

A FLEXIBILIZAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS NA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: UMA NOVA DIRETRIZ

Rafaela Rojas Barros¹

1. Considerações iniciais; 2. Aspectos históricos; 3. Conceito e características do testamento; 4. Formas e formalidades; 4.1. Testamento Público; 4.2. Testamento Cerrado (Secreto ou místico); 4.3. Testamento Particular; 5. Análise jurisprudencial brasileira acerca da flexibilização do formalismo; 6. Considerações finais; 7. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Na cultura brasileira, pelo fato de não ser comum falar em morte e, tampouco, prever situações para depois dela, vê-se que o tema é um tabu. No aspecto jurídico, parece predominar o desejo da maioria da população em ir ao encontro da lei, no tocante à sucessão legítima, ou mesmo pelo fato de a maioria das pessoas não possuir patrimônio considerável a ponto de considerar esse tema importante. Além disso, grande parte das pessoas desconhece os benefícios e as utilidades do testamento, o que faz com que esse recurso não tenha grande força no país. No entanto, essa realidade vem se modificando, como demonstram os números (crescimento de 42%, em

¹ Membro da Comissão de Estudos Constitucionais de Família do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM / Seção RS. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e Advogada na mesma área - Clóvis Barros Advogados. Endereço profissional: Rua Padre Chagas 66/508. Bairro Moinhos de Vento. CEP – 90570-080. Porto Alegre. Fone - 51. 3346.5026 e 9861.8891. E-mail: rafaela@clovisbarros.adv.br.

cinco anos, no número de lavraturas) apontados pelo Colégio Notarial do Brasil² em outubro de 2017.

No que tange ao formalismo testamentário – presente em inúmeros negócios jurídicos – observa-se que esse serve para assegurar o cumprimento da vontade do testador e proteger essa vontade de qualquer desvirtuação, garantindo a eficácia do testamento. Entretanto, o instituto da sucessão testamentária em si também tem sofrido modificações significativas. O ordenamento jurídico brasileiro, nesse ponto, tem evoluído e vem sopesando, substituindo, desconsiderando e mesmo adaptando as formalidades aos casos concretos.

Tais transformações quanto a esse último ponto – o formalismo do instituto – agora se revelam com maior impacto, ainda que sempre tenham existido. A interpretação testamentária sempre carregou como seu norte a garantia dos efeitos do seu conteúdo, evitando a configuração da sua nulidade baseada tão só em aspectos solenes ou inobservâncias de aspectos insignificantes quanto à vontade do testador.

A par dessas considerações, este trabalho objetiva analisar como tal fenômeno jurídico – mais precisamente, a sucessão testamentária – disciplinado pelo Direito das Sucessões, opera na prática, especificando-se quanto às questões ligadas ao formalismo do testamento. Para tanto, no presente estudo utilizar-se-á o método dedutivo, por meio de consultas de doutrina e referências jurisprudenciais. Partir-se-á a uma breve exposição histórica do instituto do testamento e, logo após, ao seu conceito e às suas características, bem como às suas formas e formalidades. Posteriormente, adentrar-se-á nas exigências legais de forma de cada espécie (em especial, as ordinárias – a pública, a cerrada e a particular) e a ligação das formalidades com a validade ou não do ato no âmbito da preferência jurisprudencial brasileira.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS

O testamento era desconhecido no direito primitivo, haja vista que a propriedade era ligada de maneira direta à família. Hodiernamente, apesar das mudanças cada vez mais

² Cresce 42% o número de testamentos lavrados no Brasil nos últimos cinco anos. Fonte: Paranashop. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTAxNjc=>>. Acesso em 08 de novembro de 2017.

fortes, sua utilização tem pouca expressão na cultura brasileira. Mundo afora, nem sempre a lei e os costumes admitiram o testamento, existindo legislações, inclusive, que puniam aqueles que pretendiam favorecer herdeiros que não estavam positivados. Pode-se ver com maior clareza esse cenário a partir do exemplo da legislação chinesa, a qual previa que aquele que elaborasse um testamento contrariamente ao disposto da lei seria *punido com oitenta golpes de bambu*³.

As primeiras formas de testamento, rudimentares, no direito pré-clássico, apareceram em Roma antes da Lei das XII Tábuas, que se resumiram ao testamento *calatis comittis*, utilizado em tempos de paz e realizado diante dos comícios (reunião ocorrida duas vezes ao ano, em que, sendo o povo testemunha, o pai de família podia manifestar sua última vontade)⁴ e ao testamento *in procinctu*, o qual era utilizado na guerra e feito diante do povo reunido em ordem de batalha. Portanto, para grande parte da doutrina, a criação propriamente dita do testamento coube aos romanos quando a *hereditas* (herança civil) era deferida por meio desse dispositivo⁵.

A permissão para que qualquer pessoa pudesse dispor livremente, por ocasião da morte, de seus bens surgiu com a Lei das XII Tábuas, o que ocasionou o desuso das primitivas formas de testamento. Tal disposição denominava-se *per aes et libram* (por dinheiro e peso) e era uma venda fictícia da sucessão feita pelo testador ao futuro herdeiro, perante o oficial público e com a participação de cinco testemunhas⁶.

Pontes de Miranda, ensinando sobre a origem do testamento, assevera que *já na Lei das XII Tábuas e em Atenas já havia raízes sobre o testamento*, como na Grécia, na Pérsia, na Irlanda, nas populações pré-colombianas na América do Norte e na Arábia pré-islâmica, sendo estes os primeiros povos a utilizarem instrumentos assemelhados com o testamento.

No direito clássico, foi instituído o testamento pretoriano, correspondente ao escrito apresentado a sete testemunhas, sendo apostos os selos dessas pessoas, e a sua validade sendo submetida à apreciação do pretor. Os testamentos privados e públicos, por sua vez, surgem no direito pós-clássico, quando os primeiros – privados – não sofriam a interferência de qualquer autoridade pública; já os públicos, sim.

³ OROZIMBO, Nonato. Do testamento, cit., p. 6-7.

⁴ Caiu em desuso posteriormente.

⁵ REHDER, Eduardo. Evolução histórica do testamento. Disponível em: <<https://eduardorehdergalvao.jusbrasil.com.br/artigos/151841231/evolucao-historica-do-testamento>>. Acesso em: 10 de novembro de 2017.

