

Alguns apontamentos acerca do testamento público no novo Código Civil

LEONARDO BRANDELLI

Oficial de Registro de Imóveis/SP

Mestre em Direito Civil pela UFRGS

SUMÁRIO: 1. Nótulas introdutórias – 2. História, conceito e objeto do testamento público – 3. Capacidade testamentária – 4. Testemunhas testamentárias – 5. Requisitos e formalidades do testamento público – Referências bibliográficas.

1. Nótulas Introdutórias

O testamento público é tema de mais alta relevância para o Direito Civil e Notarial, dada a sua profunda ingerência no direito das sucessões. É, em solo pátrio, a principal forma de testamento, uma vez tratar-se da forma mais segura e mais utilizada de testar.

O novo Código Civil, embora tenha mantido intacto o cerne das disposições relativas ao testamento público, promoveu em alguns momentos inovações, em alguns outros positivou avanços já alcançados na doutrina e na jurisprudência, e, finalmente, em outros ainda, perdeu, quiçá, a oportunidade de avançar mais na matéria. De qualquer sorte, a importância do tema bem como a incoação de novo regulamento legislativo justificam a necessidade de embrenhar-se em uma releitura do instituto, buscando a sua caracterização e aplicação diante da nova realidade. É o que ora pretendemos lograr.

Mister que se diga, preliminarmente, que o testamento, instituição de origem romana,¹ e que consiste no ato de disposição de última vontade pelo qual alguém

¹ Veja-se neste sentido a assertiva de Orosimbo Nonato de que coube “aos romanos a glória da invenção do testamento, instituição que, escreveu SUMNER MAINE, depois do contrato, exerceu a maior influência na transformação das sociedades humanas” (*Estudos sobre sucessão testamentária*, v. I, p. 63).

Veja-se também Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. 56, § 5.646 e 5.647.

dispõe de seus bens para depois de sua morte, ou exara sua vontade acerca de determinadas situações de ordem moral ou pessoal,² deve instrumentalizar-se tão-somente através das formas previstas em lei, sob pena de nulidade. Nesse diapasão, o testamento pode ser *ordinário* ou *comum*, cujas espécies são o *público*, o *cerrado*, e o *particular*, e *especial* ou *extraordinário*, que engloba o testamento *militar*, o *marítimo*, e o *aeronáutico*.

Sem sombra de dúvidas, o testamento público, espécie de testamento ordinário, é de longe o testamento mais utilizado, sendo igualmente a forma testamentária que mais se coaduna com os intentos de certeza e segurança jurídicas.

Importa ressaltar ainda, neste mister introdutório, algumas questões de direito intertemporal ligadas ao testamento, tendo-se em mente a situação de transição de um Código Civil para outro, bem como a coexistência de testamentos feitos sob a égide de um e de outro Código. Neste sentido, temos que se aplicará a lei do tempo da realização do testamento em relação à capacidade testamentária ativa bem como em relação às formalidades exigidas para o testamento, ao passo que, aplicar-se-á a lei do tempo da abertura da sucessão para determinar a capacidade testamentária passiva bem como a higidez das disposições testamentárias.

2. História, conceito e objeto do testamento público

O testamento público, conforme leciona Argentino I. Néri, é uma das tantas instituições jurídicas legadas pelos romanos, tendo-se chegado à forma pública, primeiro, pelo *testamentum apud acta conditum*, através de declaração verbal feita ante autoridades judiciais, e, em seguida, pelo *testamentum principi oblatum*, mediante a entrega das disposições, por escrito, ao imperador, para sua guarda em arquivo.³

² No conceito de Pontes de Miranda, 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” (*Op. cit.*, § 5.653).

Para José da Silva Pacheco, “testamento é o ato unilateral revogável, pelo qual alguém dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois de sua morte, reconhece o filho extraconjugal, nomeia tutor dos filhos, impõe condições de incomunicabilidade ou inalienabilidade temporária ou vitalícia, bem como faz certas manifestações de última vontade” (*Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária*, p. 296).

³ *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, v. 5, p. 764-5.

No direito pátrio, em período anterior ao Código Civil de 1916, já havia previsão do testamento público, nas Ordenações do Reino de Portugal, as quais denominavam-no testamento *aberto*.⁴

O testamento público é aquele testamento feito pelo Tabelião, em seu livro de notas, perante o testador e duas testemunhas, em atendimento à vontade inequívoca manifestada pelo testador e observada a solenidade determinada pela lei.

