época, mas colocadas como permanentes, de forma que, naturalmente, os fatos passariam a contradizer os conceitos, a partir da mudança do contexto social.³⁷⁷

Do ordenamento jurídico civil brasileiro como um todo, nota-se que, tanto na parte de direito de família e de propriedade, que possuem íntima relação com a sucessão hereditária, muitas atualizações e adequações foram realizadas desde a promulgação da lei que instituiu o Código Civil de 2002.

Porém, mais que o anacronismo do direito sucessório, no que pertine à elaboração do testamento, nenhuma alteração substancial foi realizada com o intuito de facilitar e promover o negócio jurídico *causa mortis*, considerado pelo legislador o instrumento de planejamento sucessório por excelência.

Ressalte-se, como estudado alhures, que já na época em que confeccionado o Código de 2002 a doutrina civilista apontava a necessidade de revisão das formalidades do testamento, no sentido de não dificultar a disposição *post mortem* pelo titular do patrimônio.

Evidencia-se que não houve preocupação do legislador com a adequação do direito sucessório aos preceitos constitucionais e às diretivas apresentadas pela doutrina especializada. Talvez em razão da ausência de uma visão macro do sistema constitucional, o legislador não se utilizou de ferramentas colocadas à disposição pelo constituinte em prol da eficiência na sucessão testamentária.

Refere-se ao regime constitucional criado para regulamentar as serventias extrajudiciais, posto no art. 236 da Constituição da República de 1988, que se entende como alternativa viável, plausível e apta a promover a utilização do testamento. Nesse *ínterim*,

³⁷⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 67.

passa-se ao próximo item, tratando minuciosamente do regime jurídico aplicado aos serviços extrajudiciais, especialmente aos de notas.

3.1 Regime jurídico constitucional dos serviços notariais

A Constituição da República de 1988 revolucionou o tratamento jurídico dispensado às atividades extrajudiciais de notas e de registro. Atribuindo fundamento de validade constitucional, apresentou um modelo *sui generis* de desempenho das referidas atividades jurídicas, previsto no art. 236, que dispõe

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.³⁷⁸

Especificamente no parágrafo primeiro, determina-se que Lei Ordinária Federal “regulará” as atividades em comento, de forma que a mesma foi editada em 1994. Trata-se da Lei n. 8.935/94³⁷⁹, também denominada Lei dos Notários e Registradores. Referido diploma legal dispõe acerca do funcionamento das serventias extrajudiciais, responsáveis por desempenharem as atividades notariais e de registro, bem como disciplina os direitos e responsabilidades dos notários e registradores, incluindo, além dos serviços registraes, os tabelionatos de notas e protesto.

Quanto à legislação referente aos emolumentos, o art. 236, §2º, da Constituição, dispõe que Lei Federal “estabelecerá” normas gerais para fixação dos emolumentos relativos aos atos prestados pelos notários e oficiais registradores.

Referido diploma legal consiste na Lei n. 10.169 de 2000, que estabelece normas gerais de fixação dos emolumentos, bem como deixa a cargo dos Estados e Distrito Federal a

³⁷⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1988. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 14 jan. 2023.

³⁷⁹ BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

devida estipulação do valor. Logo, nota-se que se trata de competência concorrente dos Estados e da União, *ex vi* do art. 24, §1º da Carta Constitucional.

Nesse aspecto, a fixação do valor dos emolumentos é realizada por meio de lei de iniciativa do respectivo Tribunal de Justiça, em plano estadual, e a atualização anual pode ocorrer por Portaria da Corregedoria Geral de Justiça do Estado. À título exemplificativo, no Estado de Minas Gerais essa matéria é tratada na Lei n. 15.424 de 2004, enquanto no Estado de São Paulo a Lei n. 11.331 de 2002 determina o valor dos emolumentos. Importante registrar que, no plano administrativo, o Conselho Nacional de Justiça e as Corregedorias-Gerais de Justiça, no âmbito de cada Estado, orientam a prestação dos serviços em tela, por meio de atos normativos.

Pode-se extrair o conceito das atividades em comento a partir do art. 1º da Lei n. 8.935/94, o qual determina que “*Os serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.*”³⁸⁰ Logo, consistem referidas atividades em serviços jurídicos de organização técnica e administrativa, desempenhados em caráter privado, mas necessários e impostos à coletividade.

Por conseguinte, doutrinariamente, surgiu indagação acerca da natureza jurídica de tais serviços, dividindo-se a doutrina em classificá-los ou não como serviços públicos. A polêmica se acendeu em razão de serem os serviços exercidos em caráter privado, conforme determina a Constituição da República, embora se tratem de atividades jurídicas próprias do Estado e tenham peculiaridades que as assemelham às entidades de direito público.

O que se denota é o exercício de uma atividade jurídica em regime jurídico *sui generis*. Há uma “[...] *incinibilidade entre as naturezas pública e privada da função notarial.*”³⁸¹

O cerne da questão em análise se esbarra na natureza jurídica dos notários e registradores. Inicialmente, insta consignar que o sistema utilizado antes da Carta Constitucional de 1988 tratava as serventias extrajudiciais como oficializadas, sob a responsabilidade do Poder Público.

Dessa forma, os notários e registradores, na sistemática anterior, eram classificados majoritariamente como funcionários públicos, que integravam a estrutura do Estado,

³⁸⁰ BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

³⁸¹ SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. **Noções fundamentais de direito registral e notarial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 90.

submetendo-se às normas de direito público, como aposentadoria compulsória e remuneração por proventos. Nesse sistema, os titulares das serventias extrajudiciais, bem como os seus funcionários integravam a administração direta do Estado.

De outro lado, a Constituição vigente impôs o exercício das atividades notariais e de registro em caráter privado, mediante delegação do Poder Público, por concurso público de provas e títulos. Em consonância com a referida disposição constitucional, o art. 50 da Lei n. 8.935/94 determina que, na vacância de qualquer serviço registral ou notarial, passarão os mesmos, automaticamente, para o regime do referido diploma legal, qual seja, o caráter privado.

Nesse diapasão, o entendimento consolidado atual é no sentido de que os notários e registradores são profissionais do Direito, exercendo suas atividades na condição de particulares em colaboração com o poder público. Nessa esteira, vale ressaltar relevante e elucidativo trecho do voto do Ministro Carlos Ayres Brito, na ADI 2.602-0/MG, que, didaticamente, assim esclareceu:

[...] Se o exercício dos cargos públicos efetivos é remunerado diretamente pelos cofres do Estado, o exercício das atividades notariais e de registro é pago pelas pessoas naturais ou pelas pessoas coletivas que deles se utilizam; se ao conjunto dos titulares de cargo efetivo se aplica um estatuto ou regime jurídico funcional comum, ditado por lei de cada qual das pessoas federadas a que o servidor se vincule, o que recai sobre cada um dos titulares de serventia extrajudicial é um ato unilateral de delegação de atividades, expedidos de conformidade com a lei específica de cada Estado-Membro ou do Distrito Federal, respeitadas as normas gerais que se vinculem por lei da União acerca dos registros públicos e da fixação dos sobreditos emolumentos (inciso XXV do art. 22 e parágrafos 1.º e 2.º do art. 236 da Carta de Outubro, um pouco mais acima transcritos); se as pessoas investidas em cargo público efetivo se estabilizam no serviço do Estado, vencido com êxito o que se denomina ‘estágio probatório’, e ainda são aquinhoadas com a aposentadoria do tipo estatutário, pensão igualmente estatutária para os seus dependentes econômicos, possibilidade de greve, direito à sindicalização do tipo profissional (não da espécie econômica) e mais uma cláusula constitucional de irredutibilidade de ganhos incorporáveis aos respectivos vencimentos ou subsídios, nada disso é extensível aos titulares de serventia extraforense, jungidos que ficam os notários aos termos de uma delegação administrativa que passa ao largo do estatuto jurídico de cada qual dos conjuntos de servidores da União, dos Estado, do Distrito Federal e dos Municípios. Enfim, as marcantes diferenciações pululam a partir do próprio texto da Magna Carta Federal, permitindo-nos a serena enunciação de que as atividades notariais e de registro nem se traduzem em serviços públicos nem tampouco em cargos públicos efetivos.³⁸²

³⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.602/MG**. Ação direta de inconstitucionalidade. Provimento n. 055/2001 do Corregedor Geral de Justiça de Minas Gerais. Notários e registradores. Regime jurídico dos servidores públicos. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 24 de novembro de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266859> Acesso em: 19 jan. 2023.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que a delegação por colaboração permite ao Poder Público dispor do serviço de acordo com o interesse público, conservando a possibilidade de alterar as condições de sua execução.³⁸³ Trata-se da forma de prestação de um serviço próprio do Estado, *in casu*, o notarial e registral, de forma indireta, por um particular selecionado depois de cumpridos os requisitos estabelecidos na Constituição da República e na Lei dos Notários e Registradores (Lei n. 8.935/94).

O titular do serviço notarial e de registro tem atuação legitimada nos limites dos poderes outorgados pela delegação, que pode ser subordinado a determinado espaço territorial, a depender da atribuição delegada.³⁸⁴ Logo, nota-se que o agente delegado, qual seja, o oficial registrador ou o tabelião, tem sua atuação limitada pelo poder delegante, que é o Estado, traduzindo-se a delegação em forma de representação do poder estatal, por um particular.

No que toca ao objeto dessa tese, cumpre analisar detidamente o regime jurídico de desempenho da atividade notarial, considerando que a segurança dos atos jurídicos, notadamente dos testamentos públicos e cerrado, quanto à elaboração é incumbência dos tabeliães de notas.

Leonardo Brandelli ressalta que o direito notarial é definido como “[...] o conjunto de disposições legislativas, regulamentárias, usos, decisões jurisprudenciais e doutrinas que regem a função notarial.”³⁸⁵

Em relação ao direito comparado, os principais sistemas de notariado são o de base judicial e administrativa, o latino e o anglo-saxão. Os notariados de base judicial e administrativa costumam ser aplicados à ordenamentos jurídicos rígidos, que restrinjam a propriedade privada e a liberdade de contratar, de forma que as funções notariais são desenvolvidas pelo próprio Estado, como ocorreu na antiga União Soviética.³⁸⁶

A diferença entre o notariado de base administrativa e judicial consiste no enquadramento jurídico do notário. No primeiro, o notário é um funcionário do Estado e pertence aos quadros da Administração Pública. De outro lado, no notariado de base judicial,

³⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 384.

³⁸⁴ CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada (Lei n. 8.935/94)**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 31.

³⁸⁵ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 78.

³⁸⁶ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 69.

os notários também integram a Administração Pública, no entanto, fazem parte, especificamente, da judicatura. O exemplo notório de adoção desse sistema é a Alemanha.³⁸⁷

Quanto ao sistema do notariado latino, Brandelli afirma que é o tipo adotado nos países de origem latina e que seguem o direito dos romanos. Nesse ponto, indispensável transcrever suas características dadas pelo notário José Adrian Negri:

- a) manutenção da configuração tradicional do notário como conselheiro, perito e assessor de direito; receptor e intérprete da vontade das partes, redator dos atos e contratos que deva lavrar e portador de Fé dos fatos e declarações que se passem ou se façam em sua presença;
- b) exigência para o exercício da função notarial de estudos universitários de Direito em toda a sua extensão, comprovados com o diploma de bacharel em direito ou de título que corresponda a disciplinas análogas, acrescido da especialização e prática da função;
- c) limitação do número de notários estritamente de acordo com as necessidades públicas em cada jurisdição, distrito ou circunscrição notarial;
- d) seleção de ordem técnica e moral para ingressar na função notarial pelo sistema de concurso de provas e títulos;
- e) garantia de inamovibilidade para o titular enquanto tiver boa conduta;
- f) autonomia institucional de notariado, com seu governo e disciplina a cargo de organismo corporativo próprio;
- g) remuneração do notariado pelo cliente pelo sistema de tabelas legais e com garantia de meios descentes para a subsistência;
- h) aposentadoria facultativa por antiguidade, doença ou limite de idade.³⁸⁸

Marcelo Rodrigues acrescenta que, no sistema do notariado latino, a finalidade principal da atividade notarial é a elaboração de documentos (instrumentos notariais) “[...] a que a lei atribui um valor declarativo e um grau de certeza e segurança jurídica reforçados”³⁸⁹. Ademais, o autor assevera que “[...] o notário latino é um profissional do Direito que exerce uma função pública, sendo, portanto, ao mesmo tempo, um profissional liberal e um oficial público.”³⁹⁰

Logo, denota-se que no sistema em comento o documento feito pelos tabeliães de notas é dotado de autenticidade, com presunção relativa de veracidade quanto à sua existência

³⁸⁷ RODRIGUES, Marcelo Guimarães. **Tratado de registros públicos e direito notarial**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 228.

³⁸⁸ NEGRI, José Adrian apud BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 73-74.

³⁸⁹ RODRIGUES, Marcelo Guimarães. **Tratado de registros públicos e direito notarial**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 222.

³⁹⁰ RODRIGUES, Marcelo Guimarães. **Tratado de registros públicos e direito notarial**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 222.

e conteúdo dos negócios nele contido, consubstanciando título executivo, salvo se provada sua falsidade, judicialmente.³⁹¹

Por fim, vale ressaltar que os notários do sistema latino são livres e autônomos, com independência funcional, não compondo os quadros da administração pública, uma vez que integram órgãos próprios.

Com relação ao sistema do notariado anglo-saxão, esse sistema é o oposto do latino, uma vez que o documento elaborado pelos tabeliães não é dotado de autenticidade, de modo que a prova é essencialmente oral. Logo, o notário não necessita ser bacharel em Direito, pois não exerce função jurídica.

Ademais, o notário anglo-saxão não assessora juridicamente as partes, não dá forma documental com respeito à legalidade, à vontade das partes, tampouco qualifica essa vontade. Portanto, a atividade tabelioa se limita a simplesmente reconhecer firmas, apor selos para garantir a inalterabilidade dos documentos e autenticar cópias.³⁹²

Feitas as análises preliminares, cumpre classificar o sistema notarial adotado no Brasil. Tradicionalmente, o notariado brasileiro foi classificado como do tipo latino, contudo, havia dúvidas diante de algumas peculiaridades. Após a Lei n. 8.935/94, a doutrina se posicionou em classificá-lo como do tipo latino, e restou sedimentado que as poucas peculiaridades não lhe retiram essa classificação.

Corroborando tal entendimento, ressalta-se o art. 3º do referido diploma legal, que determina que o tabelião e os oficiais de registro são profissionais do direito, dotados de fé pública. Ademais, os arts. 6º e 7º da mesma lei fixa a competência dos notários para formalizarem juridicamente a vontade das partes, intervir nos atos jurídicos a eles submetidos e lavrar documentos, como escrituras e procurações públicas, testamentos e atas notariais.

Brandelli assevera que o notariado brasileiro é de profissionais, porquanto não possuem a condição de funcionário público, de acordo com o estudado alhures, bem como exercem a atividade de modo privado, *ex vi* do art. 236 da Constituição da República.³⁹³

O mesmo autor classifica, ainda, os notários do Brasil como de número, uma vez que o número de tabelionatos de notas e, conseqüentemente, de notários é previamente determinado por lei, não havendo liberdade dos notários para instalarem-se serventias e

³⁹¹ RODRIGUES, Marcelo Guimarães. **Tratado de registros públicos e direito notarial**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 223.

³⁹² RODRIGUES, Marcelo Guimarães. **Tratado de registros públicos e direito notarial**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 223.

³⁹³ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 75.

prestarem o serviço.³⁹⁴ Recorda-se que o serviço é delegado pelo Estado, após aprovação de lei estadual que o crie, ao particular, através de concurso público de provas e títulos.

Portanto, percebe-se que o notariado brasileiro é exercido com independência pelos tabeliães, na medida em que exercem a atividade em caráter privado e com autonomia. Contudo, jamais se olvide de que esses profissionais, do direito que são, devem obediência estrita à lei, pois visam executá-la, de forma que o princípio da legalidade é primordial tanto na atividade de notas como na de registro.

A função do tabelião é seguir a lei em seus estritos termos, formalizando a vontade das partes juridicamente e obstando a celebração de negócios jurídicos ineficazes, nulos, anuláveis ou com qualquer vício que sejam capazes de causar litígios posteriores. A mais notável atividade do tabelião de notas consiste na formalização jurídica da vontade daqueles que o procuram, momento em que também exerce o papel de assessor jurídico.

Ceneviva explica que o notário deve preservar a intenção das partes e a verdade da manifestação nela contida, em atenção aos seus elementos substanciais.³⁹⁵ A vontade das partes é intimamente ligada à capacidade destas de quererem um determinado resultado e escolherem com liberdade entre as opções existentes.

Nessa linha, cabe ao tabelião de notas, quando da elaboração do ato notarial, investigar cuidadosamente a legitimidade e veracidade da declaração feita na sua presença. Trata-se da análise do conteúdo psicológico da vontade manifestada, de modo que a verdadeira intenção do declarante é a consubstanciada no instrumento jurídico. Havendo dúvidas quanto à liberdade da manifestação, o notário negará a prática do ato.³⁹⁶

Em razão da necessidade fulcral de garantia da liberdade e veracidade da vontade manifestada, o tabelião de notas pode fazer indagações para entender a real intenção dos interessados. Exercendo o papel de assessor jurídico, advertirá e esclarecerá as partes quanto às alternativas jurídicas e válidas aptas a assegurarem o que intencionam. Exatamente dessa forma, se terá um instrumento jurídico seguro e eficaz para a produção de efeitos materiais queridos e lícitos.

Trata-se do exercício da função de polícia jurídica notarial, em que o tabelião deve entrar no mérito do negócio celebrado na sua presença, deve analisar a conformidade do que

³⁹⁴ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 76.

³⁹⁵ CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada (Lei n. 8.935/94)**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 30.

³⁹⁶ CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada (Lei n. 8.935/94)**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 30.

pretendem com o Direito, rechaçando atos contrários e ilícitos. Ao explicar a função de assessor jurídico, Brandelli assevera:

Deve o notário receber a vontade das partes, avaliando-a, certificando-se de que está a mesma livre de vícios, livrando-a de qualquer ilicitude, esclarecendo às partes sobre o alcance jurídico de seus atos, sobre a possibilidade do atendimento do que fora solicitado, bem como sobre a eficácia jurídica que terá o ato, se realizado. Deve ainda informar as partes de outra possível forma, se houver, para melhor atingir o resultado.³⁹⁷

No exercício da função, Ricardo Dip assevera a importância da prudência notarial. Com atenção no que é manifestado e paciente investigação da vontade, o notário examina a licitude moral e legal do negócio que pretendem concretizar, avaliando também as consequências razoáveis decorrentes. O tabelião de notas ao elaborar os instrumentos notariais “[...] atua como seu conselheiro e custódio de segredos, investigando, com estudiosidade e solércia que cada irrepetível caso pontualmente recomenda, a consonância dessa vontade com os princípios da justiça e as disposições legais.”³⁹⁸

Celso Fernandes Campilongo, ao analisar a função social do notariado latino, trata da imprescindibilidade da confiança nos mecanismos do direito para o bom funcionamento do sistema econômico. Assevera que o notariado moderno cumpre importante papel nessa confiança. Ao optar por elaborar o documento jurídico com a intervenção de um notário, “[...] terceiro neutro, imparcial, especializado, responsável pela confecção, certificação, autenticação e preservação do instrumento, cria-se um ambiente de confiança entre as partes no negócio entabulado”.³⁹⁹

Visando dar efetividade à essa necessidade do sistema, as normativas dos Estados impõem expressamente o dever de assessoramento ao tabelião de notas. Em relação ao Estado de São Paulo, assim determina o Código de Normas do Extrajudicial:

2.2. A consultoria e o assessoramento jurídicos devem ser prestados por meio de informações e de esclarecimentos objetivos, particularmente sobre o melhor meio jurídico de alcançar os fins desejados pelas partes, os efeitos e consequências dos fatos, atos e negócios jurídicos a serem documentados, e visar à tutela da autonomia privada e ao equilíbrio substancial da relação jurídica, de modo a minimizar as desigualdades materiais e a proteger os hipossuficientes e os vulneráveis, tais como

³⁹⁷ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 122.