⁶ ITABAIANA, de Oliveira. Tratado de Direito das Sucessões, v.II, p. 9-11.

As modalidades de testamento privado eram o testamento nuncupativo, o qual era realizado por meio da declaração oral do testador na presença de sete testemunhas; o hológrafo, escrito pelo próprio testador; e o *tripertitum*⁷, apresentado na forma escrita a sete testemunhas, as quais colocavam os seus selos no instrumento⁸. Por sua vez, o testamento público admitia duas modalidades, quais sejam: o *testamentum apud acta conditum*, que se tratava de uma declaração verbal feita pelo testador ao juiz ou à autoridade municipal, que a reduzia a termo; e o *testamentum oblatum principi*, que se caracterizava pela apresentação de testamento escrito do testador ao príncipe, o qual o conservaria em arquivo.

Além dos testamentos normais, sabe-se que os romanos firmavam outras formas – anormais – empregadas excepcionalmente e sem a observância rigorosa das formalidades que eram exigidas para os testamentos normais. Podem-se elencar os instrumentos anormais da seguinte maneira: o *testamentum ruri conditum*, realizado no meio rural e para o qual era exigida a atuação de cinco testemunhas, no lugar de sete; o testamento *pestis tempore*, elaborado em situações de calamidade, como o surgimento de pestes; e, por último, o *testamentum militum*, feito por soldados⁹.

Assim, somente no Baixo Império ou no período pós-clássico é que surgiram, de maneira embrionária, as formas de testamentos que conhecemos hodiernamente¹⁰. O Código Civil brasileiro de 1916 instituiu o testamento *público*, o *cerrado*, o *particular*, o *marítimo* e o *militar*, tendo admitido o *nuncupativo* apenas como forma de testamento militar e, portanto, abolindo as demais formas. O antigo Código imprimiu à sucessão testamentária uma orientação em que as duas modalidades de sucessão convivem, sendo lícito dispor de parte dos bens ou de sua totalidade. Desse modo, é livre a instituição de herdeiro ou mesmo a distribuição de bens em legados; é reconhecida a liberdade de testar, quando ausentes herdeiros necessários; é facultado gravar os bens de cláusulas restritivas, mesmo quanto às legítimas; e, ainda, é franqueada a substituição do favorecido¹¹.

⁷ Assim denominado porque decorre da fusão do direito civil antigo, do direito pretoriano e das constituições imperiais.

⁸ REHDER, Eduardo. Evolução histórica do Testamento. Disponível em: <<https://eduardorehdergalvao.jusbrasil.com.br/artigos/151841231/evolucao-historica-do-testamento>>. Acesso em: 13 de novembro de 2017.

⁹ SERAFINI, Felipe. Da sucessão testamentária no Direito Romano (V): formas extraordinárias das vontades. Disponível em: < <http://www.derechoromano.es/2016/03/formas-extraordinarias-testamentos.html>>. Fonte: Instituições de Direito Romano - Livro terceiro, De obrigações. p. 411 a 415. Acesso em 10 de novembro de 2017.

¹⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil, v. VII, p. 187.

¹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. v. IX. Ed. São Paulo: Atlas. 2009.

No Código Civil brasileiro de 2002, os mesmos princípios foram mantidos. No entanto, além desses, incluiu-se o cônjuge sobrevivente entre os herdeiros necessários, conforme se pode observar do disposto no artigo 1.845¹² do mencionado diploma legal, além da possibilidade de testamento aeronáutico, como forma especial. O novo Código cria uma diferenciada modalidade de testamento particular excepcional, com a mínima formalidade, como se pode constatar no disposto no artigo 1879¹³ do citado diploma legal.

3. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO TESTAMENTO

O atual Código Civil brasileiro não define o instituto. Porém, sua noção é considerada consolidada, visto que a lei menciona os elementos que o constituem, ocasionando em certeza e em segurança jurídica. Trata-se o testamento de negócio jurídico, cuja manifestação de vontade, proveniente do princípio da autonomia, produz efeitos no mundo jurídico. É um ato unilateral, haja vista que a manifestação de vontade do testador não necessita da aceitação do herdeiro para se perfazer, sendo esta última também independente. Seus efeitos iniciam após a morte do testador, podendo as disposições não patrimoniais produzirem efeitos de imediato.

Diz-se que o testamento é ato unipessoal, solene (de acordo com as formalidades determinadas em lei) e revogável ou alterável (enquanto o testador for vivo e capaz), pelo qual uma pessoa física dispõe do seu patrimônio (de caráter econômico ou não), dentro dos limites da lei – em regra – no todo ou em parte, com o intuito de designar herdeiros testamentários e/ou legatários. Para Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, em sua obra "Tratado dos Testamentos", *testamento (diz-se) é o ato pelo qual a vontade de um morto cria, transmite ou extingue direitos*¹⁴. Define-o, ainda, como sendo um *ato unilateral, de última vontade, pelo qual alguém, nos limites da lei, e para depois da sua morte, dispõe dos seus bens, no todo ou em parte*¹⁵, podendo fazer outras disposições sob certas situações de interesses de ordem estritamente pessoal ou moral. Trata-se de ato personalíssimo e revogável, que pode ser mudado a qualquer tempo.

¹² Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

¹³ Art. 1.879. Em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confirmado, a critério do juiz. (*grifo nosso*)

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo LIX, Direito das Sucessões. Sucessão testamentária. Testamentos. Codicilo. Revogação. Atualizado por Giselda Hironaka Paulo Lôbo. São Paulo: RT, 2012, p.109.

¹⁵ MIRANDA, Pontes de. Tratado dos Testamentos, v.1, p. 47, n.12.

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

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

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

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

As disposições de ordem pessoal podem ser externadas para fins de reconhecimento de filhos havidos fora do casamento (inciso III, do artigo 1.609 do Código Civil¹⁶), para a nomeação de tutor para o filho menor (parágrafo único, do artigo 1.729 do Código Civil¹⁷), para eventual reabilitação de indigno (artigo 1.818 do Código Civil¹⁸), para a instituição de fundação (artigo 62, do Código Civil¹⁹), bem como para a imposição de cláusulas restritivas, se houver justa causa (artigo 1.848 do Código Civil²⁰). Em virtude dessas razões, o referido diploma civil, no parágrafo segundo do artigo 1.857, dispõe que *são válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado*. No parágrafo

¹⁶ Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

[...]