No dizer de Itabaiana de Oliveira, testamento público “é aquele que é feito em livro de notas, escrito pelo oficial público com funções de tabelião, de acordo com as declarações do testador, exaradas verbalmente”.⁵

Para Sílvio de Salvo Venosa, é o “ato aberto, no qual um oficial público exara a última vontade do testador, conforme seu ditado ou suas declarações espontâneas, na presença de [...] duas testemunhas”.⁶

Clóvis Beviláqua conceituou-o como sendo o testamento “escrito por oficial publico em seu livro de notas, contendo a declaração da ultima vontade do testador, feita perante o mesmo official e cinco⁷ testemunas idôneas”.⁸

É, enfim, o testamento público, aquela espécie de testamento ordinário, feita por Notário, de acordo com a vontade do testador, devendo ser lavrado no livro notarial adequado para tanto, obedecendo-se as formalidades determinadas pelo ordenamento jurídico.

Definido, assim, o testamento público, necessário se faz analisar o seu objeto, isto é, o conteúdo possível das cláusulas nele insertas, e, neste tocante, releva observar que o objeto do testamento público, assim como das demais formas de testamento, pode ser de conteúdo patrimonial ou não-patrimonial.

Em regra, o testamento tem conteúdo patrimonial, dispondo o testador de seus bens para depois de sua morte, porém, pode o mesmo conter disposições de ordem não-patrimonial, como por exemplo, o reconhecimento de filho (art. 1.609 do CCb), a nomeação de tutor (art. 1.729, § único, do CCb), o perdão do indigno (art. 1.818 do CCb), a deserdação (art. 1.964 do CCb), a nomeação de testamentário (art. 1.976 do CCb), e a

⁴ Veja-se a respeito Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira, *Tratado de direito das sucessões*, v. II, p. 392. Também Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. 58, § 5.855.

⁵ *Op. cit.*, p. 434.

⁶ *Direito civil: direito das sucessões*, p. 161.

⁷ No Código Civil de 2002, são necessárias duas testemunhas, e não as cinco exigidas pelo Código anterior.

⁸ *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*, v. 2, p. 829.

reserva de parcelas para os sufrágios da alma (art. 1.998 do CCb),⁹ disposições acerca do funeral do testador, conselhos, etc.

Efetivamente, a imensa maioria dos testamentos são portadores de disposições patrimoniais, instrumentalizando a instituição de herdeiros e legatários, porém, inúmeras são as hipóteses em que se presta o testamento a fins não-patrimoniais, nada havendo que obste esta sua utilização.

A respeito da possibilidade de conter o testamento público conteúdo não-patrimonial, interessante passagem nos traz Pontes de Miranda: “No período da Reconquista, testamento, em Portugal, era mais para o bem da alma do que para outro fim [...]”.¹⁰ No mesmo sentido leciona Justino Adriano Farias da Silva, ao asseverar que no século XII, o testamento “deixa de ser um ato de direito privado que se preocupa, fundamentalmente, com a sucessão dos bens do falecido. Constitui-se, antes de mais nada, um ato religioso de uso quase obrigatório. Não testar acarretava a pena de excomunhão e não poderia ser o defunto sepultado nem na Igreja nem no cemitério”.¹¹

3. Capacidade testamentária

Matéria de extrema importância, e que releva a todos os testamentos, incluindo-se aí o testamento público, é a da capacidade testamentária, ativa e passiva, isto é, a análise de quem pode testar, e quem pode ser beneficiado em testamento.

A capacidade testamentária ativa determina as pessoas que podem testar. Trata-se de capacidade especial para testar, a qual não se confunde com a capacidade geral, para os atos da vida civil. A matéria encontra-se tratada no artigo 1.860 do Código Civil. Como negócio jurídico que é, o testamento exige, para sua validade, agente capaz.

Têm capacidade testamentária ativa todas as pessoas naturais que a lei não declare incapazes de testar. As pessoas jurídicas, ao contrário, não a tem.

Tem a capacidade testamentária ativa o condão de permitir que somente aqueles que têm condições de entender e de querer, que tem pleno discernimento

⁹ Segundo Clóvis Beviláqua, os sufrágios da alma são os atos para o bem da alma, de culto religioso, antes e depois do sepultamento do corpo (*Op. cit.*, p. 1034). São os “cultos ou missas pela alma do falecido” (Arnaldo Rizzardo, *Direito das sucessões*, v. II, p. 654).

¹⁰ *Tratado de direito privado*, t. 59, § 5.864.

¹¹ *Tratado de direito funerário*, t. I, p.608.

para entender a extensão do ato que está praticando e manifestar segura e livremente a sua vontade, possam fazer um testamento. Eis a razão pela qual o *caput* do artigo 1.860 do Código Civil limita-se a afirmar que não poderão testar os incapazes e os que não tiverem pleno discernimento no momento do ato de testar.