³⁹⁸ DIP, Ricardo. **Prudência notarial**. Madrid: Dykinson, 2018. p. 94.

³⁹⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Função social do notariado**: eficiência, confiança e imparcialidade. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 106.

as crianças e os adolescentes, os idosos, os consumidores, as pessoas com deficiência e as futuras gerações.⁴⁰⁰

No Estado de Minas Gerais, é expressa a atividade inerente do ato notarial de “[...] *aconselhar os interessados com imparcialidade, instruindo-os sobre a natureza e as consequências dos atos jurídicos, prestando, ainda, a assessoria jurídica prévia para a formalização desses atos e dos negócios jurídicos.*”⁴⁰¹

Nessa esteira, destaca-se o princípio da cautelaridade, também denominado princípio da profilaxia ou da justiça preventiva. Os tabeliães devem desempenhar suas funções visando a prevenção de litígios ou demandas judiciais posteriores, razão pela qual devem obediência estrita aos termos da lei. Dessa forma, conseqüentemente, serão aptos a garantir a devida segurança jurídica ao sistema, um dos objetivos da Lei de Registros Públicos.

Intimamente ligadas, mas sensivelmente diferentes, encontram-se as atividades de notas e de registro. Especialmente essa função acautelatória do tabelião de notas na elaboração de atos jurídicos distingue essas atividades. De outro lado, se convergem ditas atribuições na medida em que utilizadas primordialmente para garantirem a segurança jurídica.⁴⁰²

Dip assevera que:

É certo que tanto o Registro Imobiliário, quanto o Tabelionato de Notas estão destinados à segurança jurídica, mas não do mesmo modo. O Notário dirige-se predominantemente a realizar segurança dinâmica; o Registrador, a segurança estática; o Notário, expressando um dictum – i.e., conformando e preconstituindo prova –, é, porém e antes de tudo, um conselheiro das partes, cujo actum busca exprimir como representação de uma verdade e para a prevenção de litígios; de que segue sua livre eleição pelos contratantes, porque o Notário é partícipe da elaboração consensual do direito; diversamente, o Registrador não exercita a função prudencial de acautelar o actum, mas apenas a de publicar o dictum, o que torna despicienda a liberdade de sua escolha pelas partes: o Registrador não configura a determinação negocial.⁴⁰³

⁴⁰⁰ SÃO PAULO. Corregedoria Geral da Justiça. **Provimento nº 58/89**. Normas de serviço. Cartórios extrajudiciais: tomo II. São Paulo: TJSP, 1989. item 2.2, cap. XVI. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=138285>. Acesso em: 2 jan. 2023.

⁴⁰¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. . **Provimento Conjunto n. 93/2020**. Institui o Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, que regulamenta os procedimentos e complementa os atos legislativos e normativos referentes aos serviços notariais e de registro do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: TJMG, 2020. art. 168, IV. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/vc00932020.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2022.

⁴⁰² RICHTER, Luiz Egon. Da qualificação notarial e registral e seus dilemas. In: DIP, Ricardo Henry Marques (coord.). **Introdução ao direito notarial e registral**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004. p. 222.

⁴⁰³ DIP, Ricardo Henry Marques. **Querem matar as notas**. Registros públicos e segurança jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1988. p. 95.

Pelo princípio da profilaxia, o notário tem o dever de atuar para garantir a paz social, mediante a prevenção de litígios, tema de extrema importância no processo de extrajudicialização. Loureiro afirma que, com tal finalidade, “[...] o notário favorece a conclusão de acordos claros e equilibrados, assegurando-se às partes a manifestação de seu consentimento esclarecido e, em nosso país, a assistência de advogados em vários casos.”⁴⁰⁴

Destarte, nota-se que a atividade notarial está umbilicalmente relacionada ao processo de extrajudicialização, uma vez que é sua finalidade primordial a prevenção de litígios, de forma que se aquela for amplamente incentivada diminui-se as demandas judiciais.

Brandelli leciona que⁴⁰⁵

A profilaxia jurídica reduz custos e traumas se comparada em relação à composição da lide e, entretanto, nossa cultura jurídica insiste em fomentar o gigantismo processual e a preocupação com a resolução da lide, em detrimento da ínfima preocupação que se tem dispensado à prevenção da lide.

No exercício da função de profilaxia, cabem as lições de Carnelutti, que afirmava o caráter antiprocessual do notário: “quanto mais notário, menos juiz”.⁴⁰⁶ Isso porque os tabeliães de notas, ao redigirem os instrumentos notariais e negócios celebrados com sua intervenção, desempenham a importante função de evitar que essas relações jurídicas cheguem ao Judiciário, posteriormente, em sede de imposição de uma solução judicial para uma lide.

Nessa linha, tratando das funções do notário, Campilongo as exemplifica como:

Formatar negócios, autenticar documentos, comprovar fatos, produzir provas, prevenir litígios, certificar fé pública, complementar o trabalho da jurisdição e da administração, reduzir conflitos, desafogar o Judiciário, garantir arquivamento e perenidade do documento, reduzir custos de transação, produzir normas individuais e concretas com efeitos de generalidade e abstração, traduzir juridicamente a vontade das partes, garantir segurança jurídica, facilitar a evolução do direito [...]⁴⁰⁷

No intuito de assegurar o fiel e eficaz desempenho dessas funções, encontra-se o atributo da fé pública aos atos notariais. A fé pública tem origem na necessidade da sociedade

⁴⁰⁴ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2011. p. 627.

⁴⁰⁵ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria Geral do Direito Notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 299.

⁴⁰⁶ CARNELUTTI, Francesco apud CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 9.

⁴⁰⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 17-19.

que clama por certeza e confiança dos atos e fatos, bem como do Direito, em busca da manutenção e estabilidade da ordem.⁴⁰⁸

Em busca da certeza, autenticidade e segurança jurídica, o Estado confia e particulariza esse atributo, como parcela de sua soberania, à determinados agentes devidamente preparados e legitimamente delegados. No âmbito dos serviços extrajudiciais, estuda-se a fé pública notarial e registral, intimamente relacionadas, mas tecnicamente diferentes.

A fé pública notarial é basilar na função do tabelião de notas, de forma que, por vezes, se confunde com a própria atividade do notário, profissional do direito com função laudatória.⁴⁰⁹ Nesse sentido, o instrumento notarial, em cumprimento do desiderato de atribuição de segurança às partes, goza de presunção de legalidade e autenticidade, em razão da fé pública atribuída ao notário.

Diferentemente da forma de contestação de autenticidade do documento particular, quando questionada a autenticidade do instrumento notarial, a prova compete não ao apresentante, mas ao contestante, que se vê, ainda, impelido na missão de fazer desconstituir a presunção *juris tantum* contida no documento.⁴¹⁰

Vale dizer, a presunção de autenticidade conferida por lei os atos notariais é do tipo relativa, de forma que eventuais erros do instrumento podem ser discutidos por meio de ação judicial, capaz de provar o contrário e retificar o ato notarial ou a anulá-lo.

Corroborando essa constatação no direito brasileiro, o art. 215, *caput*, do Código Civil de 2002,⁴¹¹ determina expressamente que “A escritura pública⁴¹², lavrada em notas do tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.” Especificamente quanto ao testamento, vale ressaltar que se trata de espécie de escritura pública.⁴¹³

⁴⁰⁸ PAULIN, Milson Fernandes. Da fé pública notarial e registraria. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, ano 35, v. 72, p. 192, jan./jun. 2012.

⁴⁰⁹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática**. 2. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 488

⁴¹⁰ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática**. 2. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 193.

⁴¹¹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENnpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

⁴¹² Leonardo Brandelli explica que a escritura pública é um instrumento público-notarial que contém um ato jurídico. Consiste no ato notarial em que o tabelião de notas recepciona uma manifestação de vontade para que ele instrumentalize o ato adequado. Em outras palavras, o notário recebe a vontade das partes, a qualifica e cria o instrumento adequado para dar guarida jurídica a essa vontade. BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 161.

⁴¹³ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 285.

Em razão de todas essas garantias buscadas pela atividade notarial, a delegação deve ser atribuída pelo Estado à um profissional do direito, conhecedor das normas jurídicas, dos instrumentos lícitos e medidas legais aptas a concretizar a real intenção das partes.

Nota-se que a Constituição da República de 1988, no seu art. 236, especialmente em relação à atividade notarial, previu o regime jurídico das atividades extrajudiciais em consonância com o notariado latino, criando um sistema apto a atribuir ampla segurança jurídica nos instrumentos, atos e negócios celebrados pelos notários.

Com efeito, desde a promulgação da CR/88 verifica-se o movimento exponencial de transferência de procedimentos para a atividade extrajudicial, daqueles que antes podiam ser realizados apenas judicialmente. À título ilustrativo, a Lei n. 11.441/2007, alterando o Código de Processo Civil de 1973, promoveu efetiva extrajudicialização dos procedimentos de inventário, divórcio e separação, na medida em que autorizou a lavratura de escritura públicas para instrumentalizar esses atos jurídicos, aptas a serem registradas nos órgãos competentes e produzirem todos os efeitos jurídicos decorrentes.⁴¹⁴

Em notícia publicada em janeiro de 2022, a Associação dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo (ANOREG), seção São Paulo, noticiou que, durante os anos de 2020 e 2021, foram realizados 385,7 mil inventários extrajudiciais, com indícios de que a metade dos inventários se dão por essa modalidade, no Brasil. Ademais, no mesmo período, constata-se que 154 mil divórcios se operaram também por escrituras públicas.⁴¹⁵

No mesmo sentido, o Código de Processo Civil de 2015 nasceu imbuído na tendência de extrajudicialização dos procedimentos, como forma de assegurar alternativas eficazes de solução pacífica de demandas jurídicas.

À propósito, o art. 1.071 do novo CPC alterou a Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73), para acrescentá-la o art. 216-A, determinando a prioridade de processamento da usucapião no âmbito extrajudicial. Dessa forma, quando ausente litígio ou questionamentos do exercício da posse qualificada sobre determinados bens, pode-se requerer a aquisição da

⁴¹⁴ Para tanto, o art. 733, do Código de Processo Civil, em reprodução ao que já previa seu antecessor, dispõe os seguintes requisitos: “[...] o divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731.” BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de mar. 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 16 jan. 2023.

⁴¹⁵ ASSOCIAÇÃO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Valor Econômico:** cartórios registram números recordes de divórcios e inventários. São Paulo: ANOREG, 2022. Disponível em: <https://www.anoregsp.org.br/noticias/72684/p-classmediumshading1-accent11-stylemargin-bottom1.5pttext-alignjustifyspan-stylefont-familytimes-new-romanserifvalor-economico-cartorios-registram-numeros-recordes-de-divorcios-e-inventariosopopspanbprn>. Acesso em: 27 fev. 2023.

propriedade diretamente nas serventias extrajudiciais, a partir da elaboração de uma ata notarial, com intervenção do tabelião de notas, e posterior registro na serventia imobiliária.

O que pretendeu o legislador foi se aproveitar do regime constitucional, da confiança e aparato dos serviços extrajudiciais para promover uma efetiva extrajudicialização de um dos procedimentos mais morosos do Poder Judiciário.

Portanto, verifica-se que a atuação dos tabelionatos de notas contribui sobremaneira para desafogar o Judiciário e diminuir os litígios judiciais. Dita contribuição se opera, notadamente, de duas formas. A primeira se dá, preventivamente, pela intervenção na elaboração dos atos e negócios jurídicos, formando-os nos termos do Direito, evitando nulidades e ineficácias, bem como assessorando juridicamente as partes, acautelando as relações jurídicas celebradas. Complementarmente, a segunda forma de contribuição pela atuação do notário se dá por meio dos procedimentos extrajudiciais, realizados no âmbito administrativo ao invés da utilização da máquina judiciária estatal.

Diante disso, considerando o regime constitucional aplicado às atividades extrajudiciais, a aplicação do notariado latino e a tendência já experimentada de extrajudicialização, nota-se que os atos e negócios jurídicos realizados com a intervenção do tabelião de notas gozam da devida segurança e confiança. Elaborado por notário, no exercício da cuidadosa profilaxia, o documento público é dotado de fé pública e presunção de autenticidade.

Com efeito, raras vezes as escrituras públicas são contestadas judicialmente. Em relação ao testamento, esse fato aufere grande relevância, na medida em que, conforme demonstrado alhures, se bem redigido e elaborado, tem-se um instrumento de disposição *post mortem* seguro e futuramente eficaz, diminuindo as chances da necessidade de atuação judicial, na aplicação das mitigações das formalidades, ou mesmo de invalidação da vontade do testador, o que atrai inconvenientemente a aplicação da sucessão legítima. À propósito, elaborado por profissional do direito, conhecedor das formalidades e exigências legais, o testamento público nasce formalmente válido.

3.2 Restruturação das formalidades do testamento público e da aprovação do cerrado

Para iniciar esse estudo valem as lições de Salvador Forniéis que, ao criticar a concepção de aplicação rigorosa da nulidade do testamento por descumprimento de solenidades testamentárias, pondera que elas são necessárias e, caso inexistissem, causariam transtornos ao sistema sucessório. Entretanto, entende o autor que deve existir imposição

apenas de regras formais que racionalmente assegurem a veracidade e autenticidade do testamento, abolindo-se as que forem supérfluas e possam se transformar em futuras armadilhas para a não aplicação da vontade do disponente.⁴¹⁶

Após analisar a inércia legislativa, o descompasso com a realidade social e jurídica, a indesejada possibilidade de invalidação da cédula testamentária por ausência de formalidade ou a flexibilização judicial discricionária, impõe-se o estudo de quais formalidades podem ser reformuladas legislativamente.

A medida visa desburocratizar e simplificar a disposição de última vontade e ao mesmo tempo evitar indesejadas ações judiciais destinadas a invalidar ou convalidar a deixa testamentária, com a inconveniente aplicação discricionária da mitigação judicial.

Insta relevar primeiramente que o ordenamento jurídico brasileiro vigente, especialmente o Código Civil e o Código de Processo Civil, obrigam a invalidade do instrumento em caso de ausência de cumprimento das regras formais específicas. Por todas as razões expostas alhures, entende-se que a medida necessária para simplificar o ato é no âmbito legislativo. Logo, opta-se pela análise de alteração da lei.

O segundo ponto relevante antes de adentrar ao tema consiste no recorte que se faz de simplificação em relação aos testamentos com interveniência do tabelião de notas. Em outras palavras, refere-se ao testamento público propriamente dito e ao testamento cerrado.

Conforme análise detida acerca da segurança jurídica que o ato exige, o fato de o testamento particular ser elaborado estritamente no âmbito privado, sem intervenção de profissional do direito ou agente público com fé pública que possa analisar e atestar a capacidade e legitimidade da vontade manifestada, atrai a necessidade de formalidades mais severas. Portanto, a proposta referente à simplificação das formalidades testamentárias não inclui o testamento particular.

Para o desenvolvimento das propostas que se seguem, remete-se o leitor nesse momento ao tópico 3.1 da primeira parte, bem como ao segundo capítulo da segunda parte desta Tese, que tratam minuciosamente do procedimento vigente de elaboração do testamento público e lavratura do auto de aprovação do cerrado.

Outrossim, conforme demonstrado no item 1.3, da primeira parte desta Tese, o modelo oitocentista do Código Civil de 1916 de disciplina fechada de normas, depois repetido no atual Código de 2002, especialmente quanto às regras de elaboração do testamento, cria entraves para as demandas contemporâneas. Repise-se que a visão de autossuficiência e

⁴¹⁶ FORNIELES, Salvador. **Tratado de las suesione**. 3. ed. Buenos Aires: Edia, 1950. t. 2, p. 225.

sistematização de Código é tida como insuficiente para a complexidade das relações sociais e jurídicas atuais.

É evidente que quanto mais rígido o sistema jurídico de elaboração do testamento, maior será a possibilidade de invalidação do instrumento e/ou da necessidade de suprimimento judicial da vontade externada. Com efeito, dois inconvenientes surgem ao sistema da sucessão testamentária: a desconsideração total da vontade do autor herança na transmissão de seus bens, por desrespeito às regras formais; ou a necessidade de aplicação do juízo discricionário judicial na flexibilização de formalidades testamentárias, quando o autor do instrumento não pode mais externar sua real intenção.

Conforme demonstrado na primeira parte desta tese, especialmente no item 3.1, a elaboração do testamento público e a aprovação do testamento cerrado são minuciosamente regulamentadas pelo Código Civil de 2002. Complementarmente, a elaboração do ato pode estar disciplinada nos atos normativos das Corregedorias Gerais de Justiça.

Exemplificativamente, o Prov. Conj. 93/2020 da CGJ/TJMG disciplina especificamente a lavratura do testamento público, no Capítulo IX, Livro II, a partir do art. 265. Em contrapartida o Provimento 58/89 da CGJ/TJSP não regulamenta especificamente o testamento. Entretanto, as normas gerais de lavratura das escrituras públicas devem ser sempre observadas no testamento, por ser espécie desse ato notarial.

Nesse sentido, vale reproduzir o art. 215 do Código Civil, que assim prevê

Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.

§ 1º o Salvo quando exigidos por lei outros requisitos, a escritura pública deve conter:

I - data e local de sua realização;

II - reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato, por si, como representantes, intervenientes ou testemunhas;

III - nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do outro cônjuge e filiação;

IV - manifestação clara da vontade das partes e dos intervenientes;

V - referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato;

VI - declaração de ter sido lida na presença das partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram;

VII - assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião ou seu substituto legal, encerrando o ato.

§ 2º o Se algum comparecente não puder ou não souber escrever, outra pessoa capaz assinará por ele, a seu rogo.

§ 3º o A escritura será redigida na língua nacional.

§ 4º o Se qualquer dos comparecentes não souber a língua nacional e o tabelião não entender o idioma em que se expressa, deverá comparecer tradutor público para servir de intérprete, ou, não o havendo na localidade, outra pessoa capaz que, a juízo do tabelião, tenha idoneidade e conhecimento bastantes.

§ 5º Se algum dos comparecentes não for conhecido do tabelião, nem puder identificar-se por documento, deverão participar do ato pelo menos duas testemunhas que o conheçam e atestem sua identidade.⁴¹⁷

Evidentemente, as formalidades já constantes desse dispositivo legal não devem ser reproduzidas novamente na regulamentação das solenidades do testamento público.

Para apresentar a proposta de alteração dos dispositivos do Código Civil de 2002, adequando-os a essas considerações de atualização da forma de elaboração do testamento público e aprovação do cerrado, utiliza-se como premissa a baliza de que o Código não deve ser instrumento de disciplina pormenorizada dos institutos. Deve apenas normatizar as questões gerais e essenciais dos instrumentos que preconiza.

Nesse sentido, Miguel Reale já afirmava ser função do Código dar tão só

[...] guarida aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando à legislação aditiva a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mutações sociais em curso, ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e econômica.⁴¹⁸

Diante o exposto no segundo capítulo da segunda parte desta Tese, intuitiva se torna a compreensão de que a lei deve dispor como obrigatórias apenas as formalidades que visam assegurar a higidez da vontade manifestada, quando é manifestada. A capacidade testamentária ativa livre de qualquer coação ou induzimento é o objetivo da imposição das formalidades e o que, de fato, as torna imprescindíveis, na medida necessária.

Nesse sentido a jurisprudência já pondera há significativo tempo, conforme se depreende de trechos do voto do ministro Cesar Asfor Rocha, em 2001⁴¹⁹:

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 exigibilidade deve ser acentuada ou minorada em razão da preservação dos dois valores a que elas se destinam. 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. O segundo, para proteger o direito dos herdeiros do testador, sobretudo dos seus filhos.

⁴¹⁷ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

⁴¹⁸ REALE, Miguel. **História do novo Código Civil**. São Paulo: RT, 2005. v. 1, p. 72.