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

[..]

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

¹⁷ Art. 1.729. O direito de nomear tutor compete aos pais, em conjunto.

Parágrafo único. A nomeação deve constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico.

¹⁸ Art. 1.818. Aquele que incorreu em atos que determinem a exclusão da herança será admitido a suceder, se o ofendido o tiver expressamente reabilitado em testamento, ou em outro ato autêntico.

Parágrafo único. Não havendo reabilitação expressa, o indigno, contemplado em testamento do ofendido, quando o testador, ao testar, já conhecia a causa da indignidade, pode suceder no limite da disposição testamentária.

¹⁹ 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.

²⁰ Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima.

§ 1o Não é permitido ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa.

§ 2o Mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros.

primeiro do mesmo artigo, confirma-se a regra do artigo 1.846 do mesmo Código²¹, qual seja, a de que a legítima pertence aos herdeiros necessários de pleno direito.

Insta mencionar que o testamento nasce sempre ineficaz, uma vez que seus efeitos se produzem apenas a partir do óbito do testador, momento no qual os herdeiros e/ou legatários deixam de ter uma simples expectativa de direito, para terem direitos subjetivos sobre sua respectiva *quota* do patrimônio deixado. Atente-se que, para impugnar a validade do testamento, tem-se o prazo decadencial de cinco anos contado da data do seu registro em Juízo, de acordo com o artigo 1.859²².

A doutrinadora Maria Helena Diniz, em sua obra "Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões", leciona que *a disposição de bens por testamento é um corolário do direito de propriedade*. Nessa sucessão, o testador segue a ordem de vocação hereditária da sucessão legítima, ou seja, determina as pessoas da família para figurarem como herdeiros²³.

O caráter personalíssimo implica que não haja interferência de terceiro (por exemplo, um procurador), pois, nem mesmo com poderes especiais torna-se possível interferir no ato do testador e, tampouco, mediante representação e assistência. Todavia, nada impede que um terceiro – seja advogado, tabelião ou mesmo uma terceira pessoa a pedido do testador – redija uma minuta de testamento conforme seu desejo ou acompanhe e auxilie o testador na elaboração do documento. No entanto, tal participação deve ser desinteressada e honesta, sem nenhuma interferência no conteúdo da vontade do testador²⁴.

Constitui o testamento, assim, em negócio jurídico unilateral, pois nasce apenas com a vontade do testador, que faz uma declaração de sua vontade, a qual será cumprida após sua morte. Com efeito, a vontade pessoalmente manifestada é suficiente à formação do testamento. Portanto, não deve o beneficiário intervir para sua validade, podendo ocorrer sua manifestação somente quando aberta a sucessão, sob pena de, se houver assinatura desse, o ato vir a ser considerado nulo (Código Civil, artigos 1.804 e 1.923). Não pode, assim, ser feito em conjunto, mas sim isoladamente. É proibido, portanto, o testamento *de*

²¹ Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

²² Art. 1.859. Extingue-se em cinco anos o direito de impugnar a validade do testamento, contado o prazo da data do seu registro.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 18 jun. 2017.

²³ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões. vol. 6. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 169.

²⁴ RODRIGUES, Elza de Faria. Testamentos – Teoria e prática. Pag. 9.

mão comum, ou seja, aquele testamento que contém mais de um testamento no mesmo instrumento.

Trata-se de ato gratuito, pois importa a transferência de bens sem qualquer contraprestação, salvo se for feito com encargo (obrigação imposta a certa pessoa, sendo considerado o testamento, portanto, oneroso). Além disso, caracteriza-se por ser ato solene, tratando-se de ato que possui forma prescrita em lei, condicionando-se, aí, sua validade (*ad solemnitatem*)²⁵. Excetua-se o testamento nuncupativo (de viva voz), admissível somente como espécie de testamento militar (artigo 1.896, do Código Civil).

É inválida a cláusula que proíbe a revogação do instrumento e é irrenunciável o ato de revogação pelo testador, no todo ou em parte. Constitui princípio de ordem pública, podendo o testador usar esse direito quantas vezes quiser (artigo 1.858 do Código Civil). Há, no entanto, uma exceção ao princípio da revogabilidade do ato de última vontade: por força do art. 1.609, III do Código Civil, o testamento é irrevogável na parte em que, eventualmente, possa o testador ter reconhecido um filho havido fora do matrimônio. Porém, se tal reconhecimento se der por erro, dolo ou coação, pode ser anulado mediante ação judicial. Importa ressaltar que as cláusulas que perdoam o indigno não podem ser revogadas mais tarde também, pois entende-se que é imoral cancelar um perdão²⁶.

Como visto, o testamento só produz efeito após a morte do testador. A doação *causa mortis* é nula. O que é possível é a reserva do usufruto. Além do testamento, há ainda outros atos *causa mortis* como o codicilo, o seguro de vida e a inscrição da pessoa como dependente previdenciário²⁷.

4. FORMAS E FORMALIDADES

O testamento é, por essência, um ato formal à luz da importância que cada ordem jurídica lhe reconhece. De acordo com essa tradição, seguida por nosso legislador, o princípio da forma escrita é o presente no ordenamento civil, de maneira que o Código Civil brasileiro prevê um sistema de várias regras que exigem formas específicas para a validade dos atos. Tais formalidades deverão serem respeitadas pelo testador na formulação do instrumento testamentário.

²⁵ RODRIGUES, Elza de Faria. Testamentos – Teoria e prática. p. 9.

²⁶ NONATO, Orozimbo. Estudos sobre Sucessão Testamentária. Rio de Janeiro. Revista Forense, v.I, 1957, p. 119.

²⁷ RODRIGUES, Elza de Faria. Testamentos – Teoria e prática. p. 11.