Em primeiro lugar, estão impossibilitados de testar os absoluta e relativamente incapazes, previstos nos artigos 3º e 4º do Código Civil, e o estão na exata medida do óbice para os demais atos da vida civil. Isto significa dizer que os absolutamente incapazes jamais poderão testar, todavia, no que concerne aos relativamente incapazes, necessário se faz uma análise mais aguçada do caso. As situações previstas nos incisos II e III do artigo 4º do Código Civil, exigem um grau de análise a respeito do nível de incapacidade gerado pelas hipóteses ali estipuladas. Se a pessoa estiver interditada, não haverá maiores dúvidas, porquanto os limites da incapacidade estarão definidos pelo juiz, na sentença (artigo 1.772 do Código Civil). Todavia, diante da inexistência de interdição, deverá haver uma análise que possa estabelecer os limites da incapacidade natural¹² – incapacidade de entender e de querer – gerada, a fim de se estabelecer se há ou não capacidade para o ato específico, isto é, a fim de estabelecer se a pessoa tem ou não condições de entender o ato que está praticando. Tal análise vale no que toca a todos os atos da vida civil, e também ao testamento.

No concernente ao pródigo, entendem alguns que pode ele testar, sob a alegação de que elaborar testamento não se encontra dentre os atos que lhe são vedados (artigo 1.782 do Código Civil),¹³ o que não nos parece a melhor solução uma vez que o testamento é ato de alienação para depois da morte, através do qual alguém dispõe de seus bens para após a sua morte, ultrapassando a margem dos atos de simples administração, encontrando-se, portanto, dentre os atos vedados ao pródigo, e constantes no artigo 1.782 do Código Civil. Permitir ao pródigo testar, seria permitir o que se lhe quer vedar: dilapidar o seu patrimônio, ainda que com eficácia posterior à sua morte.

Qualquer pessoa, enfim, que não tenha pleno discernimento para o ato, que não tenha condições de entender o ato em todo o seu alcance, não poderá testar, por lhe faltar capacidade jurídica para o ato.

¹² Veja-se a respeito Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, p. 171.

¹³ Nesse sentido Flávio Augusto Monteiro de Barros, *Direito das sucessões*, p. 54, e também Washington de Barros Monteiro, *Curso de direito civil: direito das sucessões*, p. 129.

É de notar-se que a idade avançada ou enfermidade grave não extirpam da pessoa a sua capacidade testamentária ativa, desde que continue ela no pleno gozo de suas faculdades mentais.

Cumpra assinalar que o parágrafo único do artigo 1.860 confere capacidade testamentária aos maiores de dezesseis anos. Tais pessoas, ordinariamente são consideradas relativamente incapazes, por força do artigo 4º do Código Civil, devendo ser assistidos nos atos da vida civil. Porém, no testamento, têm eles plena capacidade, não havendo necessidade de assistência para o ato.

Importante assinalar, por fim, no que tange a capacidade testamentária ativa, que ela é determinada no momento da realização do testamento. A superveniência de capacidade para quem era incapaz no momento da realização do testamento não invalida o ato, da mesma forma que a superveniente incapacidade para quem era capaz, não invalida o ato feito.

Já no que concerne à capacidade testamentária passiva, determina ela a capacidade de ser instituído herdeiro ou legatário em testamento. Em regra, possui capacidade testamentária passiva qualquer pessoa, natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, existente ao tempo da morte do testador (artigo 1.798 do Código Civil). Todavia, embora essa seja a regra, algumas exceções despontam.

Em primeiro lugar, como exceção à regra, surgem algumas situações de pessoas que têm capacidade testamentária passiva sem que, contudo, existam ao tempo da morte do testador. São o nascituro, a prole eventual, a fundação e a pessoa jurídica sem registro.

O nascituro tem seus direitos assegurados desde a concepção (artigo 2º do Código Civil), e, nascendo com vida, será o titular de tais direitos. Assim, se quando da morte do testador estiver concebido o nascituro, seus direitos hereditários estarão assegurados e, havendo o nascimento com vida, receberá a herança ou o legado (artigo 1.798 do Código Civil).

A prole eventual também tem, por exceção legal, capacidade testamentária passiva, de maneira que pode o testador instituir herdeiros ou legatários os filhos, ainda não concebidos, de pessoas por ele indicadas e existentes ao tempo da abertura

da sucessão (artigo 1.799, I, do Código Civil). A prole eventual pode se materializar através de filho adotivo, na medida em que a Constituição iguala todos os filhos.

A fundação, que se caracteriza pela instituição mediante a reserva de bens pelo testador, é a terceira exceção, sendo que até o registro do ato constitutivo da fundação, os bens ficam arrecadados como herança jacente.