⁴¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 302.767/PR**. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 5 jun. 2001.

Corroborando, a própria definição jurídica do testamento, seja a dos romanos, seja a da doutrina clássica e contemporânea, demonstra que o fator de maior relevância no testamento é a vontade do seu autor, como extensamente analisado no item 3.2 da primeira parte dessa Tese.

Nessa linha, a intervenção do tabelião de notas no momento da disposição da vontade do testador é mecanismo que resguarda referidos interesses de forma completa. À propósito, como analisado no item anterior, no momento da elaboração do ato notarial o tabelião certificará a capacidade civil e as qualidades da vontade manifestada, se livre e de boa fé, estando dotado de instrumentos aptos e devendo negar à prática do ato em caso de dúvida quanto a esses elementos.

O tabelião de notas tem o dever de investigar a capacidade jurídica do testador que lhe comparece para realizar as disposições de última vontade. Em termos sucintos, o notário deverá negar a prática do ato a qualquer pessoa que não tenha o pleno discernimento para o testamento, que não tenha condições de entender o que se pratica e dispõe, em todo seu alcance.⁴²⁰ Sinteticamente, o que se pretende evidenciar é que consiste em dever funcional do notário analisar a liberdade e a qualidade da vontade que lhe é exteriorizada.

Nessa linha, considerando a capacidade de entendimento dos efeitos jurídicos que se pretende como o elemento substancial do testamento, resta forte a segurança do ato de disposição de vontade por meio do instrumento público. O que se entende é que faticamente ocorre no procedimento do testamento público a antecipação de análise da validade jurídica das disposições realizadas.

Por se tratar de profissional do direito, dotado de fé pública, conforme demonstrado no item anterior, o notário apenas incluirá as disposições legalmente permitidas, sendo seu dever negar a prática dos atos nulos, anuláveis ou ineficazes. Obviamente, a validade material de determinado conteúdo do testamento pode ser contestada judicialmente, por ação própria, como pode ocorrer com os negócios jurídicos em geral.

Vale dizer, diante do processo administrativo de elaboração do testamento público, o tabelião realiza a análise da validade antes do momento de eficácia do instrumento, que se dá apenas com a morte do testador. Com efeito, o instrumento nasce com a presunção relativa de veracidade e validade jurídica.

⁴²⁰ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 291.

À propósito, a finalidade da atividade notarial concentra-se essencialmente em atribuir certeza jurídica às relações e situações subjetivas concretas. A certeza jurídica atribuída pelo Estado por meio do poder jurisdicional e da coisa julgada é instrumento paliativo, que atua após instalado o conflito. Em contrapartida, a atividade notarial busca a certeza preventivamente.⁴²¹

De outra forma, a lavratura do auto de aprovação do testamento cerrado assegura a capacidade de entendimento e liberdade apenas da declaração do apresentante do testamento de que aquelas são suas disposições de última vontade, nos termos do art. 1.868, II, CC/2002.

Assim como todas as outras modalidades de testamento, o autor do cerrado deve possuir capacidade testamentária ativa. O tabelião da lavratura do auto de aprovação certifica a presença dessa plena capacidade jurídica no momento da lavratura do auto de aprovação.⁴²²

A segurança do testamento místico encontra-se na verificação pelo notário da liberdade de manifestação de vontade pelo testador no momento que apresenta o instrumento já redigido para aprovação. Nitidamente, o grau de segurança é inferior ao do testamento público propriamente dito, uma vez que o testador na modalidade em tela não é assessorado e advertido dos exatos efeitos jurídicos da manifestação externada, bem como não se antecipa a verificação de juridicidade do instrumento.

Com efeito, Brandelli defende que a aprovação do testamento secreto possui natureza de ata notarial e não de escritura pública propriamente dita, porquanto o que há é a captação de um fato jurídico, sem manifestação de vontade a ser qualificada juridicamente.⁴²³ De toda sorte, por fazer parte do gênero ato notarial, a presunção relativa de validade e veracidade acompanha o que consta do auto de aprovação. Em outras palavras, é dotada de presunção de autenticidade a declaração do testador de que aquele é o seu testamento.

Denota-se que as formalidades que são impostas à essa modalidade testamentária apenas dizem respeito ao auto de aprovação e não à elaboração propriamente dita, até porque o que se pretende com a existência desse modo de testar é resguardar o total sigilo de conteúdo. As testemunhas apenas participam da aprovação do testamento cerrado e também não acompanham a elaboração das disposições *post mortem*.

À propósito, considerando a eficácia do testamento apenas após a morte do disponente, é imprescindível para um eficiente instrumento de planejamento sucessório que

⁴²¹ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 178.

⁴²² CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 682.

⁴²³ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 301.

esteja a disposição do interessado uma modalidade testamentária que assegure total sigilo das disposições.

Cumpridas as formalidades da lavratura do auto de aprovação, formalmente válido será o testamento, dispensando eventual suprimimento judicial por juízo de flexibilidade de formalidade. Dessa forma, a simplificação das formalidades que se pretende à essa espécie de testamento ater-se-á ao procedimento de lavratura do auto de aprovação.

Apesar de apresentar um menor grau de segurança em relação ao testamento público, o cerrado é mais seguro que o testamento particular, na medida em que o notário possui a oportunidade de investigar a presença da capacidade ativa, a liberdade da manifestação de que aquele é o testamento do indivíduo que o apresenta, bem como arquiva perenemente o auto de aprovação que comprova a existência de testamento daquele disponente.

Repise-se que eventuais vícios da vontade exteriorizada podem ser questionados e devidamente comprovados posteriormente por meio da ação judicial própria, assim como está sujeito qualquer outro tipo de negócio jurídico.

De outro lado, quanto ao testamento particular, elaborado, em tese, apenas pelo testador, sem intervenção e assessoria de um profissional do direito ou de alguma autoridade apta a atestar, com fé pública, as condições da vontade, depende do cumprimento de disposições rigorosas para assegurar que a sucessão se dê de acordo com a genuína intenção do testador.

Por esse motivo, não se busca nessa Tese analisar a possibilidade de diminuição das formalidades testamentárias. A segurança no testamento particular é garantida pelas regras de elaboração, pela presença das testemunhas e posterior confirmação dessas testemunhas quanto ao conteúdo e condições do ato. A atenuação dessas formalidades foi satisfatoriamente realizada com a promulgação do Código Civil, que diminuiu de cinco para três o número de testemunhas, bem como criou a hipótese do testamento particular sem testemunhas, estritamente nos casos de urgência, devendo esta estar declarada na cédula (art. 1.879, CC/02).

Em contrapartida, quanto aos testamentos públicos, seja o público propriamente dito ou a aprovação do cerrado, as flexibilizações realizadas não se esgotaram o quanto podiam, de forma que a quantidade de solenidades exigidas é exacerbada e desnecessária, por ignorar completamente o regime do notariado latino.

Pelas exposições acima, percebe-se que o cumprimento das exigências gerais destinadas a elaboração de todas as escrituras públicas, constantes no art. 215, CC/02, são suficientes para garantir a segurança do testamento. O legislador do Livro das Sucessões,

especialmente na parte dos testamentos, não se atentou para as exigências já previstas nesse dispositivo da parte geral do Código, aptas à garantirem a segurança de todos os atos notariais.

Evidencia-se, portanto, a inutilidade da disposição de um sistema jurídico fechado e exaustivo quanto à elaboração do testamento público e da aprovação do testamento cerrado, ambos atos notariais. Referida forma de regulamentação apresenta-se em descompasso com a realidade jurídica atual, com o sistema notarial previsto constitucionalmente e com o tipo de notariado do Brasil. Ditas disposições apenas fragilizam o ato e, conseqüentemente, a sucessão testamentária.

Dessa forma, propõe-se a retirada de regras minuciosas e expressas impostas na elaboração do testamento público e aprovação do cerrado, nos termos que se seguem.

3.2.1 Retirada da exigência das testemunhas

Conforme analisado no item 3.1 da primeira parte desta Tese, as testemunhas são obrigatórias no momento da leitura e assinatura do testamento público. Certificarão que o testador ouviu o teor da escritura de testamento e concordou com o que ali estava escrito.

Vale ressaltar a regra das escrituras públicas em geral do art. 215, §5º, CC/02. Referido dispositivo impõe a presença de duas testemunhas apenas excepcionalmente, quando o comparecente não for conhecido do tabelião e, quando desconhecido, não puder comprovar sua identidade por documentos oficiais.

O art. 215, CC/02, reproduz o que já era disposto no art. 134, *caput* e seus parágrafos, do revogado Código Civil de 1916⁴²⁴. Conforme se verifica do antigo Código, esses requisitos

⁴²⁴ Vale reproduzir o art. 134, CC/16: “Art. 134. É, outro sim, da substância do ato a escriptura publica.

I. Nos pactos antenupciais e nas adoções.

II. Nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a um conto de réis, excetuado o penhor agrícola.

II - Nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sôbre imóveis de valor superior a Cr\$10.000,00 (dez mil cruzeiros), excetuado o penhor agrícola. (Redação dada pela Lei nº 1.768, de 1952)

II .Nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a Cr\$50.000,00 (cinquenta mil cruzeiros), excetuado o penhor agrícola. (Redação dada pela Lei nº 7.104, de 1983).

§ 1º - A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena, e, além de outros requisitos previstos em lei especial, deve conter: (Incluído pela Lei nº 6.952, de 1981)

a) data e lugar de sua realização; (Incluído pela Lei nº 6.952, de 1981)

b) reconhecimento da identidade e capacidade das partes e de quantos hajam comparecido ao ato; (Incluído pela Lei nº 6.952, de 1981)

gerais das escrituras públicas não constavam na sua redação original, mas foram objeto de inserção posterior pela Lei n. 6.952/1981⁴²⁵, oriunda da aprovação do projeto de lei n. 4.386/1981.

Na justificativa do projeto de lei, mencionou-se que até então os requisitos das escrituras públicas eram os mesmos das Ordenações Filipinas, reproduzidos posteriormente nas Consolidações das Leis Civis de Teixeira de Freitas. O Código de 1916 não disciplinou expressamente a matéria e não houve nenhuma novidade legislativa em relação ao assunto, desde então.⁴²⁶

Para explicar os requisitos constantes do projeto, foram invocadas as lições do Ministro José Carlos Moreira Alves, apresentadas no anexo. O jurista demonstra que, de acordo com as Ordenações e demais legislações posteriores que em nada as alteraram, eram exigidas duas testemunhas para atestar a identidade do comparecente, caso fosse

c) nome, nacionalidade, estado civil, profissão, domicílio e residência das partes e demais comparecentes, com a indicação, quando necessário, do regime de bens do casamento, nome do cônjuge e filiação; (Incluído pela Lei nº 6.952, de 1981)

d) manifestação da vontade das partes e dos intervenientes; (Incluído pela Lei nº 6.952, de 1981)

e) declaração de ter sido lida às partes e demais comparecentes, ou de que todos a leram; (Incluído pela Lei nº 6.952, de 1981)

f) assinatura das partes e dos demais comparecentes, bem como a do tabelião, encerrando o ato. (Incluído pela Lei nº 6.952, de 1981)

§ 2º - Se algum comparecente não puder ou não souber assinar, outra pessoa capaz assinará por ele, a seu rogo. (Incluído pela Lei nº 6.952, de 1981)

§ 3º - A escritura será redigida em língua nacional. (Incluído pela Lei nº 6.952, de 1981)

§ 4º - Se qualquer dos comparecentes não souber a língua nacional e o tabelião não entender o idioma em que se expressa, deverá comparecer tradutor público para servir de intérprete ou, não o havendo na localidade, outra pessoa capaz, que, a juízo do tabelião, tenha idoneidade e conhecimentos bastantes. (Incluído pela Lei nº 6.952, de 1981)

§ 5º - Se algum dos comparecentes não for conhecido do tabelião, nem puder identificar-se por documento, deverão participar do ato pelo menos 2 (duas) testemunhas que o conheçam e atestem sua identidade. (Incluído pela Lei nº 6.952, de 1981)

§ 6º - O valor previsto no inciso II deste artigo será reajustado em janeiro de cada ano, em função da variação nominal das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN (Lei nº 6.423, de 17 de junho de 1977).”
BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1916. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=3071&ano=1916&ato=c160zYE1UNnRVTa3>. Acesso em: 16 jan. 2023.

⁴²⁵ BRASIL. **Lei nº 6.952/1981.** Acrescenta parágrafos ao art. 134 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1981b. Disponível em: [⁴²⁶ BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.386, de 1981.** Acrescenta parágrafos ao art. 134 do Código Civil, instituído pela Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1981a. p. 7. Disponível em \[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1173647&filename=Dossie-PL%204386/1981\]\(https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1173647&filename=Dossie-PL%204386/1981\). Acesso em: 14 jan. 2023.](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/16952.htm#:~:text=LEI%20No%206.952%2C%20DE,Art. Acesso em: 14 jan. 2023.</p>
</div>
<div data-bbox=)

desconhecido do tabelião, bem como duas testemunhas para ouvir a leitura do ato e posteriormente assiná-lo.⁴²⁷

O projeto de lei em tela se justificava pela necessidade de disciplina expressa da matéria, diante da disposição genérica do art. 1.807 do CC/16 de revogação geral das "*Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil reguladas [...]*" naquele Código.

Ocorre que, à época já tramitava no Congresso Nacional o Projeto do novo Código Civil (PL n. 634/1975) e dele constava o art. 213, regulando expressamente todos os requisitos necessários da escritura pública. Esse dispositivo foi utilizado pela Lei n. 6.952/1981, para alterar o Código Civil de 1916 e nele incluir os parágrafos do art. 134, conforme se denota do parecer n. 893, de 1980, da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal.⁴²⁸

Dito art. 213 possuía as mesmas exigências que contém hoje o art. 215, §5º, CC/02, quanto à presença das testemunhas. Com efeito, exigiam-se duas testemunhas apenas quando a parte não fosse conhecida do notário e nem pudesse se identificar por documentos oficiais. Para justificar a retirada da exigência das duas testemunhas para ouvirem a leitura e assinarem a escritura, vale reproduzir trechos do parecer em testilha

Muita vez, em direito, como no geral da vida, o excesso é tão pernicioso quanto a escassez. No que toca aos requisitos e formalidades dos atos jurídicos, impõe-se a economia, a prudência. Vale aqui a sentença de Borrel y Soler: "Las formalidades legales pueden ser de utilidad por dar mayores garantías de seguridad, exactitud y reflexión a las manifestaciones de la voluntad, pero sin exageraciones embarazosas e innecesarias" (in "Derecho Civil Espanol, tomo I, pág. 249). Neste passo, deve-se louvar o projeto em exame porque não exige a intervenção de testemunhas instrumentárias. A fé pública do tabelião substitui e até torna contraditória a necessidade do ato público notarial ser subscrito por testemunhas.⁴²⁹

⁴²⁷ BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.725, de 2004**. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2004. p. 14. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1D2C604FA4D3E2FE9E7ED5B1F4F4DB1C.node1?codteor=272445&filename=Avulso+-PL+4725/2004. Acesso em: 2 jan. 2023.

⁴²⁸ BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.725, de 2004**. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2004. p. 25. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1D2C604FA4D3E2FE9E7ED5B1F4F4DB1C.node1?codteor=272445&filename=Avulso+-PL+4725/2004. Acesso em: 2 jan. 2023.

⁴²⁹ BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.725, de 2004**. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2004. p. 30. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1D2C604FA4D3E2FE9E7ED5B1F4F4DB1C.node1?codteor=272445&filename=Avulso+-PL+4725/2004. Acesso em: 2 jan. 2023.

Em síntese, o que se verifica é que desde as ordenações Filipinas até a promulgação da Lei n. 6.952 de 1981 exigia-se a presença de duas testemunhas instrumentárias em todas as espécies de escritura pública, tal como atualmente impõe-se para o testamento. Entretanto, norteados pela necessidade de simplificação e fé pública do tabelião de notas, dispensou-se legislativamente essa solenidade.

A mesma *ratio* aplica-se a elaboração do testamento público. Isso porque, além de ser espécie de escritura pública, o próprio regime jurídico de deveres e obrigações impostos aos notários é apto a assegurar a liberdade e autenticidade da manifestação de vontade *post mortem*.

A dispensa não se deu para os testamentos, porque à época a alteração se restringia ao dispositivo que regulamentasse os requisitos das escrituras públicas em geral. Provavelmente, o apego histórico às solenidades do testamento, não permitiria ainda a flexibilização para essa espécie de escritura.

Ademais, à despeito de entendimento de parte da doutrina de que do art. 1.864, CC/02, poder-se-ia inferir a necessidade da presença das testemunhas durante todo o ato, na vigência da atual legislação civil, que não reproduziu expressamente essa exigência como fazia o Código de 1916, a prática tabelioa, endossada por jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme demonstrado alhures, se consolidou no sentido da presença das testemunhas apenas na parte final do ato.

De detida leitura do art. 1.864 do Código Civil, apura-se a adequação desse entendimento. Senão vejamos:

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.⁴³⁰

⁴³⁰ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

Nota-se que as testemunhas não são obrigatórias no momento inicial de elaboração do testamento, quando a capacidade, identidade e higidez da vontade manifestada é aferida pelo tabelião de notas. Ainda que fosse necessária essa interveniência no primeiro momento do testamento, em nada alteraria a segurança do ato, uma vez que o tabelião, com imparcialidade, possui os instrumentos aptos a aferir a liberdade, veracidade e intenção da manifestação.

À propósito, ainda que uma das testemunhas presentes no ato afirmem perante o tabelião que conhecem o testador e que aquela é sua real intenção, caso o notário possua dúvida quanto à essas características da manifestação de vontade, estará por dever funcional impedido de lavrar o ato.

Com efeito, a certificação das testemunhas quanto às qualidades da capacidade testamentária é mínima, diante da aferição realizada pelo notário.

No mesmo sentido, no momento da apresentação do testamento público e cerrado à juízo para registro as testemunhas não participam da confirmação do ato, como ocorre no procedimento do testamento particular.⁴³¹

Soma-se a isso o atributo da fé pública do tabelião, que conduz à presunção de legitimidade, veracidade e autenticidade do ato. Assinado o testamento público pelo notário ou seu substituto legal, verificada a autenticidade dessa assinatura, a validade do instrumento somente poderá ser questionada em ação própria, que exigirá comprovação da ausência de higidez da vontade, assim como em qualquer outro negócio jurídico.

A mesma constatação se dá quanto ao testamento cerrado, em que a presença das testemunhas se restringe à lavratura do auto. À propósito, a dispensabilidade das testemunhas nessa modalidade é ainda mais evidente.

Além da desnecessidade para a eficácia do ato e segurança do instrumento testamentário, a presença das testemunhas tem o inconveniente de facilitar a divulgação da existência de testamento e/ou do conteúdo das disposições, especialmente no público propriamente dito. Com efeito, conforme se denota da legislação, as testemunhas do testamento não assumem qualquer obrigação legal de sigilo quanto às disposições testamentárias.

Vale mencionar que, em que pese a publicidade ínsita aos atos notariais, especialmente quanto ao testamento público propriamente dito essa não se dá de forma ampla. Nesse sentido, os itens 153, 153.1 e 153.2, Cap. XVI, do Prov. 58/89, CGJ/TJSP, determinam

⁴³¹ Ressalta-se que esse procedimento será profundamente desenvolvido no terceiro item, adiante.

que a “*As certidões de escrituras públicas de testamento, enquanto não comprovado o falecimento do testador, serão expedidas apenas a seu pedido ou de seu representante legal, ou mediante ordem judicial.*”⁴³² Ademais, apenas com a prova do falecimento do testador, as certidões poderão ser livremente expedidas, independentemente de interesse jurídico.