O direito pátrio admite três formas de testamentos *ordinários* (o público, o cerrado e o particular), e três de testamentos *especiais* (o marítimo, o aeronáutico e o militar), previstos nos artigos 1.862 e 1.886, do Código Civil. Caracterizam-se, como averiguado, pela exigência do cumprimento de várias formalidades, destinadas a dar seriedade e maior segurança à manifestação de última vontade das pessoas. Junto com o casamento, é também o testamento o ato mais solene do nosso direito. Portanto, o legislador não deixou ao livre-arbítrio do testador a escolha da maneira de manifestar a sua intenção. Estabeleceu, previamente, as formas válidas de testar, devendo a pessoa que deseja fazê-lo limitar-se a escolher um dos tipos legais²⁸.

Cabe observar, portanto, que um escrito particular, pelo qual o declarante dispõe de seus bens para depois de sua morte, sem observância das formalidades e dos tipos legais, não é tido como testamento propriamente dito. Pode, em algumas situações, ser aproveitado como codicilo, salvo no caso de circunstâncias excepcionais previstas no artigo 1.879, do Código Civil.

Acerca do formalismo das modalidades testamentárias, constata-se uma série de problemas críticos e atuais, motivo pelo qual proceder-se-á a um exame das formas e das formalidades dedicadas às Seções I, II, III e IV do Capítulo III do Código Civil, em particular, aos artigos 1.862 a 1.880, os quais correspondem aos três tipos de testamentos ordinários (o público, o particular e o cerrado).

4.1 TESTAMENTO PÚBLICO

Os requisitos essenciais do testamento público vêm indicados no artigo 1.864 do Código Civil brasileiro²⁹. Caracteriza-se por ser uma escritura pública, um ato notarial, que deve ser lavrado ou redigido em livro de notas e, pelo qual não pode a escrita ser feita por escrevente ou mesmo outros empregados do serviço notarial, pois constitui-se em ato

²⁸ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 18 jun. 2017.

²⁹ **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.

privativo e indelegável do tabelião ou do seu substituto legal.

O ato deve ser elaborado pelo titular do cartório, o oficial público. Outro escrevente só pode fazê-lo quando exerce as funções de chefia da serventia. Assim, o oficial-maior só pode fazê-lo quando investido, ainda que, transitoriamente, na função de tabelião. (MAXIMILIANO, 1952, v. 1:428; Monteiro, 1977, v. 6:111)³⁰

Em relação às testemunhas testamentárias, essas devem ser, no mínimo, duas³¹, maiores de dezesseis anos, alfabetizadas, com capacidade para os atos da vida civil, que conheçam o testador e que sejam capazes de compreender a língua portuguesa. É inadmissível a presença de testemunha que seja descendente, ascendente, colateral por consanguinidade até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro do testador. Preceitua o artigo 228 do Código Civil, ainda, que não pode ser testemunha testamentária: o surdo, o cego, o herdeiro ou o legatário instituído no testamento.

As testemunhas devem assistir a todo o ato. Assim se manifestava o Código anterior. O Código de 2002 determina que a leitura seja feita a um só tempo. O sentido é o mesmo. Se uma delas tiver necessidade de se retirar durante a lavratura ou leitura, o ato deve recomeçar. (VENOSA, p. 235)

Todas as partes presentes (o testador, o tabelião e as testemunhas) devem assistir à manifestação da vontade do testador até o final, ouvir a leitura do testamento, analisando sua conformidade com a vontade manifestada, e assinar o testamento, tudo em ato único, sem interrupções nem ausências. Ao final, todos devem assiná-lo (inciso III do artigo 1.864). Caso o testador não saiba assinar ou, por algum motivo, esteja impossibilitado, o oficial deve declarar o fato e designar uma das testemunhas para assinar por aquele. A assinatura a rogo só é deferida ao testador. Não é estendida à testemunha analfabeta³².

Silvio de Salvo Venosa, nas lições da obra "Direito Civil – Sucessões", atenta que a menção da data é fundamental, apesar de não se tratar de requisito legal. Relembra que o princípio da continuidade dos atos notariais dificulta a inclusão de data não verdadeira no ato, mas refere que a fraude é sempre possível.

³⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Sucessões. 17ª Edição. Editora Atlas. p. 235.

³¹ *O acréscimo do número de testemunhas não invalida o ato, mas aumenta a possibilidade de se incluir uma testemunha impedida* (VENOSA, p. 237).

³² RODRIGUES, Elza de Faria. Testamentos: teoria e prática. Belo Horizonte. Editora: DelRey, 2011.

Não importando o meio pelo qual se apresente graficamente o testamento público no livro de notas, o importante é que todas as folhas sejam autenticadas pelo oficial e rubricadas pelo testador. (VENOSA, p. 240)

O testamento público, assim como as demais escrituras públicas, deve ser redigido na língua portuguesa, pois não se pode esquecer que nenhum ato notarial pode ser feito em língua estrangeira. Caso o testador, mesmo brasileiro, não consiga se expressar ou compreender de maneira suficiente a língua portuguesa, deve ele optar por outra forma de testamento que não a forma pública.

Essa modalidade, ainda, em observância ao disposto no artigo 736 do novo Código de Processo Civil, admite que qualquer interessado, exibindo o traslado ou a certidão do testamento público, pode requerer ao juiz que ordene o cumprimento do ato, observando-se, no que couber, o disposto nos parágrafos do artigo 735. Ainda sobre o procedimento de tal modalidade, se houver dúvidas acerca da validade do testamento, *não pode o juízo deixar de determinar seu registro e arquivamento, devendo ficar suspenso, apenas, o seu cumprimento até que haja decisão em processo contencioso sobre o vício desse documento público*³³. A função do juiz diz com a feitura de um exame da validade formal do testamento, não mandando cumpri-lo somente se verificar a presença de nulidade.

4.2 TESTAMENTO CERRADO (SECRETO OU MÍSTICO)

O testamento cerrado, também chamado de secreto ou de místico, outrora chamado de *nuncupação implícita*, cujos requisitos estão previstos do artigo 1.868 do Código Civil³⁴, é o escrito pelo testador, ou por outra pessoa a seu rogo, com caráter sigiloso, ficando sujeito à aprovação pelo tabelião ou seu substituto legal em presença do testador e de duas testemunhas idôneas. Ele só tem eficácia após o auto de aprovação ser lavrado por tabelião,

³³ RT, 753/231.