A quarta exceção, qual seja, a pessoa jurídica sem registro, é a mais polêmica de todas. Entendem alguns, que somente tem a pessoa jurídica não registrada capacidade testamentária passiva quando se tratar de instituição de caridade, por força de uma interpretação baseada na equidade, uma vez que sem o registro não há personalidade jurídica.¹⁴ Outros, como Sílvio de Salvo Venosa, por exemplo, entendem que, se a pessoa jurídica existe de fato, embora não registrada, tem capacidade testamentária, pois sua situação se equipara a do nascituro.¹⁵ Se, todavia, a pessoa jurídica não existir nem sequer embrionariamente, de fato, não há o que se discutir acerca de uma possível capacidade testamentária passiva.

Por fim, não tem capacidade testamentária passiva as pessoas previstas nos artigos 1.801 e 1.802 do Código Civil, bem como os governos estrangeiros, que por força do artigo 11 da Lei de Introdução ao Código Civil, não podem ter bens no Brasil, exceto os necessários a representações diplomáticas e consulares. Convém lembrar também que herdeiro ou legatário domiciliado no exterior, terá sua capacidade testamentária regida pela lei do país de seu domicílio, conforme preceitua o artigo 10, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

4. Testemunhas testamentárias

O Código Civil de 2002, ao contrário do de 1.916, não tratou especificamente das testemunhas testamentárias, razão pela qual, aplica-se a estas a regra insculpida no artigo 228, que se refere às testemunhas dos atos jurídicos em geral, devendo-se, entretanto, aplicar tal artigo à realidade testamentária.

As testemunhas têm a função de fiscalizar a livre manifestação de vontade do testador, a adequação da redação testamentária com a vontade manifestada, bem

¹⁴ Flávio Augusto Monteiro de Barros, *op. cit.*, p. 97.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 149.

como a identidade do testador, razão pela qual devem sempre ser conhecidas do autor do testamento, embora não se exija grau de amizade.

As testemunhas testamentárias, pela própria natureza da sua função, devem ter a plenitude dos seus sentidos, sem o que não poderiam zelar pela correta manifestação de vontade do testador, motivo pelo qual, não pode ser aceita testemunha cega ou surda. Igualmente o analfabeto não pode ser testemunha, uma vez que terá que assinar o testamento, não lhe sendo possível utilizar-se da assinatura a rogo.

Não podem igualmente servir de testemunhas testamentárias os menores de dezesseis anos, nem aqueles que não tiverem discernimento para a prática dos atos da vida civil.

O herdeiro e o legatário instituídos no testamento também não podem ser testemunhas, assim como não podem sê-lo os seus ascendentes, descendentes, irmãos, cônjuge ou companheiro, por força dos artigos 1.801 e 1.802, bem como do artigo 228, inciso IV, do Código Civil pátrio.

O Código Civil de 1.916, em seu artigo 1.650, não vedava que os parentes do testador servissem de testemunhas. Todavia, no novo Código, parece-nos ter havido uma mudança na situação. Na medida em que o código atual não mais regrou especificamente as testemunhas testamentárias, seguindo-se neste aspecto a regra geral para os atos jurídicos, parece-nos aplicar-se aos testamentos o inciso V do artigo 228, que veda a possibilidade de serem testemunhas *os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, por consangüinidade ou afinidade, até o terceiro grau, das partes envolvidas*. Na medida em que o testamento é negócio jurídico unilateral, *a parte* a que se refere o dispositivo citado, no caso do testamento, é o testador, razão pela qual, não podem ser testemunhas o seu cônjuge, os ascendentes, os descendentes, e os colaterais, por consangüinidade ou afinidade, até o terceiro grau.

Diga-se, por fim, que não há óbice a que seja testemunha, em testamento público, prepostos do notário que o lavrará, desde que conhecidos do testador e livre de impedimentos legais.

5. Requisitos e formalidades do testamento público

O testamento público é negócio jurídico solene, aliás, dos mais solenes encontrados no direito, cuja formalidade deve ser cumprida tal qual determina o ordenamento jurídico, sob pena de nulidade do ato. Entretanto, é de notar-se, conforme leciona José da Silva Pacheco, que na pesquisa “da observância das formalidades do testamento não se deve ir ao ponto de, sob pretexto de cumprir rigorosamente a lei, destruir a vontade do testador”.¹⁶

O testamento público, consoante se viu acima, é aquele testamento feito pelo Tabelião, em seu livro de notas, de acordo com a vontade manifestada pelo testador, e lido pelo mesmo Tabelião ao testador e duas testemunhas, sendo por todos assinado (art. 1.864 do Código Civil). Note-se que deste conceito de testamento público é possível extrair-se boa parte de seus requisitos especiais, os quais passaremos a analisar.