No mesmo sentido, o art.278, §1º, Prov. Conj. 93/20, CGJ/TJMG, define que as certidões dos testamentos públicos só serão fornecidas, enquanto vivo o testador, a ele mesmo ou a procurador por ele outorgado. Ainda de forma mais restritiva, determina o §2º que, após o falecimento do testador, a certidão apenas será fornecida com apresentação da certidão de óbito por interessado, por tabelião encarregado da escritura de inventário ou por ordem judicial.⁴³³

Portanto, considerando a ausência de interesses legítimos na exigência da presença das duas testemunhas instrumentárias, aliada à desnecessidade delas frente ao regime jurídico dos atos notariais e dos tabeliões de notas, bem como a fragilidade que causam ao ato diante da possibilidade de tornarem público o teor do testamento, não se sustenta juridicamente a exigência legal.

Nesses termos, sugere-se nova redação do art. 1.864, do Código Civil de 2002, nos seguintes termos:

Art. 1.864. São requisitos do testamento público:

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

II – lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador, ou pelo testador, se o quiser;

III – ser o instrumento, em seguida à leitura, assinado pelo tabelião e pelo testador, exceto se esse estiver impossibilitado, quando será suficiente coletar sua impressão digital e constar a impossibilidade de assinatura.

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.

De igual forma, propõe-se a alteração do art. 1.868, CC/02:

⁴³² SÃO PAULO. Corregedoria Geral da Justiça. **Provimento nº 58/89**. Normas de serviço. Cartórios extrajudiciais: tomo II. São Paulo: TJSP, 1989. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=138285>. Acesso em: 2 jan. 2023.

⁴³³ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Provimento Conjunto n. 93/2020**. Institui o Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, que regulamenta os procedimentos e complementa os atos legislativos e normativos referentes aos serviços notariais e de registro do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: TJMG, 2020. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/vc00932020.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2022.

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;

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

III – que o tabelião lavre, desde logo, o auto de aprovação, e o leia, em seguida, ao testador;

IV – que o auto de aprovação seja assinado pelo tabelião e pelo testador.

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

Ademais, necessária será também a alteração da redação dada ao art. 1.869, CC/02:

Art. 1.869. O tabelião deve começar o auto de aprovação imediatamente depois da última palavra do testador, declarando, sob sua fé, que o testador lhe entregou para ser aprovado, passando a fechar e lacrar o instrumento aprovado.

Parágrafo único. Se não houver espaço na última folha do testamento, para início da aprovação, o tabelião aporá nele o seu sinal público, mencionando a circunstância no auto.

No mesmo sentido, sugere-se a alteração do art. 1.873, CC/02:

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, escreva na face externa do papel ou do envoltório, que aquele é o seu testamento, cuja aprovação lhe pede.

Registre-se que as demais alterações necessárias para a exclusão da exigência de participação das testemunhas no testamento público e cerrado serão objeto de tratamento nos itens que se seguem.

3.2.2 Supressão da exigência de assinatura a rogo

O art. 1.865, CC/02, determina que: “*Se o testador não souber, ou não puder assinar, o tabelião ou seu substituto legal assim o declarará, assinando, neste caso, pelo testador, e, a seu rogo, uma das testemunhas instrumentárias.*”⁴³⁴

Ao explicar a regra, Vieira de Carvalho exemplifica a situação com uma pessoa lúcida e letrada, porém impossibilitada de assinar por motivo temporário ou permanente, como por

⁴³⁴ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

doenças degenerativas.⁴³⁵ Portanto, a regra tem a função de permitir a manifestação de vontade perante o tabelião de notas, ampliando o acesso àqueles que não possuem condições de apor a assinatura no instrumento.

Entretanto, também com base no regime jurídico do notariado latino, torna-se despicienda a exigência de assinatura a rogo. Zeno Veloso adverte, no mesmo sentido, de que se trata de puro formalismo.⁴³⁶ De outro lado, a atestação do tabelião acerca da impossibilidade física do comparecente de assinar é necessária, devendo constar no corpo do ato.

Com efeito, a fé pública do notário assegura que a vontade do testador foi devidamente manifestada e observada na lavratura do instrumento. Entretanto, nesse ponto, concorda-se com as lições de Leonardo Brandelli, no sentido de que a assinatura das partes na escritura pública significa outorga, consentimento ao texto redigido. Pela assinatura, as partes assumem a autoria das declarações de vontade constantes no instrumento público.⁴³⁷

Em que pese a fé pública do tabelião, por si só, assegurar que aquela era a vontade do interessado, bem como a leitura obrigatória ao final do ato, entende-se que a confirmação do ato formalizada no instrumento é necessária. Entretanto, a mesma não precisa se dar por assinatura a rogo, bastando a coleta da impressão digital do testador no livro de notas. À propósito, assim já exigem as normas do Estado de São Paulo.⁴³⁸

Nesse diapasão, propõe-se a supressão do art. 1.865 do Código Civil de 2002. Ressalta-se que nos termos da proposta retromencionada, fica obrigado legal e expressamente o tabelião a fazer constar no corpo do instrumento o motivo da ausência da assinatura do testador.

Todavia, a revogação do art. 1.865 não alcançaria o desiderato almejado, uma vez que o art. 215, §2º, CC/02⁴³⁹, exige a assinatura a rogo para as escritura públicas em geral.

⁴³⁵ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 676.

⁴³⁶ VELOSO, Zeno. Testamentos: noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito das sucessões e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 141.

⁴³⁷ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 253.

⁴³⁸ SÃO PAULO. Corregedoria Geral da Justiça. **Provimento nº 58/89**. Normas de serviço. Cartórios extrajudiciais: tomo II. São Paulo: TJSP, 1989. Item 15, q, Cap. XIV. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=138285>. Acesso em: 2 jan. 2023.

⁴³⁹ Veja-se a disposição: “§2º Se algum comparecente não puder ou não souber escrever, outra pessoa capaz assinará por ele, a seu rogo.” BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

Na mesma linha dos fundamentos apresentados, dispensa-se a necessidade da assinatura a rogo para qualquer escritura pública, uma vez que o tabelião atestará a identidade e a qualificação da manifestação de vontade. Basta que o notário declare no título o motivo da impossibilidade de assinatura, com sua fé pública, e colete a digital do testador, suprindo-se, assim, a ausência de assinatura. A propósito, a verificação dessa condição por qualquer outra pessoa é insuficiente e mínima em comparação com a certificação da vontade pelo tabelião.

Com efeito, propõe-se além da supressão do art. 1.865, CC/02, a alteração do §2º do art. 215, CC/02, fazendo constar: §2º Se algum comparecente não puder ou não souber escrever, o tabelião fará menção no corpo do ato das razões que justificam a ausência da assinatura e coletará sua impressão digital ao final do ato.

Por último, impende frisar que a dispensa da assinatura apenas pode se dar no testamento público, diante da fé pública do tabelião que atesta o motivo da ausência de assinatura. Com efeito, para o testamento cerrado exige-se ao menos a assinatura do testador, ainda que escrito ele a rogo (art. 1.868, CC/02).

Diante da ausência de intervenção de terceiro imparcial, profissional do direito, na elaboração das disposições, é imprescindível a assinatura do disponente para assegurar minimamente a higidez da manifestação. Nesse ponto, alia-se ao pensando de Leonardo Brandelli e da doutrina majoritária no sentido de que o analfabeto apenas pode testar pela forma pública.⁴⁴⁰

Nesse sentido, na excepcional situação do testador comparecer para lavratura do auto de aprovação do testamento místico e não puder assinar, deve-se aplicar a regra geral do art. 215, §2º, CC/02, ora proposto. Com efeito, pode ocorrer de no momento da elaboração do instrumento o disponente poder assinar e, posteriormente, quando decide apresentá-lo à notário estar impossibilitado de lançar sua assinatura.

Sendo assim, considerando a proposta de alteração do art. 215, §2º, CC/02, dispensa-se qualquer outra modificação específica no art. 1.868, CC/02.

3.2.3 Formalidades do testamento público do cego

O art. 1.867, do Código Civil vigente, regulamenta a forma de elaboração do testamento do cego. Impõe-se a obrigatoriedade dessas disposições se darem por instrumento

⁴⁴⁰ BRANDELLI, Leonardo. O testamento público no novo código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p. 14, out./dez. 2005.

público. Nitidamente, a restrição é devida à segurança que o regime das escrituras públicas propicia aos portadores de deficiências visuais.

Não podendo verificar o instrumento notarial depois de elaborado, é necessário que a leitura seja realizada no mínimo duas vezes, ou quantas vezes o testador requerer. Todavia, conforme analisado é dispensada a presença das testemunhas para a verificação da autenticidade, veracidade e liberdade da manifestação de vontade do testador perante o notário.

A fim de conferir maior segurança ao portador de necessidades visuais, propõe-se a manutenção da exigência de dupla leitura, sendo uma delas realizada pelo tabelião e a outra por pessoa que o testador designe, se assim desejar. Vale dizer, pode ocorrer uma leitura pelo tabelião e outra por pessoa da confiança do testador, que o acompanhe na lavratura do ato a seu pedido, assim como se sugere em relação ao testamento do indivíduo inteiramente surdo. Caso o testador não requeira a segunda leitura por alguém de sua confiança, depois de informado da faculdade, pode o tabelião a ela proceder.

Ademais, o Código Civil de 2002 já não mais repetiu a regra do revogado Código que exigia ao tabelião a certificação expressa nas escrituras públicas em geral de que todas as formalidades foram obedecidas.⁴⁴¹

Segundo Silvio Venosa, “[...] o cartorário tem o dever de conhecer seu ofício e relatar tudo que o fato, que tem sua participação, requer. Simples omissão sua em descrever uma formalidade não viciará o testamento.”⁴⁴² Entrementes, no testamento público especialmente previsto ao cego, exigiu-se referida menção, ignorando totalmente as razões retromencionadas.

Diante da ausência de argumento que justifique a imposição da referida exigência, sugere-se sua eliminação, até porque a obrigatoriedade da modalidade de testamento público ao cego, por si só, garante a autenticidade do documento e sua conformidade com a real intenção do disponente.

⁴⁴¹ Nesse sentido, previa o Código Civil de 1916: “Art. 1.634. O oficial público, especificando cada uma dessas formalidades, portará por fé, no testamento, haverem sido todas observadas.

Parágrafo único. Se faltar, ou não se mencionar alguma delas, será nulo o testamento, respondendo o oficial público civil e criminalmente.” BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1916. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=3071&ano=1916&ato=c160zYE1UNnRVTa37>. Acesso em: 16 jan. 2023.

⁴⁴² VENOSA, Silvio de Salvo. O testamento e o projeto de Código Civil. In: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.). **Família e sucessões**: direito das sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 849. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 6).

Acresça-se a isso o fato de que a formalidade de dupla leitura imposta ao testamento do cego possui a função de garantir o conhecimento do testador do que consta no instrumento confeccionado. Não se presta a comprovar a higidez da vontade do disponente no momento da eficácia do testamento, quando falecido o seu autor.

Nessa linha, considerando a fé pública e a presunção relativa de autenticidade do ato notarial, a menção ao cumprimento das formalidades específicas desse testamento em nada altera a validade do instrumento. À propósito, caso haja qualquer tipo de fraude ou vício de vontade, é necessário desconstituir o documento público, por meio de ação judicial específica, em que se comprove eventuais causas de invalidade.

Dessa forma, sugere-se a alteração da redação do art. 1.867, CC/02, para constar: Art. 1.867. Ao cego só se permite o testamento público que lhe será lido, em voz alta, duas vezes pelo tabelião ou seu substituto legal, sendo facultado ao testador designar quem o leia pela segunda vez.

Percebe-se que a dupla leitura é mantida, mas não há exigência de constá-la no ato. Serve como uma diretriz ao tabelião de notas. A finalidade é que o testador portador de deficiência visual tenha pleno conhecimento do instrumento lavrado.

Por fim, ressalta-se que demais disposições que detalhem essas regras devem estar expostas nos atos normativos infralegais, das respectivas corregedorias estaduais ou do Conselho Nacional de Justiça. Exemplificativamente, pode-se permitir expressamente que o cego ou qualquer indivíduo portador de necessidades especiais compareça acompanhado de pessoa da sua confiança para manifestar sua vontade.

Todavia, ainda que não esteja expressa essa faculdade, é evidente que o tabelião não pode proibi-la, uma vez que não há vedação expressa e deve nortear-se pela vontade do disponente. O que se propõe é que não haja obrigatoriedade de interveniência de qualquer terceiro no ato, quando o testador estiver apto a manifestar vontade de forma inequívoca, por qualquer meio admitido em direito.

A exigência de intervenção de terceiros no testamento representa burocracia ao ato, uma vez que consiste em um encargo para o disponente, além da maior probabilidade de divulgação do teor do documento. Na medida em que não há uma finalidade essencial a ser cumprida pela obrigatoriedade dessa interveniência, deve a lei dispensá-la.

3.2.4 Inclusão de dispositivo regulamentando o testamento público do surdo-mudo

Especialmente quanto ao testamento público do indivíduo inteiramente surdo, o art. 1.866, CC/02, disciplina que deverá ler o seu testamento, se souber ler, ou poderá designar outra pessoa que o leia. Plausível e necessária a disposição, uma vez que sendo portador de deficiência auditiva não poderá ouvir a leitura pelo tabelião de notas.

Logo, o surdo que sabe ler deve ele mesmo ler o seu testamento, bem como deve ser facultado ao que não saiba ler a designação de alguém para ler em seu lugar. Vale registrar que esse designado deve ser da confiança do testador, podendo estar na sua companhia no momento da elaboração do testamento público. Esta leitura, nos termos em que for realizada, deverá constar no corpo do instrumento, sob sua fé pública do tabelião.

Conforme estudado no item 3.1 da primeira parte desta Tese, em que pese a ausência de vedação expressa, prevalece atualmente o entendimento da impossibilidade de elaboração de testamento público por indivíduo surdo-mudo. Seja porque o art. 1.873, CC/02, regulamenta o testamento secreto ao surdo-mudo, enquanto não há nenhuma disposição na seção que trata do público, seja porque a doutrina majoritária entende ser característica do testamento público a oralidade, seja porque o art. 1.864, I, CC/02, utiliza o termo “declarações”, o indivíduo surdo-mudo não possui a opção de dispor sua última vontade por instrumento público.

Trata-se de um verdadeiro contrassenso. Se a forma pública é dotada de maior segurança quanto à higidez da manifestação de vontade, se os notários são presumidamente imparciais, profissionais do direito, adstritos à legalidade, dotados de fé pública, não há que se proibir a instrumentalização pública ao portador de necessidades especiais. Pelo contrário, deve ser a ele facultado e plenamente disponibilizado o acesso a essa modalidade testamentária, no dever constitucional de promoção de acessibilidade.

Não se trata de eliminar a possibilidade de testar pelo meio secreto, mas sim de permitir-lhe também o testamento público, ficando a seu critério o modo pelo qual manifestará suas últimas vontades. Trata-se de ampliar o acesso às formas jurídicas de instrumentalização dos negócios jurídicos.

À propósito, Brandelli afirma que não há no Código Civil vigente obrigação expressa de que a manifestação de vontade se dê por viva-voz, sendo possível qualquer forma de manifestação de vontade admitida em direito, desde que se dê de forma inequívoca.⁴⁴³

⁴⁴³ BRANDELLI, Leonardo. O testamento público no novo código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p. 15-16, out./dez. 2005.

Exemplificativamente, registre-se que o art. 1.873, CC/02, ao admitir o testamento cerrado ao surdo-mudo, permite que ele manifeste vontade escrevendo na face externa do documento a manifestação de vontade necessária para a lavratura do auto de aprovação.

Nesse sentido, buscando evitar esforços hermenêuticos em sentido diverso que restrinjam o acesso ao testamento público, percebe-se que na referida proposta de alteração do art. 1.864, CC/02, inclui-se a modificação do termo “declaração” por “manifestação de vontade”. Repise-se: *“I – ser escrito por tabelião ou seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com a manifestação de vontade do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos;”*.

Portanto, considerando as ponderações realizadas, sugere-se a alteração do art. 1.866, CC/02, para:

Art. 1.866. O indivíduo inteiramente surdo sabendo ler, lerá o seu testamento, e, se não o souber, designará quem o leia em seu lugar, o tabelião ou terceiro de sua confiança.

§1º O surdo-mudo pode fazer testamento público, desde que manifeste sua vontade de forma inequívoca, por qualquer meio admitido em direito, ao crivo do tabelião de notas ou seu substituto legal.

§2º O surdo-mudo sabendo ler, lerá o seu testamento, e, se não o souber, designará quem o leia em seu lugar, o tabelião ou terceiro de sua confiança.

Vale ressaltar, por fim, quanto à conferência do ato redigido pelo testador surdo-mudo, que pode ele designar quem o leia em seu lugar, quando não souber ler. Entretanto, frise-se que, como disposto, a premissa inafastável para que se elabore esse testamento é que o surdo-mudo consiga manifestar vontade inequívoca de alguma forma.

Enfim, essas são as formalidades do testamento público e cerrado passíveis de simplificação. Verifica-se que todas elas são utilizadas para finalidades que já são alcançadas pela própria atividade do tabelião de notas, bem como pelas disposições do art. 215 do Código Civil. Os deveres do notário já incluem toda a investigação e segurança que o ato necessita.

Ademais, com o reconhecimento da atuação notarial como atividade jurídica plena em matéria de formalização, o que ocorre no testamento público é a antecipação da sua análise de validade. Consequentemente, atribui-se maior segurança jurídica ao testador de que a sua manifestação de vontade será cumprida nos termos em que elaborou.

Por fim, impende ressaltar que não se considera que o documento público é imune a fraudes, simulações ou mesmo vícios de vontade. Da mesma forma, não se desconsidera que o tabelião de notas ou seu substituto legal são humanos, passíveis de erros e também

passíveis de advogar interesses próprios em atos notariais de sua lavra. Ocorre que essas circunstâncias são excepcionalíssimas, considerando o regime jurídico de deveres e obrigações impostos aos notários, bem como à fiscalização que a que estão submetidos por parte do Poder Judiciário.

O que se pretende é explorar as eficiências do testamento como instrumento de planejamento sucessório, tornando-o acessível e vantajoso ao que se almeja. Para tanto, cotejando com a necessária segurança que o ato demanda, entende-se que a melhor solução consiste na devida e necessária adequação do regime jurídico de elaboração do testamento ao regime geral dos tabelionatos de notas. As sugestões visam desburocratizar a confecção do instrumento, mantendo a segurança jurídica que o ato necessita.

Com efeito, quaisquer vícios, simulações, fraudes ocorridas na elaboração dos testamentos públicos, sejam ocasionados por terceiros, pelo próprio testador, pelo tabelião ou preposto seu, serão objeto de análise em ação judicial destinada a desconstituir o instrumento público. Por essa razão, a presunção de autenticidade do ato é relativa, e não absoluta. As alterações propostas em nada alteram esse cenário que já existe da forma em que encontram-se as normas civis vigentes.

3.3 O procedimento preliminar de análise do testamento perante o tabelionato de notas: a dispensabilidade do procedimento judicial especial de abertura, registro e cumprimento de testamentos

Após revisitar as solenidades testamentárias e analisar a forma de simplificá-las, facilitando a elaboração do testamento, ao mesmo tempo em que se assegura a higidez da vontade, cumpre aprofundar no procedimento especial de abertura, registro e cumprimento do testamento.

À propósito, conforme analisado no item 3.3 da primeira parte desta tese, aos inventários com testamento impõe-se a realização de prévio procedimento judicial autônomo de natureza voluntária consistente na abertura, registro e cumprimento de testamento, regulamentado nos arts. 735 a 737 do Código de Processo Civil. Maria Berenice Dias explica que se trata de um “*procedimento preliminar avulso*”, tendente a garantir a vontade do falecido.⁴⁴⁴

⁴⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 528.

A doutrina aponta que a imposição decorre do fato de que na sucessão testamentária o que deve ser cumprido é a vontade do testador e não dos herdeiros. Dessa forma, ainda que houvesse consenso seria necessária a análise judicial do testamento.⁴⁴⁵

Entende parte da doutrina que o procedimento prévio se justifica pela importância do testamento, na medida em que consiste na última vontade de alguém sobre o destino do seu patrimônio.⁴⁴⁶

Ademais, outro argumento utilizado para a necessidade do procedimento judicial é a alta probabilidade de litigiosidade dos herdeiros face à existência de testamento, conforme mencionado no referido item 3.3.