³⁴ **Art. 1.868.** O testamento escrito pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo, e por aquele assinado, será válido se aprovado pelo tabelião ou seu substituto legal, observadas as seguintes formalidades:

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

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

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

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

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

na presença de duas testemunhas. A inobservância de qualquer norma (obrigatória e de ordem pública) descrita nos artigos 1.868 a 1.875 do Código Civil, acarreta a nulidade do ato praticado.

No testamento cerrado, desde o momento em que o testador entrega ao tabelião a cédula testamentária, na presença de duas testemunhas, a solenidade não poderá ser suspensão ou interrompida, a não ser em casos excepcionais (por exemplo: a ocorrência de breves e momentâneas interrupções por falta de energia elétrica, ou para remediar necessidades físicas do testador, do tabelião, ou de uma das testemunhas). Nessa modalidade, o excesso de formalidades, necessárias para garantir a segurança do ato, desencoraja os interessados pela sua escolha.

Por ser um documento particular, o testamento cerrado poderá ser escrito em língua nacional ou estrangeira, pelo próprio testador, ou por outrem, a seu rogo, conforme o artigo 1.871 do Código Civil. Poderá ser escrito, ainda, por testador surdo-mudo, contanto que este escreva integralmente seu testamento e o assine de próprio punho, efetuando a entrega do testamento ao tabelião, perante as duas testemunhas, e escrevendo, na face externa do papel ou do envoltório, que aquele é o seu testamento, cuja aprovação lhe pede.

A vantagem que tal modalidade testamentária apresenta em relação ao testamento público consiste no fato de manter em segredo a declaração de vontade do testador, pois em regra só este conhece o seu teor. Todavia, existem riscos de se fazer um testamento cerrado. Dentre eles, o maior é a insegurança do local onde será guardado o testamento. Se o instrumento for perdido ou destruído, a vontade do testador será perdida, uma vez que não há como pedir uma certidão ou cópia do mesmo.

O novo Código de Processo Civil, nos artigos 735 a 737, regula a abertura, o registro e o cumprimento de tal modalidade.

4.3 TESTAMENTO PARTICULAR

Denomina-se testamento particular ou hológrafo (1.876 a 1.880, do Código Civil)³⁵

³⁵ Art. 1.876. O testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico.

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

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

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

o ato de disposição de última vontade, escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico, assinado pelo testador e lido a três testemunhas, que também o assinam, com a obrigação de, depois da morte do disponente, confirmar a sua autenticidade. A palavra hológrafo, etimologicamente, deriva da palavra grega *holos*, que significa inteiro, e *graphein*, escrever, ou seja, “inteiramente escrito”.

Para essa modalidade de testamento não é necessária a presença do tabelião, o que o torna simples e econômico para o testador, porém, menos seguro, porque depende de confirmação, em juízo, pelas testemunhas, que poderão faltar após a abertura da sucessão.

Conforme assinala Silvio Rodrigues,

[...] esse testamento, ainda mais facilmente que o cerrado, é suscetível de se extraviar, porque, contrariamente ao que ocorre com aquele, de sua existência não há qualquer registro em ofício público, e ela só será atestada pela memória das testemunhas. Mas se o testamento não for encontrado, obviamente não pode ser cumprido, ainda que todas as testemunhas confirmem o fato de sua elaboração e atestem qual o seu conteúdo³⁶.

Se escrito de próprio punho, deve ser lido e assinado pelo testador, na presença de, pelo menos, três testemunhas, que o devem subscrever (art. 1.876, §1º). Não pode o testamento particular ser escrito a rogo. O próprio testador tem de redigi-lo e fazer a leitura do escrito a três testemunhas, no mínimo. Essa leitura pelo testador às testemunhas – que devem estar simultaneamente presentes – é requisito essencial. Se o testador e as testemunhas apenas assinaram, o testamento é nulo por falta de solenidade indispensável.

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

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.

Art. 1.879. Em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confirmado, a critério do juiz.

Art. 1.880. O testamento particular pode ser escrito em língua estrangeira, contanto que as testemunhas a compreendam.

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, cit. 6, p.281, Saraiva, 2013.

5. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA ACERCA DA FLEXIBILIZAÇÃO DO FORMALISMO

A jurisprudência brasileira não é ampla acerca da matéria do formalismo testamentário. No entanto, como dito, haja vista o crescimento no número de feitura de testamentos no Brasil e das novas decisões que vêm flexibilizando as formalidades testamentárias, entende-se adequado analisar casos jurisprudenciais pertinentes às modalidades ordinárias tratadas neste artigo.

Em 14 de agosto de 1989, ainda sob a égide do Código Civil brasileiro de 1916, no julgamento do Recurso Especial nº 228/MG, considerou-se válido testamento cerrado que não teve consignado na cédula testamentária nem no auto de aprovação, o nome da pessoa que, a rogo do testador, o datilografou. Ou seja, houve falta de identificação, além de alegação de doença mental do testador.

A única objeção de certa relevância que poderia ser oposta à fatura por datilografia do testamento cerrado é a de que para os fins do art. 1.719, I, do Código Civil, torna-se mais difícil identificar o datilógrafo, para saber se ele é herdeiro ou legatário, ou cônjuge, ascendente, descendente ou irmão de herdeiro ou legatário. Tal dificuldade poderá ocorrer também em relação ao testamento manuscrito por terceiro.

Apesar de tal objeção, no caso, entenderam por inexistir qualquer prova de que qualquer dos beneficiários tenha sido o escritor do testamento, ou seu cônjuge, ou parente, referindo-se, ainda, que *quem alegar que o testamento foi escrito, a máquina ou a mão, por uma das pessoas referidas no artigo 1.719 e seu número I, deverá produzir a prova da alegação*. Cabe aqui referir a orientação de Orosimbo Nonato pela não necessidade de declaração do nome do escritor da cédula, embora com a advertência de se tratar, tal prática, de *precaução útil*³⁷.

Em 1995, como se pode extrair do Resp. nº 34.420/SP, o STJ manifestava-se pela nulidade do testamento quando, pelo menos, duas testemunhas chegassem ao local após os dizeres do testador terem sido lançados, conforme os termos do artigo 1.632, II do Código Civil. Àquela época, a exemplo do julgamento mencionado e da grande maioria da doutrina, a ausência de uma das testemunhas nulificava todo o testamento, o qual era tido

³⁷ NONATO, Orosimbo. Estudos sobre sucessão testamentária. Forente, vol. I, 1957, nº 224, p. 283.

como mais solene do que o próprio casamento. Tratado como um ato de grande gravidade, a mera assinatura das testemunhas não era aceita. No caso, houve expressa confirmação das próprias testemunhas de que o testamento já havia sido lavrado em sua ausência, não havendo elas presenciado as declarações do testador. Nota-se que o caso preteriu a fé pública do tabelião ante as declarações das testemunhas.