Em primeiro lugar, cumpre alertar para o fato de que somente ao Tabelião é facultado lavrar testamento público. A Lei n. 8.935/94, em seu artigo 20, § 4º, já dispunha acerca da atribuição privativa do Tabelião para a feitura do testamento público, sendo vedada a realização de tal ato por escrevente, ainda que se trate do substituto do Tabelião. Todavia, diante da redação do inciso I, do artigo 1.864 do Código Civil de 2002, o qual reza que o testamento público será *escrito por tabelião ou por seu substituto legal*, surgiu a discussão se estaria o novo Código revogando o citado artigo da Lei n. 8.935/94, passando a permitir que o substituto do tabelião lavrasse testamento público. Em nosso sentir, a resposta a tal indagação deve ser negativa. O Código Civil, ao referir-se ao substituto legal, está a mencionar o agente que atuará notarialmente, em substituição ao Tabelião, nas ausências e impedimentos deste. Assim, a pessoa designada para responder pela Serventia Notarial, durante sua vacância até o provimento por concurso público, bem como o próprio substituto do tabelião,¹⁷ nas situações previstas no artigo 20, § 5º, da Lei n. 8.935/94, poderão lavrar testamento. Não poderão, entretanto, lavrá-lo, os escreventes notariais, nem mesmo o substituto do tabelião, se o notário não estiver impedido ou ausente.¹⁸

¹⁶ *Op. cit.*, p. 373.

¹⁷ Ver a respeito a decisão exarada pelo STF, no Recurso Extraordinário n. 51679, DJ 8-4-68.

¹⁸ Posição contrária é a de Zeno Veloso, o qual entende ter o Código Civil revogado parte do § 4º, do artigo 20, da Lei n. 8.935/94, sendo possível hoje que o substituto do tabelião lavre testamentos (*In: Ricardo Fiúza (Coord.), Novo Código Civil anotado*, p. 1686-7).

Dizer que ao tabelião compete a lavratura do testamento, significa dizer que é ele quem deve presidir o ato, não significando que não possa ele valer-se de algum preposto seu para o trabalho mecânico de redação. Se o tabelião receber e qualificar a vontade do testador, observados os requisitos legais, e após, ler e subscrever o testamento, em nada afeta o ato, o fato de o tabelião ter-se valido de preposto seu para redigir o testamento. Nesse sentido é a lição de José da Silva Pacheco: “O fato de o tabelião haver-se utilizado do escrevente juramentado, para tão-só escrever o texto de declarações de última vontade ditado pela testadora em sua presença e das testemunhas instrumentárias e, pelo mesmo tabelião, lido e subscrito, não lhe tira a validade”.¹⁹

As autoridades consulares, na medida em que exercem também atividade notarial, têm também atribuição para a lavratura de testamento público.

O tabelião, ao lavrar o testamento, deve ater-se às declarações do testador, as quais devem ser feitas em língua nacional, a fim de que sejam compreendidas pelas pessoas presentes ao ato, bem como para que possam ser confrontadas com o ato lavrado, o qual o será em língua nacional. Não sabendo o testador manifestar-se em língua nacional, deverá optar por outra forma de testamento, não sendo admitido no testamento público nem mesmo a atuação de intérprete. Importante gizar, que o que se deve buscar é a intelegibilidade, pelo tabelião, da manifestação do testador, e não a pureza da linguagem.²⁰ Desta forma, se, por exemplo, algum estrangeiro residente no Brasil pretender fazer testamento público, bastará que possa ele manifestar-se em português, num português compreensível, embora possa conter imperfeições gramaticais. O mesmo diga-se a respeito das testemunhas pois, uma vez que deverão assistir às declarações do testador, bem como observar a conformidade do ato lavrado com essas declarações, deverão também conhecer a língua nacional.

Importante notar ainda, que o testamento público, a teor do que acontece com as demais escrituras públicas, somente poderá ser lavrado em língua portuguesa.

As declarações, do testador poderão ser feitas de própria voz, ou por escrito, podendo valer-se de minuta adrede preparada. O que importa não é propriamente a forma pela qual o testador manifesta sua vontade, mas, sim, que tal vontade seja

¹⁹ *Op. cit.*, p. 373.