Atualmente a doutrina e jurisprudência brasileiras são uníssonas no sentido de exigir o procedimento de abertura, registro e cumprimento dos testamentos exclusivamente judicial. Ivanildo Figueiredo sustenta a necessidade do provimento judicial, porque no ato de abertura e registro serão analisados os requisitos formais do testamento e só será cumprido se ausente algum vício dessa espécie.⁴⁴⁷

Entretanto, conforme estudado no item 3.3, a imposição da intervenção judicial no procedimento de análise do testamento dificulta a celeridade e eficiência do inventário extrajudicial, na medida em que se necessita de dois procedimentos distintos para se ultimar a partilha do falecido.

Buscando desburocratizar e atribuir a maior efetividade possível ao testamento, desenvolve-se nesse item a possibilidade de extrajudicialização do procedimento prévio relativo aos testamentos ordinários, em todas as suas modalidades, perante os tabeliães de notas.

Para tanto, parte-se da análise detida do procedimento judicial imposto para cada uma das formas de testamento, para depois sugerir o procedimento extrajudicial, com a atuação notarial. À propósito, se o tabelião é o profissional do direito, dotado de fé pública apto a elaborar validamente um testamento seguro e hígido, a mesma razão legitima sua atribuição

⁴⁴⁵ BONATES, Juliana da Fonseca. Questões sobre a partilha extrajudicial em face da Lei n. 11.441/07. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 363.

⁴⁴⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo, São Paulo: RT, 2015, p. 1.081.

⁴⁴⁷ FIGUEIREDO, Ivanildo. Inventário extrajudicial na sucessão testamentária: possibilidade, legalidade, alcance e eficácia. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, n. 8, p. 97-98, set./out. 2015.

para analisar previamente o cumprimento de formalidades legais após o falecimento do testador, desde que estejam os herdeiros concordes com o teor do instrumento apresentado.

3.3.1 Procedimento judicial de abertura, registro e cumprimento do testamento vigente

O Código de Processo Civil de 2015 manteve a previsão do procedimento prévio de jurisdição voluntária para a apresentação do testamento em juízo. Não se apresentam relevantes alterações procedimentais em relação ao anterior Código de Processo Civil de 1973. Homologa-se formalmente a vontade do testador, a partir de uma análise perfuntória restrita aos aspectos formais do instrumento, com o escopo de integrar o negócio jurídico unilateral.

De cuidadosa leitura dos dispositivos que regulamentam a temática (arts. 735 a 737, do Código de Processo Civil de 2015), passa-se a demonstrar o procedimento prévio atual.

O testamento cerrado será apresentado a juízo, procedendo-se, primeiramente, a sua abertura, quando o escrivão o lerá na presença do apresentante. Importante nesse momento será a constatação de que não haja sinais de abertura ou dilaceração do instrumento.⁴⁴⁸

O art. 1.875, CC/02, c/c art.735, CPC/15, determinam a análise do juiz de que não há vício externo no instrumento capaz de tornar-lhe suspeito de nulidade ou falsidade. Vale apontar que pela leitura das palavras contidas nos dispositivos verifica-se a superficialidade da análise.

Nesse sentido, Godinho aduz que não sendo o juiz perito, nem permitindo a dilação probatória ampla no procedimento, se aterá aos aspectos externos referentes à suposta violação do instrumento ou a presença de vício extrínseco de forma imposta pelo direito.⁴⁴⁹ Não havendo suspeita de nulidade ou falsidade, será lavrado o termo de abertura, constando o nome do apresentante, a forma que obteve o testamento, a data e local do falecimento e demais circunstâncias dignas de nota.

Verifica-se que a constatação de ausência de vícios não consubstancia declaração definitiva de regularidade formal do testamento.⁴⁵⁰ Apenas se manifesta pela aparente regularidade formal do instrumento e aparente inexistência de defeitos ou nulidades

⁴⁴⁸ Isso porque, conforme analisado, o art. 1.972, CC/02, determina a revogação tácita do testamento cerrado, caso seja aberto ou dilacerado pelo testador ou por *outrem* com o seu consentimento.

⁴⁴⁹ GODINHO, Robson Renault. **Comentários ao Código de Processo Civil – volume XIV (arts. 719-770):** dos procedimentos de jurisdição voluntária. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 265.

⁴⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** v. II. 50a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 494.

objetivamente verificáveis. “O juiz, apesar de ter dado o cumpra-se e não ter suscitado de nulidade ou falsidade, não disse na decisão que não há nulidade ou falsidade do testamento – apenas não suspeitava.”⁴⁵¹

Se houver alegação de nulidade por qualquer interessado, a mesma não será objeto de julgamento neste procedimento, mas sim deverá ser alegada em ação própria, que admita cognição exauriente e ampla dilação probatória.

Caso o juiz denegue a aprovação do testamento, por entender presente algum vício de forma, o interessado deverá ajuizar ação própria, de caráter contencioso, para que faça prevalecer o testamento, utilizando-se de produção probatória e análise aprofundada da qualidade da manifestação de vontade do testador.

Nesse *interim*, vale reproduzir o que expõem Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini:

Então, a decisão que manda abrir o testamento não contém comando declaratório da validade ou autenticidade do ato. É uma determinação fundada em simples juízo sumário. Por isso, repita-se, não fica excluído o ajuizamento de ação de invalidação ou de declaração de falsidade do testamento pela parte interessada. Do mesmo modo, a decisão que nega a abertura do testamento não declara em caráter principal sua falsidade ou invalidade nem o desconstitui. Não fica excluída que a parte interessada promova, também nesta hipótese, ação de cognição exauriente a respeito da validade, eficácia ou autenticidade do ato.⁴⁵²

Após constatada a ausência de vício externo no testamento cerrado, ouvido o membro do Ministério Público, o juiz determinará o registro, arquivamento, o cumprimento e a intimação do testamenteiro para assinar o termo de testamentaria. Não havendo testamenteiro nomeado ou impossibilitando o nomeado, o juiz nomeará testamenteiro dativo.⁴⁵³

Quanto ao procedimento referente ao testamento público, é o mesmo previsto para o cerrado, entretanto, dispensada a análise acerca da lacração, por óbvia razão. Dessa forma, apresenta-se o próprio traslado do testamento público ou a certidão da sua lavratura no tabelionato de notas.

Não é necessária a aferição judicial da incolumidade do testamento, por se tratar de instrumento dotado de presunção de autenticidade, determinando, desde logo, o seu

⁴⁵¹ MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 135-136, tomo XVI.

⁴⁵² WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: procedimentos especiais e juizados especiais**. V. 4. 19 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 286.

⁴⁵³ GODINHO, Robson Renault. **Comentários ao Código de Processo Civil – volume XIV (arts. 719-770): dos procedimentos de jurisdição voluntária**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 270.

cumprimento.⁴⁵⁴ Havendo testamenteiro, este será intimado para assinar o termo de testamentaria.

De outro lado, o procedimento para aprovação do testamento particular se mostra minucioso, diante da ausência de intervenção de uma autoridade pública na sua elaboração. Nos termos do art. 737, *caput* e seus parágrafos, do CPC, haverá a apresentação com requerimento de publicação do testamento pelo interessado e intimação dos herdeiros. O juiz analisará a presença dos requisitos formais, ouvirá o representante do Ministério Público e, caso cumpridas as exigências, confirmará o testamento.

Diante do menor segurança auferido no testamento particular, o procedimento visa apurar, pelos aspectos formais, se o testador agiu de forma livre e espontânea.⁴⁵⁵

Em que pese o Código de Processo Civil não exigir a presença das testemunhas para confirmação do testamento particular, o art. 1.878 do Código Civil dispõe a necessidade de que elas atestem a leitura e assinatura do instrumento.⁴⁵⁶ Considerando as ponderações realizadas sobre a importância das testemunhas no testamento particular e diante da facilidade de ocorrência de fraudes nessa modalidade testamentária, entende-se necessária a confirmação das testemunhas, com a possibilidade de abrandamento da exigência nos termos do parágrafo único do referido dispositivo.

No mesmo sentido, vale reproduzir as lições de Antonio Carlos Marcato⁴⁵⁷

Sendo particular o testamento, em cuja elaboração não é exigida a participação de agente estatal, a aferição desses requisitos deve ser extremamente rigorosa, visando impedir fraudes. Então, além da constatação direta, pelo juiz, da capacidade testamentária do testador e sucessória do herdeiro e da observância dos requisitos formais na feitura do testamento (v. g., inexistência de rasuras ou espaços em branco – CC, art. 1.876, § 2º), é igualmente indispensável verificar-se, com a inquirição das testemunhas testamentárias, se no momento em que testou o testador tinha pleno discernimento do ato e manifestou livremente a sua vontade.

⁴⁵⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: procedimentos especiais e juizados especiais**. V. 4. 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 287.

⁴⁵⁵ GODINHO, Robson Renault. **Comentários ao Código de Processo Civil – volume XIV (arts. 719-770): dos procedimentos de jurisdição voluntária**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 277.

⁴⁵⁶ “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.” BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

⁴⁵⁷ MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 304.

Confirmando as testemunhas acerca da leitura e assinatura e não se achando vício externo no testamento particular, o juiz procederá da mesma forma que nas outras modalidades, cumprindo-se o art. 735 do Código de Processo Civil.

Impende observar que após o procedimento em testilha parte-se para o cumprimento da vontade do testador. A fiscalização desse cumprimento incumbe ao testamenteiro, nomeado pelo testador ou dativo. Conforme determina o art. 1.976 do Código Civil, testamenteiro é aquele responsável por dar cumprimento à vontade do testador, devendo prestar contas da sua função e sendo-lhe devido o prêmio pela prestação dos serviços.

Denota-se do procedimento delineado no Código de Processo Civil que a participação do testamenteiro se restringe a assinar o termo de testamentaria e declarar que aceita o encargo. Ademais, caso se negue as funções, esteja impossibilitado o nomeado ou não haja testamenteiro nomeado, o juiz deverá nomear testamenteiro dativo. Ressalte-se que não há previsão de que a remuneração ou a prestação de contas ocorra dentro do procedimento especial de análise do testamento.

Diante todo o exposto, verifica-se que o procedimento em tela nada mais é que uma autenticação estatal de que o testamento foi apresentado em juízo e possui as formalidades legais. Não há análise de elementos intrínsecos ao ato. Caso algum interessado queira desconstituir o testamento por vícios na vontade, decorrentes de ausência de capacidade, fraudes ou coações, ou ainda pretenda discutir a ilicitude do objeto, especialmente quanto à violação da legítima, deve utilizar-se da via judicial ordinária.

Conforme detidamente analisado no item 3.1 desta segunda parte, a verificação de formalidades de negócio jurídico é ínsita às atividades notariais. A propósito, as solenidades impostas no Código Civil para a validade dos negócios jurídicos se cumprem nos tabelionatos de notas. Nesse *interim*, se o tabelião é profissional do direito, dotado de fé pública, apto à constituir instrumentos públicos presumidamente autênticos, com outorga de poderes legitimamente conferidos pelo Estado, não se vislumbra argumentos que tenham o condão de impedir o exercício da análise de cumprimento das formalidades legais perante o notário.

Nesse sentido, o que se propõe adiante é a possibilidade de verificação dos elementos formais e cumprimento do testamento no bojo da escritura pública de inventário e partilha extrajudicial, sem necessidade de prévia intervenção judicial, quando presentes os requisitos necessários, que se apresentam a seguir.

3.3.2 Fundamentos do procedimento prévio de testamento pela via extrajudicial

Inicialmente, cumpre salientar que o procedimento prévio judicial dos testamentos está previsto no Código de Processo Civil em seção pertencente ao capítulo destinado aos procedimentos de jurisdição voluntária.

Os procedimentos especiais de jurisdição voluntária, ao contrário dos de jurisdição contenciosa, não apresentam litígio. Nessas ações, o Estado não exerce jurisdição propriamente dita, mas sim atos de mera administração de interesses privados. A função jurisdicional é exercida apenas formalmente. Em síntese, a função precípua é permitir que determinados atos oriundos de manifestação de vontade particular obtenham valor legal e possam produzir efeitos jurídicos.⁴⁵⁸

Adere-se, então, ao pensamento de Frederico Marques, na linha de que a jurisdição voluntária é concebida como *administração pública de interesses privados*, por parte do Poder Judiciário.⁴⁵⁹ Em razão disso, não se identifica lide nesses procedimentos, nem mesmo partes, mas sim interessados e, conforme é de sabença geral, as funções administrativas não se esgotam ou são privativas do Judiciário.

Marcato salienta que, de acordo com a posição doutrinária consolidada, essa administração pública de interesses privados pode se dar por três órgãos: os judiciais, em exercício da jurisdição voluntária; os do foro extrajudicial, que exercem funções similares; e os administrativos, como as Juntas Comerciais.⁴⁶⁰

Especificamente ao que se estuda nessa Tese, o procedimento especial judicial destinado aos testamentos visa essencialmente a análise de adequação dos elementos formais do documento testamentário. José da Silva Pacheco adverte: “*Ressalte-se que o processo de cumprimento do testamento destina-se, tão somente, a verificar se os requisitos essenciais de cada forma testamentária foram observados, não sendo a sede própria para apreciação das disposições nele contidas.*”⁴⁶¹

No mesmo sentido, Alexandre de Freitas Câmara adverte que não se analisa aspectos intrínsecos do testamento no procedimento especial de abertura e cumprimento, mas apenas se analisa aspectos formais do instrumento. Dessa forma, salienta que, mesmo após a aprovação e determinação de cumprimento do testamento, pode ser ele objeto de impugnação em procedimento de jurisdição contenciosa, seja por vícios materiais ou formais, até porque a

⁴⁵⁸ MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 253.

⁴⁵⁹ Acerca do assunto, ver: MARQUES, Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**. São Paulo: Saraiva, 1952.

⁴⁶⁰ MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 253.

⁴⁶¹ PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas: na sucessão legítima e testamentária**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 350.

decisão em procedimento de jurisdição voluntária não é coberta pela autoridade da coisa julgada material.⁴⁶²

Nesse sentido, verifica-se que não há uma atividade puramente jurisdicional, em que seja indispensável um provimento pelo Poder Judiciário. Ademais, conforme analisado no item 3.3 da primeira parte, a aprovação da Lei 11.441/2007 que possibilitou a realização do inventário extrajudicial, mas o impediu quando presente testamento, foi norteadada pela ausência de “*motivo razoável de ordem jurídica, de ordem lógica ou de ordem prática*” que justifique a necessidade de intervenção judicial no inventário e partilha com herdeiros maiores, capazes e concordes.⁴⁶³

Em sentido oposto, justificou-se a restrição do procedimento extrajudicial aos casos de testamento pela alta probabilidade de litígios entre os herdeiros. Eis a razão do art. 610, *caput*, do Código de Processo Civil proibir os inventários extrajudiciais quando o *de cujus* deixa disposições de última vontade, conforme analisado no item 3.3 da primeira parte desta Tese.

Outro fundamento utilizado para a vedação se trata da necessidade de avaliação da vontade do testador, já falecido, o que apenas poderia ser auferido judicialmente. Todavia, conforme demonstrado no item anterior, a forma de verificação da higidez da vontade manifestada no procedimento judicial especial se dá pela análise de cumprimento das formalidades legais.

Se o tabelião de notas é autoridade, profissional do direito, dotado de fé pública e apto à elaborar o testamento público, lavrar o auto de aprovação do cerrado, bem como formalizar juridicamente a vontade de qualquer interessado por meio de instrumentos públicos com presunção de veracidade, não se vislumbra óbice razoável à impedi-lo de analisar os aspectos formais, extrínsecos, dos testamentos à ele apresentados em sede de lavratura de escritura pública de inventário e partilha extrajudicial.

Pelo contrário, o tabelião do notariado latino possui os elementos necessários para proceder à verificação de cumprimento das formalidades do testamento, bem como possui atribuição legal para tanto. À propósito, o mencionado art. 6º da Lei dos Notários e Registradores (Lei n. 8.935/1994) determina que aos notários compete também a autenticação

⁴⁶² CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de direito processual civil**: v. III. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 506.

⁴⁶³ BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.725, de 2004**. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2004. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1D2C604FA4D3E2FE9E7ED5B1F4F4DB1C.node1?codteor=272445&filename=Avulso+-PL+4725/2004. Acesso em: 4 abr. 2023.

de fatos. Em complemento, o art. 7º, §1º, do mesmo diploma legal, faculta aos tabeliães a realização de todas as diligências necessárias ao preparo dos atos por eles praticados.

O princípio da juridicidade da função notarial impõe que os notários não se resumem a simples redatores de instrumentos públicos ou autenticadores de fatos, mas sim são profissionais do direito, aptos e com o dever de analisar juridicamente as situações que lhe são apresentadas.⁴⁶⁴ Conforme mencionado, os notários exercem a polícia jurídica dos atos e negócios que presencia, realizando a verificação jurídica. Eis a atribuição para também proceder à verificação jurídica dos aspectos extrínsecos dos testamentos.

Na mesma linha, o princípio da tecnicidade da função notarial impõe o acentuado caráter técnico ao notário.⁴⁶⁵ Trata-se de técnica jurídica, exigindo-se do tabelião que domine todas as regras legais formais que a lei imponha à prática dos atos que praticam. Em razão disso, a forma de ingresso na função extrajudicial se dá por meio de concurso público de provas e títulos, bem como é exigido o bacharelado em Direito.

Com efeito, os princípios da juridicidade e da tecnicidade acrescentam fundamentos à aptidão dos notários para a verificação do cumprimento das solenidades dos atos de disposição de última vontade.

De fato, o notário não possui função jurisdicional e carece de qualquer atribuição julgadora. Entretanto, não se exercem esses atributos na análise prévia do testamento dentro do procedimento especial em testilha, notadamente porque o juízo é sumário e perfunctório, conforme detidamente demonstrado.

Dessa forma, ao constatar o cumprimento das formalidades legais nos testamentos que lhe forem apresentados e atestar essa condição no corpo da escritura pública de inventário e partilha que lhe requererem os interessados, o tabelião atribui fé pública da presença das formalidades, assim como certifica a identidade e a capacidade dos interessados na lavratura das escrituras públicas.

Com efeito, o art. 215, §1º, do Código Civil, servindo-se desses elementos do notariado latino, determina que a escritura pública conterá, dentre outros requisitos: “o reconhecimento da identidade e capacidade das partes e dos comparecentes” e a “referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato”.⁴⁶⁶ Verifica-

⁴⁶⁴ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.124.

⁴⁶⁵ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 129.

⁴⁶⁶ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

se legalmente a atribuição do tabelião para a verificação de exigências legais e fiscais impostas aos atos que confecciona. No mesmo sentido, pode ele analisar a observação das exigências formais impostas legalmente na confecção do testamento.

O que se defende, em sucintas palavras, é a autenticação do cumprimento das formalidades dos testamentos dentro da escritura pública de inventário e partilha, desde que presentes os requisitos elencados no próximo item. Conforme leciona Brandelli, na escritura pública há a atuação notarial mais completa, em que o tabelião atua como assessor jurídico imparcial e externa o seu “*mister certificante*”.⁴⁶⁷

Ademais, denota-se, diante todo o exposto, que a proibição da análise prévia de conformidade do testamento juntamente com a escritura de inventário e partilha decorre da previsão do art. 610, *caput*, do Código de Processo Civil, bem como das disposições do procedimento especial de abertura, confirmação e registro judicial do testamento. Todavia, a regra processual é controversa ao que contém o art. 2.015 do Código Civil, norma de ordem material. O dispositivo explicita que “*Se os herdeiros forem capazes poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos do inventário ou escrito particular, homologado pelo juiz*”, sem nenhuma limitação quanto à existência de testamento.