[...] Duas, portanto, das três testemunhas instrumentárias cuja oitiva se fez durante a instrução, confirmaram expressamente que o testamento já estava lavrado quando chegaram ao cartório, o que vale dizer que tais testemunhas não presenciaram as declarações do testador. [...] A nulidade não exsurgiu da ausência de lembranças das testemunhas quanto as circunstâncias do ato, mas de sua memória quanto à ocorrência de vício.

Vê-se que o rigor formal do testamento era supervalorizado, carecendo o ato de valia, pois considerava-se o único meio de garantia de lisura desse, o qual é sempre cercado de *suspeitas e atacado* por aqueles que seriam os preteridos. O Relator, o Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, acentua que não se trata de se curvar a um formalismo inútil, mas de cumprir a regra clara da lei, a qual é repetida *sem cessar e harmoniosamente pela doutrina*. Àquela época, a doutrina e a jurisprudência acentuavam a imprescindibilidade de observação do rigor legal, pois desconhecida era solução mais aprimorada.

No ano de 2000, no julgamento do Resp. 151.398/SP, o pai do ex-marido da autora havia firmado três testamentos, um cerrado e dois públicos, tendo inserido, nesses dois últimos, cláusula de incomunicabilidade ao quinhão do filho, então esposo da recorrente. Quando do falecimento do testador e ultimação da partilha, a ex-nora ajuizou ação para desconstituí-la, alegando que nela não havia sido incluída sua meação. A Turma, prosseguindo o julgamento, considerou, por maioria, que em se tratando de testamento público, as exigências de artigo 1.632 (CC/16) são essenciais e, ainda, que se não observadas, resultam em nulidade absoluta das disposições de última vontade³⁸.

[...] se de um lado é necessário amainar o rigor na aplicação estrita da forma, de outro é de ter-se em conta que os requisitos expressos em lei, como necessários à validade do ato, resultam em última análise na garantia das próprias partes.

Assim, nulo foi considerado o testamento público que teve o livro notarial

³⁸ Informativo nº 0058, STJ.

transportado do cartório para o escritório do testador, onde permaneceu por mais de vinte dias para assinatura das testemunhas, cada qual a um tempo, em momento posterior à formalização do ato solene.

Importa colacionar lição de Orlando Gomes³⁹:

O testamento está rodeado de numerosas formalidades, que dificultam sua prática, com vistas, porém, à garantia indispensável de sua autenticidade e à tutela da independência da vontade do testador, a fim de assegurar plenamente o resultado jurídico por ele pretendido.

Da leitura desses e demais julgados (como, por exemplo: Resp. 302767/PR, Resp. 1001674/..., Resp. 1153194, AgRg no Resp. 1073860, AgRg no AgRg no Resp. 1230609, Resp. 1419726, Resp. 1392314, etc) evidencia-se que, a partir do Código Civil de 2002, o qual reduziu algumas das formalidades do Código Civil anterior, iniciou-se uma tendência para a relativização dessas, como se pode ver nos casos a seguir.

Em 2006, no julgamento do Resp. nº 828.616, a ementa restou assim configurada:

RECURSO ESPECIAL. TESTAMENTO PARTICULAR. VALIDADE. ABRANDAMENTO DO RIGOR FORMAL. RECONHECIMENTO PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM DA MANIFESTAÇÃO LIVRE DE VONTADE DO TESTADOR E DE SUA CAPACIDADE MENTAL. REAPRECIÇÃO PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. I - A reapreciação das provas que nortearam o acórdão hostilizado é vedada nesta Corte, à luz do enunciado 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. II - Não há falar em nulidade do ato de disposição de última vontade (testamento particular), apontando-se preterição de formalidade essencial (leitura do testamento perante as três testemunhas), quando as provas dos autos confirmam, de forma inequívoca, que o documento foi firmado pelo próprio testador, por livre e espontânea vontade, e por três testemunhas idôneas, não pairando qualquer dúvida quanto à capacidade mental do de cujus, no momento do ato. O rigor formal deve ceder ante a necessidade de se atender à finalidade do ato, regularmente praticado pelo testador. Recurso especial não conhecido, com ressalva quanto à terminologia. (STJ – REsp: 828616 MG 2002/0053147-2, Relator: Ministro CASTRO FILHO, Data de Julgamento: 05/09/2006, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 23/10/2006 p. 313 RB vol. 517 p. 23)

³⁹ GOMES, Orlando.

E, em abril de 2007, no julgamento do AgRg no AI nº 570.748/SC:

AGRAVO INTERNO. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE TESTAMENTO CERRADO. INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES LEGAIS. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. I - A questão da nulidade do testamento pela não observância dos requisitos legais à sua validade, no caso, não prescinde do reexame do acervo fático-probatório carreado aos autos, o que é vedado em âmbito de especial, em consonância com o enunciado 7 da Súmula desta Corte. II - Em matéria testamentária, a interpretação deve ter por fim o intuito de fazer prevalecer a vontade do testador, a qual deverá orientar, inclusive, o magistrado quanto à aplicação do sistema de nulidades, que apenas não poderá ser mitigado diante da existência de fato concreto, passível de colocar em dúvida a própria faculdade que tem o testador de livremente dispor de seus bens, o que não se faz presente nos autos. Agravo provido.

À exemplo da maioria dos julgados do STJ no ano de 2010 (Resp. 600.746, Resp. 753.261/SP, Resp. 1.001.674/SC, Resp. 701.917/SP), observa-se que a jurisprudência do STJ inclinava-se pelo aproveitamento do testamento quando, não obstante a existência de certos vícios formais, a essência do ato se mantinha íntegra.

No entanto, importante atentar que, em agosto de 2014, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede de julgamento do Recurso Especial nº 1444867, interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF) – o qual considerou que a falta de assinatura do testador e da leitura do documento perante as testemunhas não seriam capazes de invalidar o ato – não reconheceu a validade do testamento sem a assinatura.