²⁰ Jose da Silva Pacheco, *op. cit.*, p. 371.

manifestada de maneira inequívoca, em língua nacional. Nada impede que o testador leve minuta para ser copiada pelo tabelião, asseverando conter a minuta a sua vontade, em que pese, por suposto, tal minuta deverá ser qualificada pelo notário. Alguns autores, ainda sob as luzes do Código Civil de 1916 - o qual por força do seu artigo 1.632, inciso I, e 1.635,²¹ não deixava dúvidas acerca da impossibilidade de manifestação não-verbal do testador -, entendem dever ser verbal a declaração do testador, endereçada ao tabelião.²² Este entendimento, parece-nos, não encontra mais razão de ser, primeiro porque uma interpretação sistemática e mais consentânea com o estágio atual do Direito Civil assim determina, e, segundo, porque o próprio novo Código Civil abriu expressamente a possibilidade da manifestação de vontade por escrito, ao possibilitar, em seu artigo 1.864, I, a utilização de minuta, notas ou apontamentos.²³

A vontade do testador deve ser exarada ao tabelião, perante duas testemunhas, que devem estar presentes a todo o ato. Devem ainda tais testemunhas ser conhecidas do testador, a fim de que possam atestar a identidade deste, não havendo, entretanto, necessidade de que haja relação de amizade entre eles. As testemunhas, diga-se, devem ser no mínimo duas, nada havendo que obste a presença de mais de duas testemunhas.

Aliás, neste tocante, parece-nos que poderia o legislador ter prestigiado mais a fé pública notarial, abstraindo a exigência de testemunhas para o ato, tal qual ocorreu, ao longo do tempo, com as demais escrituras públicas. Se o testamento público é feito por um profissional do Direito, regido pelos caracteres da imparcialidade e cautelaridade, dentre outros, e dotado de fé-pública, parece-nos perfeitamente possível prescindir-se de testemunhas para o ato. É bem verdade que houve grande avanço na redução de cinco para duas testemunhas, mas, poder-se-ia ter ido além.

A unidade do ato é princípio que continua hígido nos testamentos públicos. Desde a manifestação da vontade do testador, até a assinatura do ato, devem estar

²¹ O artigo 1.632, I, do Código de 1916, exigia que o testamento público fosse “escrito por oficial público em seu livro de notas, de acordo com o ditado ou as declarações do testador”. O artigo 1.635, por seu turno, assim asseverava: “Considera-se habilitado a testar publicamente aquele que puder fazer de viva voz as suas declarações, e verificar, pela sua leitura, haverem sido fielmente exaradas”.

²² Nesse sentido o entendimento de Flávio Augusto Monteiro de Barros, *op.cit.*, p. 56.

²³ Neste sentido, manifesta-se Sílvio de Salvo Venosa no sentido de que, uma vez que o Código de 2002 não repetiu norma similar à contida no artigo 1.635 do Código de 1916, “pode o testador, de acordo com o novo art. 1.864, servir-se de minuta, notas ou apontamentos, não havendo mais necessidade de que emita declaração de voz” (*Op. cit.*, p. 165).

presentes, simultaneamente, todos os atores da solenidade testamentária, quais sejam, o tabelião, o testador, e as testemunhas. Todas as pessoas envolvidas devem assistir à manifestação da vontade do testador, ouvir a leitura do testamento analisando sua conformidade com a vontade manifestada, e assinar o testamento, tudo em ato único, sem interrupções nem ausências. Se alguém precisar ausentar-se durante a realização do testamento, o ato deve recomeçar.²⁴

Todavia, a unidade do ato não é, hodiernamente, princípio absoluto a reger os testamentos. Tem ela a intenção de assegurar a correta manifestação de vontade do testador, bem como assegurar a elaboração de ato jurídico que a esta vontade se conforme, devendo neste contexto ser analisada. Assim, sendo quebrada a unidade do ato de forma a colocar em risco a livre manifestação de vontade do testador, crivado de nulidade estará o ato. Porém, se a descontinuidade fática não tiver o condão de expor a perigo a manifestação de vontade do testador, dever-se-á atribuir ao ato toda a validade que o ordenamento jurídico lhe confere. Melhor dito, a unidade do ato será quebrada não apenas quando houver uma interrupção fática da continuidade da solenidade do testamento, mas, sim, quando além desta interrupção fática, houver situação que possa colocar em risco, ainda que potencialmente, a integridade das manifestações do testador.