Repise-se, oportunamente, que o rigorismo da literalidade do *caput* do art. 610, CPC, foi abrandado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Isso porque a interpretação sistemática que se impõe dos art. 2.105, CC, em consonância com o parágrafo primeiro do art. 610, CPC, autorizam a lavratura de escritura pública de inventário e partilha, quando maiores, capazes e concordes os herdeiros, independente de testamento.

Além disso, vale a reflexão das já analisadas finalidades que inspiraram a criação da Lei n. 11.441/07 aliadas à ausência de motivo razoável que justifique a vedação em comento.

De toda essa fundamentação, denota-se que as normas civis, combinadas com a disposição constitucional e legal do regime jurídico dos notários, com o notariado latino, respaldam não só o inventário e partilha extrajudicial, mas também o reconhecimento do cumprimento das solenidades testamentárias ou elementos extrínsecos dos testamentos.

A medida visa simplificar o inventário e a sucessão testamentária, para que não seja imposto ao interessado um procedimento prévio, necessariamente judicial, sem motivos razoáveis que o justifique. Além de simplificar, desburocratiza-se a transmissão de bens por sucessão hereditária, na medida em que se elimina uma etapa, com redução de custos e tempo

⁴⁶⁷ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 253.

pelo interessado. Em outras palavras, trata-se de mais um fator apto a promover o testamento como um instrumento eficiente de planejamento sucessório.

Ademais, na esteira dos fundamentos genéricos da extrajudicialização dos procedimentos, reduz-se as demandas judiciais, uma vez que estará a disposição do interessado um procedimento válido alheio à estrutura do Poder Judiciário, desafogando-o e permitindo que os esforços sejam direcionados às questões que efetivamente demandam a atuação jurisdicional.

Nesse diapasão, Arruda Alvim, ao tratar do princípio da inafastabilidade da jurisdição, menciona que: *“O que se preconiza atualmente é que o Estado não é o único – e, algumas vezes, sequer é o mais adequado – ente vocacionado para esta função, que pode muito bem ser exercida por particulares, algumas vezes com resultados mais proveitosos do que aqueles obtidos no âmbito do Judiciário.”*⁴⁶⁸

Diante do procedimento delineado pelo Código de Processo Civil, não se vislumbra com essa proposta nenhuma violação à este princípio. Isso porque eventuais questionamentos acerca da qualidade da manifestação de vontade do falecido, de vícios intrínsecos ou até mesmo extrínsecos, podem ser realizados pela via judicial. O que se pretende é apenas uma alternativa facultada ao interessado que promova a eficiência da sucessão testamentária, se assim preferir.

De igual forma, qualquer interessado que discorde da validade do testamento ou do seu teor pode exercer sua ampla defesa e contraditório em Juízo, requerendo tutela de urgência e paralisando o procedimento extrajudicial.

Em síntese, o que se propõe é a dispensabilidade do procedimento especial judicial prévio e autônomo, se assim quiserem os herdeiros, quando preenchidas as exigências do inventário extrajudicial. Para tanto, é essencial a presença de requisitos e a verificação de limites a essa atuação, ao que se aprofunda no próximo item.

3.3.3 Limites e requisitos da análise prévia do testamento pelo tabelião de notas

É cediço há limites em todos os procedimentos e atos praticados pelos notários, no exercício da delegação a eles outorgada pelo Estado. Esses limites muito se aproximam dos requisitos da celebração do instrumento extrajudicial, razão pela qual se opta por analisa-los conjuntamente.

⁴⁶⁸ ALVIM, Eduardo Arruda. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (comp.) **Arbitragem**: estudos sobre a Lei n. 13.129/15. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 141.

As limitações são delineadas a partir das atribuições dos notários, expostas nos art. 6º e 7º da Lei n. 8.935/94. Com efeito, apenas pode-se proceder à verificação prévia da presença das formalidades do testamento pelo tabelião, autenticando a presença dos requisitos legais, quando ausente qualquer dúvida quanto à isso, o que será certificado na escritura antes de se inventariar os bens do de *cujus*.

Não há possibilidade de análise de mérito sobre o instrumento testamentário por parte do tabelião de notas. É necessário que o documento apresentado evidencie extrinsecamente o cumprimento das solenidades legais, bem como não deixe dúvidas acerca de que aquela era a intenção do testador, pela análise dos elementos externos.⁴⁶⁹

Caso haja qualquer ponto que incite dúvida ao notário, seja quanto ao cumprimento de alguma solenidade prevista, seja em relação a intenção do testador a partir dos elementos externos do instrumento, impõe-se, como dever funcional, a negativa da prática do ato extrajudicial e exigida a sua validação judicial para posteriormente se proceder ao inventário e partilha.

De igual forma, o princípio rogatório, da rogação ou da instância do direito notarial limita a atuação do notário de ofício. Alvarez explica que *“solamente podrá reflejar, recoger o formalizar, en escritura, acta o documento pertinente, hechos, actos o negocios para los que haya sido rogado y nunca los que, aun realizándose en su presencia, sean anteriores en el tiempo a dicha rogación.”*⁴⁷⁰

A atividade notarial é oferecida a todos que dela necessitam, mas é a parte interessada que deve procura-la, não podendo o notário ter iniciativa própria.⁴⁷¹ Portanto, é necessário requerimento das partes interessadas para que se promova a análise prévia do testamento conjuntamente com a escritura de inventário e partilha.

Na mesma linha, o princípio da imparcialidade do tabelião consubstancia um limite à atuação. É obrigação do notário proteger as partes com igualdade, *“livrando-as com*

⁴⁶⁹ Nesse ponto, ressalte-se que, conforme analisado no item 3.2 da primeira parte desta Tese, a genuinidade da declaração de vontade do testador apenas pode ser seguramente atestada no momento da elaboração do instrumento, quando o testador está presente para responder a eventuais indagações. Eis a razão da preferência pelo testamento público. Qualquer verificação posterior ao seu falecimento, não é apta à garantir com exatidão que aquela manifestação traduz a real intenção do testador. Entretanto, as formalidades testamentárias são utilizadas como mecanismo dessa aferição e no procedimento especial judicial de abertura, registro, confirmação e cumprimento do testamento, atesta-se a real vontade do testador por meio do cumprimento das formalidades. É nesse mesmo sentido que se utiliza a expressão de “não deixe dúvidas acerca de que aquela era a intenção do testador, pela análise dos aspectos extrínsecos”, nesse trecho. Vale dizer, se verificado o cumprimento das formalidades pelo tabelião sem nenhum outro elemento externo que lhe induza à dúvida de que aquele era o testamento do falecido, resta possível a análise prévia notarial.

⁴⁷⁰ ALVARES, Pedro Ávila. **Derecho notarial**. 7. ed. Barcelona: Bosch, 1990. p. 13.

⁴⁷¹ BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 128.

*imparcialidade dos enganos que podem engendrar sua ignorância ou até mesmo uma possível presença de má-fé.”*⁴⁷²

Em cumprimento a esse princípio, o art. 27 da Lei n. 8.935/1994 determina que “No serviço de que é titular, o notário e o registrador não poderão praticar, pessoalmente, qualquer ato de seu interesse, ou de interesse de seu cônjuge ou de parentes, na linha reta, ou na colateral, consangüíneos ou afins, até o terceiro grau.”⁴⁷³ Nessa linha, caso o testamento apresente qualquer liame com interesses do tabelião de notas, não poderá ser realizada a análise prévia do testamento pelo notário.

Por fim, a ausência de poder jurisdicional do notário também consubstancia um limite ao procedimento que se propõe, na medida em que nos casos que se verifiquem litígios ou necessidade de juízo de mérito impede-se a atuação notarial. Com efeito, nos casos de testamento particular de emergência, previsto no art. 1.879 do Código Civil, impõe-se o procedimento judicial, uma vez que se exige a análise do juiz sobre a situação excepcional declarada pelo testador para justificar a ausência das testemunhas.

Acresça-se como limite de meridiana clareza ao procedimento extrajudicial o testamento que contenha cláusula de deserção de algum herdeiro. Isso porque, a matéria demanda produção de provas, com cognição judicial exauriente, apta a excluir um herdeiro da sucessão do *de cujus*, nos termos do art. 1.965 do Código Civil.

Parte-se agora para a análise dos requisitos desse ato notarial, sendo que na maioria deles sua ausência também configura limite de atuação. Conforme amplamente discorrido no item 3.1 desta segunda parte da Tese, o exercício da atividade extrajudicial exige a presença de pressupostos que coadunem com o seu regime jurídico.

Inicialmente, exige-se um juízo de certeza por parte do tabelião de notas de que foram observadas as regras formais legais de elaboração do testamento. Conforme mencionado, não deve o notário adentrar ao mérito da questão, mas sim qualificar seguramente os elementos extrínsecos do instrumento que lhe é apresentado. Com efeito, o notário deve se certificar que o preenchimento das solenidades testamentárias conduz à afirmação de que aquela era a vontade do autor da herança.

Ademais, consiste em requisito basilar da atuação extrajudicial a ausência de litígio nos atos que se pratica. É cediço que não possui o notário poder jurisdicional, de decisão de

⁴⁷² BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 126.

⁴⁷³ BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

conflitos de interesses. Instalado um conflito, necessariamente atrai-se a atuação jurisdicional, impedindo a intervenção do tabelião de notas. Em razão disso, impõe-se a concordância sobre o teor do testamento de todos os interessados na sucessão, quais sejam herdeiros legítimos, testamentários, eventuais anuentes, meeiro(a), testemunhas do testamento particular e testamenteiro nomeado.

Em outras palavras, para que o procedimento de análise prévia do testamento possa ocorrer no bojo da escritura de inventário e partilha é necessário que todos os interessados na sucessão testamentária estejam de acordo com as disposições do testamento e com a forma em que ocorrerá a transmissão dos bens. Impende salientar que devem estar presentes manifestando concordância todos os possíveis interessados na sucessão hereditária, devendo o notário certificar-se disso.

Com efeito, veda-se absolutamente a análise prévia de testamento pelo tabelião de notas se algum herdeiro, legítimo ou testamentário, meeiro(a), ou eventuais anuentes, não estejam presentes ou discordem com o teor das disposições testamentárias. A limitação se estende aos aspectos intrínsecos do testamento, isso porque a existência de litígio, lide ou mera discordância entre as partes inviabiliza a prática dos atos extrajudiciais, em razão da ausência de poder jurisdicional do notário.

Nesse sentido, caso qualquer das partes apresente divergência, impugnação ou incertezas quanto ao testamento em si e às disposições testamentárias, impõe-se o procedimento judicial. Com efeito, o notário exercerá seu dever de prudência, detidamente analisado no item 3.1 desta segunda parte, a fim de averiguar a espontaneidade da concordância dos interessados.

Esse requisito de anuência completa é nítido, até mesmo porque consiste em uma limitação para o inventário e partilha extrajudicial, nos termos do art. 2.015 do Código Civil e do art. 610, §1º do CPC.

À propósito, o art. 32 da Resolução 35/2007, CNJ, determina que em casos de indícios de fraudes ou dúvidas quanto à declaração de vontade de algum dos comparecentes o notário pode negar a lavratura do ato, justificando a recusa por escrito.⁴⁷⁴

Ademais, exige-se para a análise prévia do testamento a concordância das testemunhas do testamento particular para confirmação da leitura e assinatura do testamento, em cumprimento ao art. 1.878 do Código Civil, podendo o tabelião fazer cumprir a permissão do

⁴⁷⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007**. Disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro. Brasília, DF: CNJ, 2007. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_35_24042007_26032019143704.pdf . Acesso em: 14 jan. 2023.

parágrafo único desse dispositivo, caso apresente-se certidão de óbito ou de declaração de ausência de uma ou duas das testemunhas.

Impende registrar que, conforme analisado, entende-se pela dispensa da presença das testemunhas nos testamentos públicos e lavratura do auto de aprovação do cerrado. Assim, não há que se falar na exigência de comparecimento de testemunhas na análise prévia do testamento público e cerrado, apenas no particular.

Manifestando as testemunhas presentes que presenciaram a leitura daquele testamento e o assinaram, contribuem para a higidez da disposição de última vontade. Consigne-se que após a minuciosa verificação dos aspectos formais do instrumento pelo notário e manifestação positiva das testemunhas do testamento, não vislumbra-se necessidade de atuação jurisdicional para a sua confirmação, uma vez que todas as constatações realizadas no procedimento judicial podem também realizar-se no extrajudicial. Entretanto, destaca-se que não havendo confirmação das testemunhas perante o notário e não tendo como aferir legitimamente o não comparecimento por morte ou ausência judicialmente declarada, impede-se o procedimento notarial, devendo os interessados remeterem-se as vias judiciais.

Ademais, é necessária a concordância do testamenteiro nomeado pelo testador quanto ao testamento em si e quanto às disposições testamentárias. O testamenteiro deve declarar na escritura pública ciência de seu encargo, aceitando-o e se comprometendo a fazer cumprir a vontade do testador.

Assemelha-se dita declaração à do inventariante na escritura pública de inventário e partilha, que é nomeado pelos herdeiros como representante do espólio, devendo declarar que aceita o encargo, ciente de suas obrigações.⁴⁷⁵

⁴⁷⁵ Nesse sentido, determinar o art. 11, da Resolução 35/2007 do CNJ: "Art. 11. É obrigatória a nomeação de interessado, na escritura pública de inventário e partilha, para representar o espólio, com poderes de inventariante, no cumprimento de obrigações ativas ou passivas pendentes, sem necessidade de seguir a ordem prevista no art. 617 do Código de Processo Civil. (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020).

§ 1º O meeiro e os herdeiros poderão, em escritura pública anterior à partilha ou à adjudicação, nomear inventariante. (incluído pela Resolução n. 452, de 22.4.2022)

§ 2º O inventariante nomeado nos termos do §1º poderá representar o espólio na busca de informações bancárias e fiscais necessárias à conclusão de negócios essenciais para a realização do inventário e no levantamento de quantias para pagamento do imposto devido e dos emolumentos do inventário. (Incluído pela Resolução n. 452, de 22.4.2022)

§ 3º A nomeação de inventariante será considerada o termo inicial do procedimento de inventário extrajudicial." CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007**. Disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro. Brasília, DF: CNJ, 2007. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_35_24042007_26032019143704.pdf . Acesso em: 14 jan. 2023.

Importa salientar que a presença do testamenteiro é necessária sobretudo no caso de haver disposições de caráter extrapatrimonial, que deverão ser cumpridas em outra seara. Nesta senda, o testamenteiro se compromete a cumpri-las, ciente de que possui o dever de prestação de contas aos interessados.

Além disso, devem os comparecentes concordarem com o valor da remuneração do testamenteiro determinado pelo testador ou, na ausência de disposição prévia, determinarem uma quantia como pagamento pelos serviços prestados, do que o testamenteiro deve concordar. Referido pagamento pode se consolidar no bojo do inventário e partilha ou posteriormente.

Na ausência de testamenteiro nomeado pelo testador, entende-se possível que as partes de comum acordo nomeiem alguém com as funções legais desse interveniente. O nomeado deve se fazer presente, concordando com o encargo, obrigações e remuneração oferecida.

Percebe-se que a figura do testamenteiro muito se assemelha à do inventariante nomeado na escritura pública e nada impede que as duas funções se concentrem na mesma pessoa.

Ainda quanto aos requisitos relativos ao testamenteiro, ao final da partilha extrajudicial, deve ele também estar concorde com o teor da divisão dos bens, quando de fato se cumpre a vontade do testador, assinando a escritura pública junto com os interessados.

Requisito imprescindível dos atos notariais consiste na maioria e capacidade dos intervenientes, devendo o tabelião reconhecer suas identidades e capacidades no corpo do ato, conforme art. 215, §1º, II do Código Civil. Essa regra legal também é reproduzida no mencionado art. 610, §1º do Código de Processo Civil, e no art. 12 da Resolução 35/2007 do CNJ.

Frise-se que a exigência se refere à todos os intervenientes: herdeiros, legítimos ou testamentários, eventuais anuentes, testemunhas do testamento particular, testamenteiro, viúvo(a) meeiro(a), eventual companheiro(a), e quem mais haja de participar.

Com efeito, a presença de herdeiros ou intervenientes incapazes obsta o procedimento pela via extrajudicial, seja pela necessidade de intervenção do Ministério Público, seja pela proibição da lavratura de escritura de inventário e partilha contida no art. 610, §1º, CPC, e no art. 12 da Resolução 35, do CNJ. Dessa forma, a presença de herdeiros testamentários menores, incapazes, conceptuos ou nascituros, impede a via extrajudicial.

Na mesma linha, impede-se o inventário e partilha com testamento na escritura pública quando for determinada pelo testador a criação de pessoa jurídica sob a forma de fundação. *In casu*, são exigidas atuações complementares alheias à atribuição notarial, como a análise

judicial em relação ao cumprimento das finalidades taxativas impostas no art. 62 do Código Civil⁴⁷⁶, na elaboração do estatuto, bem como deve o Ministério Público intervir na partilha a fim de defender os direitos dessa entidade, nos termos do art. 66 do Código Civil.⁴⁷⁷

Além disso, mister ainda que as partes estejam acompanhadas de advogado ou defensor público de sua confiança, que declare concordar com o preenchimento dos requisitos formais do testamento, assim como é exigida sua intervenção na escritura pública de inventário e partilha. Nesse sentido, o art. 8º da Resolução 35/2007, do CNJ, prevê que “*É necessária a presença do advogado, dispensada a procuração, ou do defensor público, na lavratura das escrituras aqui referidas, nelas constando seu nome e registro na OAB.*”

A função do advogado consiste em evitar que os interessados promovam acordos temerários e reforce aos seus clientes o assessoramento jurídico já promovido pelo tabelião. À propósito, assim o relator Maurício Rands fez constar no projeto que originou a Lei n. 11.441/2007:

Assim como no procedimento para a realização do inventário e da partilha extrajudicial, propomos que as partes interessadas também sejam obrigatoriamente assistidas por advogado no procedimento consensual para a separação e o divórcio

⁴⁷⁶ “Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins de: (Redação dada pela Lei nº 13.151, de 2015)

I – assistência social; (Incluído pela Lei nº 13.151, de 2015)

II – cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; (Incluído pela Lei nº 13.151, de 2015)

III – educação; (Incluído pela Lei nº 13.151, de 2015)

IV – saúde; (Incluído pela Lei nº 13.151, de 2015)

V – segurança alimentar e nutricional; (Incluído pela Lei nº 13.151, de 2015)

VI – defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; (Incluído pela Lei nº 13.151, de 2015)

VII – pesquisa científica, desenvolvimento de tecnologias alternativas, modernização de sistemas de gestão, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos; (Incluído pela Lei nº 13.151, de 2015)

VIII – promoção da ética, da cidadania, da democracia e dos direitos humanos; (Incluído pela Lei nº 13.151, de 2015)

IX – atividades religiosas; e (Incluído pela Lei nº 13.151, de 2015)

X – (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.151, de 2015).”

⁴⁷⁷ “Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.

§ 1º Se funcionarem no Distrito Federal ou em Território, caberá o encargo ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. (Redação dada pela Lei nº 13.151, de 2015)

§ 2º Se estenderem a atividade por mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público.” BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

extrajudicial, de modo a impedir o consentimento em acordos temerários.⁴⁷⁸

Diante o exposto, conclui-se que são requisitos do procedimento prévio de análise do testamento por escritura pública: certeza pelo notário quanto à observância das regras formais do testamento; ausência de litígio e concordância de todos os interessados quanto ao testamento, no aspecto externo e interno; maioria e capacidade dos interessados; confirmação das testemunhas do testamento particular, em observância ao art. 1.878 do Código Civil; e assistência por advogado.

Essencialmente são os mesmos elementos exigidos para a realização da escritura pública de inventário e partilha expostos na Resol. 35, CNJ, que regulamenta a Lei 11.441/2007.