RECURSO ESPECIAL. TESTAMENTO PARTICULAR. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ARTIGOS 458 E 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ATO JURÍDICO PERFEITO. OFENSA NÃO CONFIGURADA. ASSINATURA DO TESTADOR. REQUISITO ESSENCIAL DE VALIDADE. ABRANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Cuida-se de procedimento especial de jurisdição voluntária consubstanciado em pedido de abertura e registro de testamento particular. 2.

Cinge-se a controvérsia a determinar se pode subsistir o testamento particular formalizado sem todos os requisitos exigidos pela legislação de regência, no caso, a assinatura do testador e a leitura perante as testemunhas. 3. A jurisprudência desta Corte tem flexibilizado as formalidades prescritas em lei no tocante às testemunhas do testamento particular quando o documento tiver sido escrito e assinado pelo testador e as demais circunstâncias do autos indicarem que o ato reflete a vontade do testador. 4. No caso dos autos, o testamento é apócrifo, não sendo, portanto, possível concluir, de modo seguro, que o testamento redigido de próprio punho exprime a real vontade do testador. 5. Recurso especial provido. (STJ – Resp: 1444867 DF 2013/0344880-0, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 23/09/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de publicação: DJe 31/10/2014)

Importa destacar que, ainda que a formalidade possa ser flexibilizada, tal abrandamento não alcançaria o documento apócrifo, pois, segundo o STJ, ainda que escrito de próprio punho, a falta de assinatura é considerada um vício insuperável. O relator do recurso, o ministro Villas Bôas Cueva, reconheceu a aceitação de abrandamento do Tribunal quanto ao rigor das formalidades - exigidas por lei - em relação a imprecisões quanto às testemunhas (como o número e a leitura do ato para essas), desde que o instrumento seja redigido e assinado por esse.

O relator destacou ainda que, em que pese tal situação ter sido analisada sob o enfoque do Código de 1916, vigente ao tempo da prática do ato, o mesmo entendimento vale para o Código de 2002, com a inovação trazida pelos artigos 1.878 e 1.879.

Nota-se que a assinatura, além de requisito legal, é mais que mera formalidade, consistindo em verdadeiro pressuposto de validade do ato, que não pode ser relativizado.

Em outubro de 2015, em sede de Recurso Especial (Resp. 1401087 e Resp. 1401569), o STJ decidiu que é possível flexibilizar formalidades legais para a elaboração do testamento particular na hipótese de o documento ser assinado pelo testador e por três testemunhas idôneas.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL.

TESTAMENTO PARTICULAR. VONTADE DO TESTADOR MANTIDA. VÍCIOS FORMAIS AFASTADOS. CAPACIDADE MENTAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA N. 83/STJ. REVISÃO DE PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. 1. Na elaboração de testamento particular, é possível flexibilizar as formalidades prescritas em lei na hipótese em que o documento foi assinado pelo testador e por três testemunhas idôneas. 2. Ao se examinar o ato de disposição de última vontade, deve-se sempre privilegiar a busca pela real intenção do testador a respeito de seus bens, feita de forma livre, consciente e espontânea, atestada sua capacidade mental para o ato. Incidência da Súmula n. 83/STJ. 3. Incide a Súmula n. 7 do STJ na hipótese em que o acolhimento da tese defendida no recurso especial reclama a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda. 4. Agravo regimental desprovido.

No caso concreto, os filhos não beneficiados com a herança, sustentaram que as condições físicas e mentais do pai eram muito frágeis, lançando dúvidas sobre as medicações e efeitos possíveis no testador enquanto esse encontrava-se internado. Ademais, contestaram que o testamento particular, o qual fora digitado e lido por advogada, não fora redigido pelo próprio testador ou mesmo por processo mecânico, conforme disposição do artigo 1.876 do CC/02.

O STJ, considerando que o instrumento continha a rubrica do testador em todas as suas seis laudas, decidiu pela impossibilidade de invalidar o testamento. O ministro esclareceu, na oportunidade, que a reanálise da condição do testador somente poderia ser possível através do reexame de provas, o que é inviável em recurso especial.

A última decisão da qual se tem notícia é de agosto de 2017, na qual a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Resp. 1677931, decidiu, por unanimidade, que não há como considerar nulo um testamento pela falta de algumas formalidades fixadas em lei, quando a vontade do falecido foi completamente satisfeita com os procedimentos adotados.

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TESTAMENTO. FORMALIDADES LEGAIS NÃO OBSERVADAS. NULIDADE. 1. Atendido os pressupostos básicos da sucessão testamentária - i) capacidade do testador; ii) atendimento aos limites do que pode dispor e; iii) lúdima declaração de vontade - a ausência de umas das formalidades exigidas por lei, pode e deve ser colmatada para a preservação da vontade do testador,

pois as regulações atinentes ao testamento tem por escopo único, a preservação da vontade do testador. 2. Evidenciada, tanto a capacidade cognitiva do testador quanto o fato de que o testamento, lido pelo tabelião, correspondia, exatamente à manifestação de vontade do de cujus, não cabe então, reputar como nulo o testamento, por ter sido preteridas solenidades fixadas em lei, porquanto o fim dessas - assegurar a higidez da manifestação do de cujus -, foi completamente satisfeita com os procedimentos adotados. 3. Recurso não provido.

Tratava-se de uma ação de nulidade de testamento, a qual foi movida em razão do descumprimento, por parte do testador, das regras específicas inerentes às confecções de testamento por pessoa cega. A sentença havia declarado a nulidade do testamento; no entanto, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) entendeu que não seria o caso de nulidade e o validou.

Em sede de recurso especial, o recorrente requereu a nulidade do testamento, haja vista este não ter atendido a formalidades essenciais para sua validade, como a assinatura na primeira folha e a confirmação, no próprio instrumento, de que o testador era cego (o que faltou). Além disso, salientou que não houve a dupla leitura do documento pelo tabelião e por uma das testemunhas.