Conforme lembra Zeno Veloso, a unidade do ato deve receber “uma interpretação inteligente, considerando as circunstâncias de cada caso, que consinta breves interrupções, por falta de energia elétrica, para resolver uma emergência passageira, para o atendimento de um telefonema urgente, ou para remediar uma necessidade corporal do tabelião, do testador ou das testemunhas, por exemplo”.²⁵

Ainda nesse sentido, “tem-se decidido, diante de circunstâncias especiais, que não é de molde a acarretar a nulidade a quebra da unidade do ato, a lavratura” do testamento “fora da vista do testador, em sala contígua, e segundo as notas apanhadas pelo tabelião, ausência temporária das testemunhas [...]. O mesmo se decidiu com relação a rápidas ausências de testemunhas por ocasião da redação do testamento [...]”. Da mesma forma, não há que se “falar em nulidade do ato simplesmente porque se registraram rápidas ausências, quando da feitura material do testamento, ora de uma, ora de outra testemunha desde que todas elas ouviram as declarações do testador, certificando-se,

²⁴ Veja-se a respeito Sílvio de Salvo Venosa. *Op. cit.*, p. 162.

²⁵ *In*: Ricardo Fúza (Coord.), *Op. cit.*, p. 1.687.

depois, presentes também à leitura do auto de que fielmente respeitada foi a vontade manifestada”.²⁶

Leciona também Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka: “Muito mais importantes, hoje, é a unidade de contexto do testamento do que a unidade do ato propriamente dita”.²⁷

Deve-se, enfim, analisar se houve unidade de contexto na realização do testamento. Tendo o testador declarado sua vontade na presença do tabelião e das testemunhas, tendo sido feita a leitura do ato na presença de todos, sendo imediatamente por todos assinado o ato, em nada afetará a validade do testamento alguma interrupção intermediária e motivada, uma vez que a vontade do testador estará salvaguardada. O que não se poderia admitir, todavia, seria o testador manifestar sua vontade tão-somente ao tabelião, que anteriormente prepararia o testamento, comparecendo as testemunhas para a leitura e assinatura do ato. Seria este testamento nulo.

O testamento, respeitada a vedação imposta no artigo 9º da Lei n. 8.935, poderá ser lavrado onde quer que se encontre o testador. Não apenas na serventia notarial poderá o tabelião lavra-lo, senão em qualquer outro lugar para o qual tenha atribuição legal, como um hospital, por exemplo. Também não há limitação de horário ou dia, para a lavratura do testamento público. Em que pese em cada Comarca haja ato da autoridade Judiciária competente, estabelecendo o horário de funcionamento da Serventias Notariais, poderá o notário lavrar um testamento público no horário em que se fizer necessário. Assim, se em um domingo à noite, alguém, em seu leito de morte, mas em condições de manifestar sua vontade, quiser lavrar testamento público, poderá lá comparecer o notário e, obedecidos os requisitos legais, lavrar tal ato.

Após feito o testamento, deverá o mesmo ser lido, pelo tabelião, ao testador e às duas testemunhas, podendo, caso queira o testador, ser o testamento por ele lido, na presença do tabelião e das duas testemunhas.

Finalmente, após a leitura do testamento, deve ele ser assinado pelo tabelião, testador e testemunhas.

²⁶ José da Silva Pacheco, *Op. cit.*, p. 371-3.

²⁷ In Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões*, p.277.

Caso o testador não saiba assinar, ou não possa assinar por algum motivo, assinará a seu rogo alguma das testemunhas instrumentárias (artigo 1.865 do Código Civil). A assinatura a rogo do testador pode ser utilizada assim, não apenas quando o testador for analfabeto, e não souber assinar, mas também quando por qualquer outro motivo, ainda que temporário, estiver impossibilitado de assinar, como, por exemplo, uma fratura e engessamento do braço com o qual assina. A impossibilidade de assinar não precisa ser absoluta, bastando a existência de grave dificuldade para assinar.²⁸

Nessa situação, uma das duas testemunhas do ato assinará a rogo do testador, não havendo necessidade de ser convocada uma terceira testemunha para tanto, embora não haja nenhum impedimento de que compareça ao testamento uma terceira testemunha para assinar a rogo do testador. Note-se que no caso de comparecimento de terceira testemunha tão-somente para a assinatura a rogo do testador, não estará esta testemunha abrangida pelas limitações impostas pelo Código Civil, em seu artigo 228, às demais testemunhas.

A possibilidade de utilização da assinatura a rogo aplica-se somente ao testador. As testemunhas, como frisado anteriormente, deverão ser alfabetizadas e estarem possibilitadas de assinar, caso contrário, deverão ser substituídas.

O instituto da assinatura a rogo habilita, assim, o analfabeto a testar pela forma pública, uma vez que nesta, pela presença do tabelião, presidindo o ato, bastará que o testador consiga manifestar corretamente sua vontade. E, diga-se, a forma pública é única pela qual poderá o analfabeto, ou aquele que esteja temporariamente impossibilitado de assinar, testar, uma vez que nas demais formas haverá sempre a necessidade da assinatura do testador, por ele próprio.