Presentes esses requisitos, não se vislumbra razões que impeça a lavratura do inventário e partilha com testamento. À uma porque resta confirmada a observância das exigências formais por profissional do direito, dotado de fé pública e sujeito ao regime jurídico do notariado latino exposto alhures. Reitere-se que a mesma atividade realizada pelo juiz no bojo do procedimento especial previsto no art. 735 e seguintes, do CPC, pode ser concretizada na análise prévia notarial que se propõe. Com efeito, restará evidenciado o cumprimento da vontade do testador, assim como ocorre com a análise prévia judicial.

À duas porque exige-se a anuência dos interessados na transmissão hereditária dos bens, eliminando-se as possibilidades de futuros litígios entre os herdeiros. Ademais, caso indicie-se qualquer discordância ou inconformismo com a validade do testamento e suas disposições interrompe-se o procedimento, devendo os interessados ingressarem na via judicial.

3.3.4 O procedimento de análise prévia do testamento no bojo da escritura pública de inventário e partilha

⁴⁷⁸ BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.416, de 2005**. Altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, admitindo a realização de inventário e partilha extrajudiciais. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2005. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=310389>. Acesso em: 2 jan. 2023.

Após o estudo dos limites e requisitos para a verificação prévia extrajudicial do testamento apresentado no bojo da escritura de inventário e partilha, passa-se a análise cuidadosa do procedimento que se propõe.

Ab initio, impende ressaltar objetivamente que o que se propõe é a análise do cumprimento das formalidades do testamento pelo notário, quando apresentado no bojo da escritura pública de inventário e partilha, desde que presentes os pressupostos elencados no item anterior.

Com efeito, deve-se tomar como parâmetro para delinear o procedimento específico a Resolução n. 35/2007 que regulamenta o inventário e partilha extrajudicial, notadamente nos arts. 11 a 32.

Quando do comparecimento de todas as partes interessadas na sucessão hereditária, acompanhadas de advogado, apresentando testamento do autor da herança, deve o tabelião, primeiramente, proceder a qualificação dos requisitos de identificação, capacidade e regularidade da assistência por advogado. Nesse primeiro momento, o notário deve promover à “busca testamento” na Central Notarial de Serviços Compartilhados (CENSEC), com acesso ao banco de dados do registro central de testamentos on-line.⁴⁷⁹ Nessa central encontram-se os testamentos públicos e cerrados, bem como eventuais revogações.⁴⁸⁰

Com a certidão do testamento público, bem como o auto de aprovação do cerrado, o notário pode realizar a primeira verificação do instrumento, cotejando as informações apresentadas pelos comparecentes com as que constam nos atos públicos. Caso estejam em exata consonância, deve-se proceder a análise do testamento.

Importa esclarecer, diante da exposição do item anterior, que sugere-se uma divisão em duas partes na análise do testamento. Em um primeiro momento, o notário deve qualificar o instrumento apresentado, observando minuciosamente se os aspectos formais legais foram obedecidos, angariando segurança de que aquela é a última vontade do autor da herança. Ilustrativamente, no testamento cerrado, é preciso proceder à verificação do auto de aprovação e se não há nenhum sinal externo de violação. Em outras palavras, verificar-se-á se o instrumento continua devidamente lacrado.

No testamento público, a análise é menos rigorosa, diante do maior grau de segurança auferido pela intervenção notarial no momento da elaboração, quando foi devidamente investigada a real intenção do testador. Deve-se certificar sobretudo a atestação da identidade

⁴⁷⁹ Essa pesquisa é realizada pelo site <https://www.buscatestamento.org.br/>, de acesso aos tabeliães de notas.

⁴⁸⁰ Frise-se, como já mencionado, que o acesso ao teor do testamento apenas é permitido com a apresentação do atestado de óbito do testador.

e capacidade do testador, a leitura do testamento e todos os outros requisitos formais elencados no art. 215 do Código Civil.

Consigne-se imprescindível que o tabelião proceda à verificação do sinal público do notário ou o substituto que lavrou o testamento público ou o auto de aprovação do cerrado, por meio de consulta à CENAD, central também incorporada à CENSEC.⁴⁸¹ Com efeito, o notário pode certificar-se da autenticidade do testamento público e do cerrado.

Em contrapartida, a análise do testamento particular demanda maior critério pelo notário, com a confirmação pelas testemunhas e cumprimento das demais formalidades previstas no Código Civil.

Qualificado positivamente o instrumento testamentário pelo notário, constatando que foram cumpridas as solenidades legais, colhe-se as anuências dos comparecentes. Nesse momento, haverá a manifestação de vontade das partes de concordância tanto quanto aos aspectos extrínsecos, quanto aos aspectos intrínsecos do testamento. As partes declaram-se concordes com o mérito, conteúdo e disposições de vontade do autor da herança, inclusive com a nomeação do testamenteiro e sua remuneração.

Frise-se que o notário não analisa o mérito do testamento para qualificar formalmente o instrumento, todavia, as partes devem concordar com o teor do documento, após devidamente assessoradas pelo tabelião e pelo advogado quanto aos efeitos e consequências jurídicas dele decorrentes.

Ausente nomeação de testamenteiro pelo testador, faculta-se as partes nomearem-no no bojo da escritura pública, arbitrando também sua remuneração. Reitera-se que entende-se poder ser a mesma pessoa que assume a inventariança dos bens. Colhe-se, depois, a anuência desse testamenteiro nomeado, que assume o encargo e ao final declara anuência com a partilha realizada, dando-se fiel cumprimento à vontade do testador. De igual forma, o(s) advogado(s) presente(s) declara(m) ter assessorado seus clientes na manifestação de vontade que realizam perante o tabelião de notas.

Por fim, havendo de tudo qualificação positiva pelo notário, após o exercício do seu poder dever de cautela e prudência notarial, passa-se a lavratura da escritura pública de inventário e partilha com testamento. Impõe-se que o notário certifique expressamente no corpo do instrumento, sob sua fé pública, que foram cumpridas todas as formalidades testamentárias impostas à espécie de testamento apresentado, que as partes declararam ciência

⁴⁸¹ A consulta pode ser realizada pelo site <https://cenad.e-notariado.org.br/>.

e concordância com o procedimento e teor das disposições de última vontade, bem como declaração do advogado assistente.

Trata-se da lavratura do termo de aprovação do testamento minuciosamente descrito pelo notário no bojo da escritura pública de inventário e partilha, que deve anteceder à inventariança dos bens e dívidas deixadas. De tudo deve o tabelião fazer detalhada menção: da abertura do cerrado, da leitura do teor do instrumento, do assessoramento e advertência aos comparecentes, das conferências realizadas e das formalidades verificadas.

Vale consignar que a escritura em tela constará arquivada perenemente no livro de notas do tabelionato, com amplo e público acesso, constando a menção circunstanciada aos fatos relativos ao testamento. Equivale-se, portanto, aos efeitos obtidos com o registro dos testamentos no cartório judicial, após a sua aprovação pelo juiz.

Dando continuidade ao procedimento notarial, será procedida à inventariança dos bens deixados, com sua subsequente partilha nos moldes da Resol. n. 35/2007, CNJ, cumprindo-se rigorosamente as regras de ordem material do Código Civil. Ao final, todos os comparecentes assinam a escritura pública de inventário e partilha com testamento, manifestando concordância com o seu teor.

Por fim, vale a observância de não se menciona a participação de membro do Ministério Público no ato notarial em testilha. Explica-se: o Código de Processo Civil de 2015, na parte geral, limitou a intervenção do *parquet*, como fiscal da ordem jurídica, aos casos de interesse público ou social; interesse de incapaz; ou litígios coletivos pela posse de terra urbana ou rural (art. 178).

Nesse diapasão, desnecessária a atuação nesse procedimento de testamento, porquanto não se configura nenhuma dessas hipóteses. Como visto, o testamento é expressão da autonomia privada e do direito de propriedade, nada justificando a necessidade de intervenção obrigatória do Ministério Público.

Adere-se, portanto, às lições de Godinho no sentido de que é despicienda a vinculação do órgão ministerial à tutela de um negócio jurídico unilateral, que visa a disposição de bens, de sorte que, em regra, não há nenhum reflexo de incapacidade, indisponibilidade ou interesse social. Evidencia-se que resta deslocada a previsão legal do CPC que impõe a intervenção do Ministério Público no procedimento especial dos testamentos.⁴⁸²

⁴⁸² GODINHO, Robson Renault. **Comentários ao Código de Processo Civil – volume XIV (arts. 719-770):** dos procedimentos de jurisdição voluntária. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 271.

Eis o procedimento de análise do testamento apto à desburocratizar o inventário e a partilha de quem haja optado por realizar seu planejamento sucessório por esse instrumento jurídico. De forma célere, segura e simplificada pode-se proceder à transmissão dos bens do falecido integralmente no meio extrajudicial. Dispensa-se a atuação do Poder Judiciário, no limite em que é permitido pela atuação do tabelionato de notas brasileiro, sujeito ao regime jurídico do notariado latino.

Busca-se promover a democratização do processo, na medida em que se permite às partes escolherem o procedimento que melhor adapta-se aos seus interesses e anseios. De igual maneira, vai-se ao encontro da linha de inteligência utilizada na aprovação da Lei n. 11.441/2007, que justifica a extrajudicialização do inventário e partilha.

Não se olvida que para se viabilizar o procedimento ora delineado impende-se a alteração legislativa, notadamente porque o procedimento dos testamentos e codicilos contido nos arts. 735 e seguintes do CPC não preveem essa possibilidade. Referida alteração é sugerida no item que se segue.

3.3.5 *Proposições legislativas*

Diante do procedimento delineado neste item 3.3, em que pese a já flexibilização realizada pelo Superior Tribunal de Justiça, mitigando o *caput* do art.610 do CPC, a partir da interpretação sistemática e teleológica do parágrafo primeiro desse dispositivo com os art. 2.015 e 2.016 do Código Civil, mais efetiva se mostra a alteração legislativa.

Nessa linha, propõe-se a nova redação ao *caput* do art. 610, para fazer constar apenas a presença de interessados incapazes para atrair a compulsoriedade do inventário judicial, nos seguintes termos: Art. 610. Havendo interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial.

Vale consignar que se entende desnecessária a alteração direta na Lei n. 11.441/2007, uma vez que ela apenas promoveu alteração no antigo Código de Processo Civil, já revogado pela norma processual vigente.

De outro lado, a Resolução n. 35/2007, do CNJ, que regulamenta o inventário e partilha extrajudicial, exige no art. 21 a declaração dos interessados de que o autor da herança não deixou testamento, em razão da antiga disposição da Lei n. 11.441/07. Logo, sugere-se a retirada dessa exigência.

Ademais, a fim de legitimar e sacramentar a possibilidade de análise prévia do testamento pelo tabelião de notas, no bojo da escritura de inventário e partilha, sugere-se a inclusão do art. 737-A no Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

Art. 737-A. A abertura do testamento cerrado, bem como a análise prévia do cumprimento das formalidades dos testamentos, em quaisquer de suas modalidades, poderá ser promovida na via extrajudicial, juntamente com a escritura publica de inventário e partilha, mediante requerimento de todos os interessados maiores, capazes e concordes com os aspectos extrínsecos e intrínsecos do instrumento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo realizado nessa Tese, iniciando, na primeira parte, pelo apontamento da sucessão hereditária no direito positivo, com ênfase na testamentária, aprofundando as essencialidades e características do testamento, bem como identificando as razões para as críticas que recebe constantemente, evidenciou-se a necessidade de adequação das regras regulamentadoras das formalidades testamentárias, a fim de o testamento possa ser utilizado como instrumento célere, seguro e eficiente de planejamento sucessório.

Seja em razão da inércia legislativa; seja pelo intenso processo de individualização e complexidade das relações interpessoais, sobretudo as familiares; seja pela dinamicidade dos interesses da sociedade contemporânea; seja pelo excessivo detalhamento das normas de elaboração que causa o paradoxo das formalidades; seja pelas crescentes demandas pela flexibilização das formalidades; seja pela imposição de intervenção judicial no inventário e partilha com testamento, demonstrou-se a insuficiência da normativa relativa ao aspecto formal do negócio *causa mortis*.

Destaca-se que no contexto atual, considerando o regime jurídico vigente, que vem sendo paulatinamente remediado pela atuação judicial com a mitigação das formalidades, denota-se a insegurança do testamento, especialmente porque, ao testar, o disponente não pode antecipar seguramente se sua vontade será efetivamente cumprida. De outro lado, contribuindo para a insegurança, também pode refletir que futuramente, quando da produção de efeitos, outros meios de prova podem ser admitidos para alterar a vontade que possuía, alterando fatalmente a sorte de suas disposições.

Diante disso, entende-se a necessidade da atuação de simplificação das formalidades por iniciativa do legislador, promovendo um regime claro e que assegure o disponente, na maior medida possível, de que sua vontade será cumprida nos termos em que manifestou. A propósito, como demonstrando, há muito a doutrina clama por isso. Por óbvio, não se defende a ultrapassada noção de autossuficiência do Código Civil, nem mesmo em matéria de testamento. A atuação hermenêutica continuará necessária. Entretanto, busca-se ao menos o diminuir a sua necessidade em matéria de cumprimento de vontade *post mortem*, em respeito à fiel e genuína vontade do disponente/testador.

Em contrapartida, ao se analisar os aspectos históricos e a própria essência do negócio testamentário, especialmente as condições do contexto no seu plano de eficácia, também se evidenciou a imprescindibilidade de segurança do ato de testar. Nesse espeque, destacam-se tradicionalmente o emprego das formalidades testamentárias.

Mais que isso, ao intensificar a análise dessas solenidades, compreendeu-se as razões de sua utilização, bem como as finalidades que almejam, sobretudo porque dialogam intimamente com a liberdade de testar, ao assegurá-la. A crítica que se verificou verídica consiste no exagero com que são empregadas. Dando sustentação a isso, demonstrou-se que a garantia da vontade soberana do testador não repousa apenas nas formalidades compulsórias, mas também em todo o regime jurídico da sucessão testamentária delineado pelo Código Civil.

Além disso, se confirmou que a segurança em comento se consubstancia essencialmente na verificação da capacidade testamentária ativa e na habilidade de compreensão do testador do que ali se dispõe, uma vez que apenas no momento de elaboração a real intenção do disponente pode ser investigada e genuinamente revelada.

Apesar de indubitavelmente se consubstanciar no exercício supremo da autonomia privada, também se demonstrou as múltiplas funcionalidades do testamento, tanto no aspecto patrimonial, quanto como objeto de disposições de caráter existencial. Nessa medida, demonstrando-se o viés de direito fundamental do ato de testar, concluiu-se que é necessário que esteja a disposição do sujeito de direitos um instrumento que garanta eficientemente suas manifestações de última vontade.

A eficiência do testamento passa pelos interesses de simplificação e celeridade, mas também pelo de segurança. Tornou-se de meridiana clareza a conclusão de que apenas é eficiente o instrumento seguramente elaborado, especialmente porque no momento da produção de efeitos será impossível retificar, refazer ou suprir a vontade manifestada.

Diante disso, sobressai a atuação notarial na confecção das disposições testamentárias, quando de fato ocorre uma análise antecipada de validade do instrumento, do mesmo modo em que esse instrumento de manifestação de vontade já nasce presumidamente válido, diante da fé pública a ele empregada.

Nesse diapasão, concluiu-se que os testamentos elaborados com a intervenção do tabelião de notas prescindem de solenidades específicas exacerbadas, na medida em que o próprio instrumento público é dotado de ampla solenidade.

Ademais, o regime jurídico do notariado latino impõe deveres funcionais que cercam as necessidades especiais de segurança no testamento. Nessa senda, a simplificação das formalidades desses testamentos, além de necessária por ser uma mera adequação da legislação civil aos propósitos do art. 236, da Constituição da República de 1988, e da Lei n. 8.935/1994, também se demonstra imperativa, porquanto apta a evitar, na maior medida

possível, a ocorrência do paradoxo das formalidades e a necessidade de intervenção judicial discricionária para a convalidação de testamentos públicos.

Entretanto, ponderando-se com a necessária segurança que o ato demanda, apenas se simplificou as formalidades possíveis, de modo que aquelas ínsitas ao próprio instrumento notarial revelaram-se inafastáveis. De igual forma, diante do sistema fechado de regras relativas à invalidade do testamento, a simplificação passa pela necessária alteração legislativa, o que foi minuciosamente sugerido.

De outro lado, verificou-se não ser aplicável a mesma proposição aos testamentos particulares, diante da fragilidade que, em regra, possuem. Por não terem a intervenção obrigatória de um profissional do direito ou autoridade pública, dotado de fé pública ou outro atributo que lhe garanta higidez da manifestação, necessitam de um procedimento de elaboração rígido quanto às formalidades.

Na mesma linha de conclusão pela necessidade de adequação das formalidades testamentárias ao notariado latino como solução prática à crise do testamento, buscou-se um procedimento célere, simples e seguro para o cumprimento dessa vontade no âmbito dos tabelionatos de notas.

Ao ponderar a inconveniência da imposição de intervenção judicial na apresentação do testamento, como procedimento autônomo e preliminar ao inventário e partilha dos bens sucessíveis, buscou-se pesquisar as razões e funcionalidades desse procedimento.

Concluiu-se que o procedimento especial judicial de jurisdição voluntária consiste essencialmente na atestação do cumprimento das formalidades testamentárias, por uma autoridade estatal, a partir de uma análise perfunctória com cognição superficial, não exauriente. Ademais, sua imposição legal decorre da vedação expressa constante no *caput* do art. 610 do Código de Processo Civil.

Pesquisou-se sobre as razões dessa obrigatoriedade e verificou-se que não se sustentam, diante das consequências negativas, sobretudo pela imposição de dois procedimentos autônomos ao cumprimento da vontade do testador, quais sejam um primeiro de verificação das formalidades das disposições e outro para a efetiva concretização dessa última vontade.

Buscando simplificar, tornar célere, desburocratizar e explorar a eficiência do planejamento sucessório pelo testamento, conclui-se pela adequação do regime do notariado latino também no cumprimento da vontade do testador. Nesse *ínterim*, arremata-se que, diante da natureza, do objeto e do objetivo do procedimento judicial vigente, não há óbices

justificadores a impedir a análise preliminar do testamento no bojo da escritura pública de inventário e partilha, pelo notário.

A partir dos princípios, deveres e características do notariado brasileiro, que é do tipo latino, fundamentou-se a possibilidade das mesmas atividades realizadas judicialmente no procedimento em tela ocorrerem no âmbito extrajudicial. Considerando a natureza de jurisdição voluntária, despida do exercício de poder jurisdicional propriamente dito; a atribuição de observância das formalidades legais nos atos que formaliza, aliadas ao atributo da fé pública e presunção de autenticidade dos atos que pratica; as disposições dos art. 6º e 7º da Lei n. 8.935/94, bem como do art. 215 do Código Civil; verificou-se a aptidão dos notários para a análise de cumprimento das formalidades do testamento que lhes for apresentado.

Para tanto, apresentou-se os limites e requisitos inarredáveis, também construídos a partir do regime jurídico do notariado latino. Ao final, sugeriu-se o procedimento extrajudicial de análise do testamento, englobando todas as espécies do gênero ordinário.

Constatou-se que as funcionalidades que os tabeliães de notas possuem à disposição pelas centrais notariais e pelo regime de deveres e atribuições a eles delegado os tornam capacitados para atribuírem segurança ao inventário e partilha com testamento, e cumprimento da vontade do testador, mormente diante da anuência das partes maiores e capazes e da ausência de prejuízo.

Forte nessas considerações, conclui-se que a adequação das formalidades de elaboração e de cumprimento do testamento ao regime jurídico do notariado brasileiro, que é do tipo latino, possui a aptidão de tornar o instrumento de planejamento sucessório mais simples, eficiente, célere e seguro. Por óbvio, não serão erradicadas as demandas judiciais acerca da invalidade dos testamentos, por razões formais, contudo, em muito serão reduzidas, até porque a desconstituição do instrumento público depende de ampla produção probatória, que comprove ocorrência de vícios na vontade ou fraudes, aptas à vencerem a presunção relativa de autenticidade.