Diante disso, a relatora do recurso, a ministra Nancy Andrighi, ressaltou que no STJ já há entendimento predominante no que diz respeito à preservação da declaração de vontade, mesmo diante da ausência de algum requisito formal. Afirmou que:

[...] se atendidos os pressupostos básicos da sucessão testamentária, quais sejam, a capacidade do testador, o respeito aos limites do que pode dispor e a legítima declaração de vontade, a ausência de umas das formalidades exigidas por lei pode e deve ser colmatada para a preservação da vontade do testador, pois as regulações atinentes ao testamento têm por escopo único a preservação dessa vontade.

Assim, para a relatora, uma vez evidenciada a capacidade cognitiva do testador no que diz respeito à sua manifestação de vontade e, ainda, tendo sido lido o testamento pelo tabelião, não há como considerar nulo o instrumento por terem sido desprezadas solenidades fixadas em lei, pois a finalidade de tais solenidades *foi completamente satisfeita com os procedimentos adotados*. Considerou que a vontade do testador ficou evidenciada

por uma sucessão de atos. Para tanto, acrescentou nas razões de voto que *não há razão para, em preciosismo desprovido de propósito, exigir o cumprimento de norma que já teve seu fim atendido.*

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, há uma tendência, a partir da vigência do Código Civil de 2002, em que ocorreu uma diminuição das formalidades, no que se refere aos testamentos, de relativizar o rigor legal. Nesse sentido, priorizou-se a vontade do testador, em detrimento de tais formalidades. Como se sabe, em qualquer negócio jurídico, existe a possibilidade de fraude, que deve ser coibida sempre. O Judiciário tem entendido que as formalidades – que já têm sido reduzidas – devem ser flexibilizadas, superadas, em prol da última vontade do testador, porém, ainda que paradoxalmente, elas existam justamente para darem mais segurança e garantia à essência do desejo de testador.

Por todo o exposto, conclui-se que o objetivo maior do instituto do testamento é o de proteger a última vontade de quem está testando, e que as condições para a configuração de sua validade dependem da observância das regras de suas formas, havendo algumas que sofrem mais exigências que outras, que acabam por serem aceitas com maior flexibilidade. Contudo, se algumas dessas formalidades determinadas em lei não forem observadas, o testamento perderá sua eficácia e será considerado nulo.

Apesar de toda a flexibilização no Brasil, acerca dos tipos de testamentos trabalhados – ordinários –, ainda prevalece o testamento público como o mais seguro, pois é feito pelo tabelião, em cartório de notas e registrado no livro cartorário. Tal instrumento é dotado de fé pública e, por esse motivo, caso seja de alguma forma rasurado, ainda será considerado válido. No que tange aos testamentos particulares, os quais são confeccionados pelo próprio testador, acaba por haver uma segurança menor, pois não é dotado de fé pública. Por sua vez, o testamento cerrado, mais raramente utilizado, deve ser realizado pelo testador e ser lacrado para, após a morte desse, ser aberto pelo juiz, na presença dos interessados.

À luz das considerações feitas e, sendo o testamento um mecanismo legítimo a regular a sucessão, vê-se que a escolha legislativa ainda é anacrônica e prejudicial na elaboração do instrumento. Assim, enfatiza-se a necessidade de uma revisão acerca do formalismo outrora imposto, uma vez que a certeza acerca da validade do ato pode ser,

também, hoje, alcançada por outros recursos, talvez mais confiáveis, inclusive, como as diferentes ferramentas tecnológicas modernas orais e informatizadas, não aceitas, porquanto não regulamentadas. Não se deve esquecer, porém, que para a positivação destas novas ferramentas, a atenção deve ser redobrada.

Uma vez que o formalismo das formas testamentárias está, cada vez mais, sendo relativizado, a não aceitação de outras manifestações de vontade espontâneas – como gravação oral ou filmagem, a título de ilustração – não pode ocorrer ou serem estas consideradas inexistentes ou negadas. O mundo das formas não pode, de maneira alguma, ser maior do que o mundo dos fatos. Em nome da segurança e da autonomia da vontade, o legislador não deve flexibilizar demais e/ou limitar o alcance das formalidades já existentes, mas atentar para a cautela e a aplicação da razoabilidade necessária, a fim de evitar a possibilidade de fraude, além de facilitar a entrada dessas novas modalidades de expressão de vontades, incluindo-as entre os formalismos legítimos para a sua validação.

8. REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 18 jun. 2017.

Cresce 42% o número de testamentos lavrados no Brasil nos últimos cinco anos. Fonte: Paranashop. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTAxNjc=>>. Acesso em 08 de novembro de 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. vol. 6. 22. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 169.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Saraiva, 2013.

ITABAIANA, de Oliveira. *Tratado de Direito das Sucessões*, v.II, p. 9-11.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial, Tomo LIX, Direito das Sucessões. Sucessão testamentária. Testamentos. Codicilo. Revogação. Atualizado por Giselda Hironaka Paulo Lôbo. São Paulo: RT, 2012, p.109.

_____. *Tratado dos Testamentos*, v.1, p. 47, n.12.

NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. São Paulo: Forense, vol. I, 1957, nº 224, p. 283.

NONATO, Orozimbo. *Estudos sobre Sucessão Testamentária*. Rio de Janeiro. Revista Forense, v.I, 1957, p. 119.

NONATO, Orozimbo. OROZIMBO, Nonato. *Do testamento: conceito e característicos : direito e liberdade de testa*. Minas Gerais, Imp. Diocesana, 1932. p. 181.

REHDER, Eduardo. *Evolução histórica do testamento*. Disponível em: <<https://eduardorehdergalvao.jusbrasil.com.br/artigos/151841231/evolucao-historica-do-testamento>>. Acesso em: 10 de novembro de 2017.

RODRIGUES, Elza de Faria. *Testamentos: teoria e prática*. Belo Horizonte. DelRey, 2011.

SERAFINI, Felipe. Da sucessão testamentária no Direito Romano (V): formas extraordinárias das vontades. Disponível em: <<http://www.derechoromano.es/2016/03/formas-extraordinarias-testamentos.html>>.

Fonte: Instituições de Direito Romano - Livro terceiro, De obrigações. p. 411 a 415. Acesso em 10 de novembro de 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, v. VII.

_____. *Direito Civil*. v. IX. São Paulo: Atlas. 2009.

_____. *Direito Civil. Sucessões*. 17ª Edição. São Paulo: Atlas.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 16ª Edição. São Paulo: Forense. p. 384.