Além disso, promove-se a segurança do instrumento como um todo, atraindo a atenção de quem pretenda dispor sobre a transmissão de seus bens para depois da morte, certo de que sua vontade será genuinamente manifestada e, assim, cumprida.

REFERÊNCIAS

- ALOY, Antoni Valquer. La relajación de las solemnidades del testamento. **Revista de Derecho Civil**, Zaragoza, v. 3, n. 4, p. 9-34, oct./dic. 2016. Estudios.
- ALVIM, Eduardo Arruda. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (comp.) **Arbitragem**: estudos sobre a Lei n. 13.129/15. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 133-144.
- ALVARES, Pedro Ávila. **Derecho notarial**. 7. ed. Barcelona: Bosch, 1990.
- ALVES, José Carlos Moreira. Parâmetros do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 88, p. 232-234, 1993.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**: sucessões. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. **A teoria geral do negócio jurídico e o negócio testamentário**. Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977. Direito de família e das sucessões. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. v. I.
- ASSOCIAÇÃO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Valor Econômico**: cartórios registram números recorde de divórcios e inventários. São Paulo: ANOREG, 2022. Disponível em: <https://www.anoregsp.org.br/noticias/72684/p-classmediumshading1-accent11-stylemargin-bottom1.5pttext-alignjustifybspan-stylefont-familytimes-new-romanserifvalor-economico-cartorios-registram-numeros-recordes-de-divorcios-e-inventariosopospanbprn>. Acesso em: 27 fev. 2023.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). **Comentários ao Código Civil**: parte especial, direito das sucessões, da sucessão testamentária, do inventário e da partilha. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 94, p. 3-12, jan. 1999. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67429>. Acesso em: 14 jun. 2022.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BANNURA, Jamil Andraus Hanna. O uso do testamento como ferramenta de Planejamento Sucessório. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA DO IBDFAM, MG, 6., 2007, Belo Horizonte. **Anais [...]** Belo Horizonte: IBDFAM, 2007. p. 1-11. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/185.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2022.
- BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BECKERT, Jens. The Longue Durée of Inheritance Law. Discourses and Institutional Development in France, Germany, and the United States since 1800. **European Journal of Sociology**, Cambridge, v. 48, p. 79-120, 2007. Disponível em: http://pubman.mpdl.mpg.de/pubman/item/escidoc:1233313:3/component/escidoc:1609275/EJS_4_8_2007_Beckert.pdf. Acesso em: 30 jun. 2022.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. Revisão técnica de Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007.

BONATES, Juliana da Fonseca. Questões sobre a partilha extrajudicial em face da Lei n. 11.441/07. In: COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (coord.). **Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. p. 363-367.

BORDA, Gustavo A. **Tratado de Derecho Civil**: sucesiones. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1994. t. II.

BOUTROUX, Émile. **La philosophie de Kant**: cours de M. Émile Boutroux, professé à la Sorbonne en 1896-1897. Paris: J. Vrin, 1926.

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANDELLI, Leonardo. O testamento público no novo código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**: RTDC, Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p. [01-18]. out./dez. 2005.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 14 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.952/1981**. Acrescenta parágrafos ao art. 134 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1981. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l6952.htm#:~:text=LEI%20No%206.952%2C%20DE,Art. Acesso em: 14 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10406&ano=2002&ato=ac5gXVE5ENNpWT07a>. Acesso em: 14 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007**. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm. Acesso em: 14 jan. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de mar. 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.386, de 1981**. Acrescenta parágrafos ao art. 134 do Código Civil, instituído pela Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1981. p. 7. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1173647&filename=Dossie-PL%204386/1981. Acesso em: 14 jan. 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.725, de 2004**. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2004. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1D2C604FA4D3E2FE9E7ED5B1F4F4DB1C.node1?codteor=272445&filename=Avulso+-PL+4725/2004. Acesso em: 2 jan. 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.416, de 2005**. Altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, admitindo a realização de inventário e partilha extrajudiciais. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2005. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=310389>. Acesso em: 2 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.602/MG**. Ação direta de inconstitucionalidade. Provimento n. 055/2001 do Corregedor Geral de Justiça de Minas Gerais. Notários e registradores. Regime jurídico dos servidores públicos. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 24 de novembro de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266859> Acesso em: 19 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de divergência em agravo em Recurso Especial n. 365.011/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio Belizze, julgado em 5 de agosto de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no Recurso Especial nº 753.261 - SP (2005/0085361-0)**. Embargos de declaração. Recurso especial. Direito civil. Ação de anulação de testamento público. [...] Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 23 de novembro de 2010. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500853610&dt_publicacao=09/05/2011 Acesso em: 16 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 302.767/PR**. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 5 jun. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.583.314/MG**. Civil. Processual civil. Procedimento de jurisdição voluntária de confirmação de testamento. Flexibilização das formalidades exigidas em testamento particular. Relatora: Min. Nancy Andrichi, julgado em 21 de agosto de 2018. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia=1742164&num_registro=201600402892&data=20180823&formato=PDF. Acesso em: 14 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.633.254/MG**. Relatora: Min. Nancy Andrichi, julgado em 11 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.677.931/MG**. Relatora: Min. Nancy Andrichi, julgado em 15 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.808.767/RJ. Recurso especial**. Civil e processo civil. Sucessões. Existência de testamento. inventário extrajudicial. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 15 de outubro de 2019. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201901146094&dt_publicacao=03/12/2019. Acesso em: 2 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.951.456/RS**. Relatora: Min. Nancy Andrichi, julgado em 23 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 878.694/MG**. Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. Recorrido: Rubens Coimbra Pereira e outro (a/s). Relator Min. Luís Roberto Barroso, 25 de outubro de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>. Acesso em: 14 jun. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 1988. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 14 jan. 2023.

CAHALI, Francisco José. Introdução ao direito das sucessões. In: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil: direito das sucessões**. [Coordenação de Everaldo Augusto Cambler]. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Curso avançado de direito civil, v. 6).

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de direito processual civil**: v. III. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Função social do notariado**: eficiência, confiança e imparcialidade. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. **Inventários e partilhas**: judicial e extrajudicial. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CARVALHO, Afrânio de. **Instituições de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Sucessões**: inventário e partilha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Do planejamento sucessório e testamento: interpretação testamentária e cláusulas condicionais. Breves notas. *In*: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord). **Arquitetura do planejamento sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. t. III, p. [527-552]

CATEB, Salomão de Araújo. **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CATEB, Salomão de Araújo. Dos regimes de bens e o direito sucessório. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, Nova Lima, n. 27, p. 257, 2013. Disponível em: <https://docplayer.com.br/23075720-Dos-regimes-de-bens-e-o-direito-sucessorio-sumario.html>. Acesso em: 14 jun. 2022.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos notários e dos registradores comentada (Lei n. 8.935/94)**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CIMBALI, Enrico. **La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali**: con proposte di riforma della legislazione civile vigente. Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1907.

CNB-CF divulga enunciados jurídicos aprovados no XIX Congresso Notarial Brasileiro. [S. l.], 4 ago. 2014. Disponível em: <https://recivil.com.br/cnb-cf-divulga-enunciados-juridicos-aprovados-no-xix-congresso-notarial-brasileiro/>. Acesso em: 2 jan. 2023.

COLÉGIO NOTORIAL DO BRASIL. Seção São Paulo. **Metrópoles**: formalização de testamentos aumenta 134% durante a pandemia de coronavírus. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://cnbsp.org.br/2020/09/21/metropoles-formalizacao-de-testamentos-aumenta-134-durante-a-pandemia-de-coronavirus/>. Acesso em: 14 jun. 2022.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). Enunciado nº 611, VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Brasília, DF: CJF, 2015. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/824>. Acesso em: 2 jan. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007**. Disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro. Brasília, DF: CNJ, 2007. Disponível em:

https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_35_24042007_26032019143704.pdf . Acesso em: 14 jan. 2023.

CORDEIRO, António Meneses. **Tratado de Direito Civil**. V. 4: Pessoas. 5. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2019.

CORTIANO JÚNIOR, Erouths. As quatro fundações do Direito Civil: ensaio preliminar. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 45, p. 99-102, 2006. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8750>. Acesso em: 14 jan. 2023.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DANTAS, San Tiago. **Direito de família e das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: RT, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Direito das sucessões. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6.

DIP, Ricardo. **Prudência notarial**. Madrid: Dykinson, 2018.

DIP, Ricardo Henry Marques. **Querem matar as notas**. Registros públicos e segurança jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1988.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FERREIRA, Luís Pinto. **Tratado das heranças e dos testamentos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

FIGUEIREDO, Ivanildo. Inventário extrajudicial na sucessão testamentária: possibilidade, legalidade, alcance e eficácia. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, Porto Alegre, n. 8, p. 89-116, set./out. 2015.

FORNIELES, Salvador. **Tratatado de las sucession**. 3. ed. Buenos Aires: Edia, 1950. t. 2.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: direito das sucessões. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. v. 7.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil**: sucessões. São Paulo: Atlas, 2003.

GAUBATZ, John T. Notes toward modern wills act. **University of Miami Law Review**, Miami, v. 31, p. 497-563, 1977.

GODINHO, Robson Renault. **Comentários ao Código de Processo Civil – volume XIV (arts. 719-770)**: dos procedimentos de jurisdição voluntária. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 17. ed. [revista e atualizada por] Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: volume 7. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**: em comentário ao Código civil português. São Paulo: M. Limonad, 1955-1968.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. 2. ed. São Paulo: M. Limonad, 1955. v. IX, t. II.

HANDS, Maurício apud MAZZEI, Rodrigo; SANT'ANA, João Maurício Brambati. Inventário extrajudicial e a existência de testamento: um estudo exploratório das disciplinas internas das corregedorias dos Tribunais de Justiça Brasileiros. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 18, n. 105, p. 5-28, nov./dez. 2021.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das sucessões: introdução. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito das sucessões e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A forma como foi disciplinada a sucessão testamentária em nosso país é um obstáculo para a maior utilização do ato de última vontade no Brasil? **Revista Jurídica Luso-Brasileira**: RJLB, Lisboa, ano 3, n. 1, p. [413-422], 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder**: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CAHALI, Francisco José. **Curso avançado de direito civil**: direito das sucessões. Coordenado por Everaldo Augusto Cambler. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 6.

KASER, Max. **Direito privado romano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

LANGBEIN, John H. Substantial compliance with the Wills Act. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 88, n. 3, p. 489, 1975. Disponível em:

https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1510&context=fss_Papers. Acesso em: 27 nov. 2022.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo Código Civil**: do Direito das Sucessões. 4. ed. Coordenado por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LESLIE, Melanie B. The Myth of Testamentary Freedom. **Arizona Law Review**, [s. l.], v. 38, p. 235-290, 1996.

LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: sucessões. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**: sucessões. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016

LÔBO, Paulo. Saisine e liberdade de testar: a experiência brasileira. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n. 48, p. 147-161, 2017.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2011.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

MADALENO, Rolf. **Testamento, testemunhas e testamentário**: uma brecha para a fraude. Belo Horizonte, 13 nov. 2007. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/350/Testamento,+testemunhas+e+testamentario:+uma+brecha+para+a+fraude> Acesso em: 27 jul. 2022.

MADALENO, Rolf. Testamentos inválidos e ineficazes: revogação, rompimento, caducidade, anulabilidade e nulidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito das Sucessões e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MAIA, Roberta Mauro Medina. Os direitos reais no Código Civil de 2002. In: BORGES, Marcus Vinícius Motter Borges (coord). **Curso de direito imobiliário brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 93-150.

MANN, Bruce. Formalities and formalism in the Uniform Probate Code. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, v. 142, p. 1033-1062, 1994.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MARQUES, Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**. São Paulo: Saraiva, 1952.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

MAZZEI, Rodrigo; SANT'ANA, João Maurício Brambati. Inventário extrajudicial e a existência de testamento: um estudo exploratório das disciplinas internas das corregedorias dos Tribunais de Justiça Brasileiros. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 18, n. 105, p. 5-28, nov./dez. 2021.

MILLER, John. Gareth. Substantial compliance and the execution of wills. **International and Comparative Law Quarterly**, London, n. 36, p. 575-584, 1987.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação cível 1.0220.14.000802-4/001**. Apelação cível. Confirmação de testamento particular. Procedimento de jurisdição voluntária. Declaração. Preterição de formalidade legal. Nulidade. Ausência de justificativa. Relatora: Des.(a) Heloisa Combat, julgado em 28 de abril de 2015. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=2&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=rigores%20legais%20quanto%20presen%E7a%20testemunhas%20validade%20testamento%20particular&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acesso em: 14 jan. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Provimento Conjunto n. 93/2020**. Institui o Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, que regulamenta os procedimentos e complementa os atos legislativos e normativos referentes aos serviços notariais e de registro do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: TJMG, 2020. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/vc00932020.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2022.

MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de Direito Privado**: parte especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1968. Tomo LVI – Direito das sucessões: sucessão testamentária. Testamento em geral. Disposições testamentárias em geral. Herança e legados.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado dos testamentos**: v. I. Leme: BH Editora e Distribuidora, 2005.

MONK, Daniel. Sexuality and succession law: beyond formal equality. **Feminist Legal Studies**, [s. l.], v. 19, n. 3, p. 231-250, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil**: direito das sucessões. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6, p. 1.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 1-22, 1991.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Perspectivas a partir do Direito Civil-Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional do Rio de Janeiro**. São Paulo: Atlas, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVARES, Ana Luiza Maia. **A função promocional do testamento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NONATO, Orozimbo. **Estudos sobre sucessão testamentária**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957. v. 1.

NÚMERO de testamentos lavrados cresce 42% nos últimos cinco anos. [S. l.], 20 out. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/267466/numero-de-testamentos-lavrados-cresce-42--nos-ultimos-cinco-anos>. Acesso em: 14 jun. 2022.

OLIVEIRA, Antonio José Tibúrcio de. **Direito das Sucessões: estudo comparativo entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil vigente: Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 2.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. **Inventários e partilhas: direito das sucessões: teoria e prática**. 18. ed. rev. e atual. em face do novo Código Civil. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2005.

OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. **Inventário e partilha: teoria e prática**. 27 ed. rev. e atual. em face do novo Código Civil. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

PANZA, Fabrizio. **L'autonomia testamentaria tra libertà e controllo**. Bari: Adriatica Editrice, 2005.

PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas: na sucessão legítima e testamentária**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PANZA, Fabrizio. **L'autonomia testamentaria tra libertà e controllo**. Bari: Adriatica Editrice, 2005.

PAULIN, Milson Fernandes. Da fé pública notarial e registraria. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, ano 35, v. 72, p. 189-200, jan./jun. 2012.

PENA JÚNIOR, Moacir César. **Curso completo de direito das sucessões: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Método, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direitos reais**. Vol. IV. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito Civil na Legalidade Constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução e prefácios do prof. L. Cabral de Moncada. 6. ed. rev. e acrescida dos últimos pensamentos do autor. Coimbra: A. Amado, 1979.

RAMOS, Camem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

REALE, Miguel. **História do novo Código Civil**. São Paulo: RT, 2005.

REALE, Miguel. **O projeto do novo Código Civil: situação após aprovação do Senado Federal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (org.). **Coleção Doutrinas Essenciais: Direito Civil, parte geral**, v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REID, Kenneth G. C.; DE WALL, Marius J.; ZIMMERMANN, Reinhard. (ed.). **Comparative Succession Law**, vol. 1: Testamentary Formalities. Oxford: Oxford University Press, 2011.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **O direito das sucessões e a Constituição Federal de 1988: reflexão crítica sobre os elementos do fenômeno sucessório à luz da metodologia civil-constitucional**. 2019. 207 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Superando o rigor quanto às solenidades testamentárias: da substantial compliance ao dispensing power. **Revista Brasileira de Direito Civil: RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 26, p. 85-105, out./dez. 2020.

RICHTER, Luiz Egon. Da qualificação notarial e registral e seus dilemas. In: DIP, Ricardo Henry Marques (coord.). **Introdução ao direito notarial e registral**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004.

RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Tratado de derecho civil segun el tratado de Planiol**. Buenos Aires: La Ley, 1965. Tomo X – Sucesiones (1ª parte) – Sucesión legal – Sucesión Testamentaria.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODOTÀ, Stefano. **Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata e i beni comuni**. 3. ed. Bologna: Il Mulino, 2013.

RODOTÀ, Stefano. L'antropologia Dell'homo dignus. **Civilistica.com**: revista eletrônica de direito civil, Rio de Janeiro, ano 2, n. 1, p. 1-13, jan./mar. 2013. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/81>. Acesso em: 2 jan. 2023.

RODRIGUES, Marcelo Guimarães. **Tratado de registros públicos e direito notarial**. São Paulo: Atlas, 2014.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito das sucessões. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Liberdade(s) e função**: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do Direito Civil brasileiro. 2009. f. 181. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, Curitiba, 2009.

SÃO PAULO. 2ª Vara de Registros Públicos da Capital da Comarca de São Paulo. **Pedido de Providências n. 0006385-67-2014.26.0100**. Relator: Juiz Marcelo Benacchio, julgado em 8 de abril. de 2014.

SÃO PAULO. Corregedoria Geral da Justiça. **Provimento nº 58/89**. Normas de serviço. Cartórios extrajudiciais: tomo II. São Paulo: TJSP, 1989. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=138285>. Acesso em: 2 jan. 2023.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. **Revista Brasileira de Direito Civil**: RBDCivil, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 9-27, out./dez. 2016. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/42/36>. Acesso em: 14 jun. 2022.

SCHREIBER, Anderson; RIBAS, Felipe. A fuga do testamento. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord). **Arquitetura do planejamento sucessório**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. t. III.

SILVA, Rafael Cândido da. **Pactos sucessórios e contratos de herança**. Salvador: JusPodivm, 2019.

SIMÃO, José Fernando. **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. **Noções fundamentais de direito registral e notarial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

SOUZA, Orlando de. **Prática dos testamentos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito das sucessões. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TARTUCE, Flávio. **Inventário extrajudicial com testamento**. [S. l.], 2019. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/785450710/inventario-extrajudicial-com-testamento>. Acesso em: 2 jan. 2023.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. **Planejamento sucessório**: pressupostos e limites. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TEIXEIRA, Daniela Chaves; RAMOS, André Luiz Arnt. **Planejamento sucessório e gênero**: algumas reflexões. Arquitetura do planejamento sucessório. Coordenado por Daniela Chaves Teixeira. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das sucessões**: noções fundamentais. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Manual dos contratos em geral**. 3. ed. Lisboa: Manuais da Faculdade de Direito de Lisboa, 1965.

TEPEDINO, Gustavo. O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. **RTDC**, [s. l.], v. 7, 2001. Disponível em: www.ibdcivil.org.br/volume/RTDC.Editorial.v.007.pdf. Acesso em: 14 jun. 2022.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza M.; MEIRELES, Rose Melo V. **Fundamentos do Direito Civil**: Direito das Sucessões. [S. l.]: Grupo GEN, 2022. v. 6.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo V. **Fundamentos do Direito Civil**: Direito das Sucessões. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 7.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. II. 50a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TORRES, Marcos Alcino. **Transformações do direito de propriedade privada**. Organizado por Maurício Mota. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

VELOSO, Zeno. **Invalidade do negócio jurídico**: nulidade e anulabilidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VELOSO, Zeno. Lei nº 11.441, de 04.01.2007: aspectos práticos da separação, divórcio, inventário e partilha consensuais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e responsabilidade**. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010.

VELOSO, Zeno. Testamentos: noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito das sucessões e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. O testamento e o projeto de Código Civil. *In*: CAHALI, Yussef Said; CAHALI, Francisco José (org.). **Família e sucessões**: direito das sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais, v. 6).

WALD, Arnoldo. **Direito das Sucessões**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

WALD, Arnoldo; CAVALCANTI, Ana Elizabeth; PAESANI, Liliana Minardi. **Direito Civil**: Direito das Sucessões, vol. 6. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: procedimentos especiais e juizados especiais. V. 4. 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo, São Paulo: RT, 2015.