Válida aqui a lição de Zeno Veloso de que trata-se a assinatura a rogo de formalidade abundante e desnecessária, pois, bastaria, “no caso, que o tabelião, sob sua fé pública, declarasse que o testador não sabe ou não pode assinar, e tudo estaria resolvido”.²⁹

Questão que suscitou inúmeras discussões até o advento do Código Civil de 2002, foi a relativa a possibilidade, ou não, de lavratura de testamento público por meio mecânico, diante da redação do Código Civil de 1916, que em seu artigo 1.632, inciso

²⁸ Veja-se a respeito Zeno Veloso, *In: Ricardo Fiúza, op. cit.*, p. 1.688.

²⁹ *In Ricardo Fiúza, op. cit.*, p. 1.688.

I, rezava que o testamento deveria ser *escrito por oficial público em seu livro de notas*, nada mais esclarecendo a respeito. Entendeu-se, primeiramente, haver a necessidade de que o testamento fosse manuscrito pelo tabelião, tendo, contudo, a jurisprudência evoluído ao estágio de aceitar a redação mecânica do testamento público. Agora, vem o novo Código, no parágrafo único do artigo 1.864, apenas positivar a solução já aceita e pacificada pela comunidade jurídica.

A pessoa surda poderá testar pela forma pública, nos termos do artigo 1.866 do Código Civil, desde que possa manifestar sua vontade. Sendo o surdo alfabetizado, lerá o testamento após sua lavratura. Sendo o surdo analfabeto, designará uma pessoa para que proceda a leitura em seu lugar. Na medida em que o Código exige que a pessoa escolhida pelo surdo leia o testamento na presença das testemunhas, tem-se que haverá a necessidade de convocação de uma terceira testemunha neste caso.³⁰

O cego só pode testar pela forma pública, nos termos do artigo 1.867 do Código Civil, mas, no testamento deste, a lei redobra a cautela, impondo a dupla leitura do testamento, pelo tabelião, e por uma das testemunhas, designada pelo testador. Nada impede que compareça uma terceira testemunha a qual será designada para a leitura do testamento, da mesma forma que ocorre na assinatura a rogo, conforme vimos acima.

Note-se que, quando a lei exige a leitura do testamento, obviamente está a exigir a leitura em voz audível, de maneira que todos os presentes possam ouvi-la, confrontando o conteúdo do testamento com a vontade manifestada pelo testador.

Questão interessante, e que tem levantado divergências, é a que diz respeito a possibilidade de a pessoa muda ou surda-muda fazer testamento público. Para alguns, tal possibilidade inexistente, uma vez que entendem ser necessário que o testador manifeste sua vontade de maneira verbal, e, assim sendo, não poderia o surdo-mudo obedecer a tal requisito.³¹ Parece-nos, entretanto, não ser este entendimento o melhor.

Vimos que com o advento do Código Civil de 2002 não houve sobrevida à exigência anterior de que a declaração do testador, no testamento público, fosse

³⁰ Assevera Flávio Augusto Monteiro de Barros que o testamento público do surdo analfabeto, “é o único que exige três testemunhas” (*Op. cit.*, p. 56). Em posição contrária, aponta Sílvia de Salvo Venosa no sentido de que o “leitor do testamento, pessoa escolhida de confiança do surdo, não é uma das testemunhas. Contudo, a nosso ver, não induz nulidade que o seja” (*Op. cit.*, p. 165).

³¹ Nesse sentido, por exemplo, Flávio Augusto Monteiro de Barros: “Quanto ao mudo ou surdo-mudo, ainda que saiba ler e escrever, não pode testar de forma pública, porque esse testamento deve ser feito de viva voz” (*Op. cit.*, p. 57). Nesse sentido também Washington de Barros Monteiro, *op. cit.*, p. 138.

feita de viva voz, sendo, pois, possível hoje, que o testador manifeste sua vontade de qualquer forma admitida em direito, desde que seja ela inequívoca. O que importa é que o testador consiga manifestar de maneira certa sua vontade, pouco importando como o faça, podendo ser, por exemplo, de forma escrita.

Se assim é a situação atual do testamento público, e uma vez que o mudo ou surdo-mudo que tenha desenvolvimento mental e capacidade de entender e querer é pessoa juridicamente capaz, não há razão para obstar a estas pessoas a possibilidade de testar pela forma pública. Conseguindo manifestar, de forma escrita, em língua nacional, sua vontade, poderão, em nosso ver, o mudo e o surdo-mudo, testar pela forma pública.

Finalmente, releva indagar se ao tabelião basta observar as formalidades prescritas na lei ou, se deve ele, além de observá-las, portar por fé no testamento o fato de tê-las cumprido. O Código de 1.916, em seu artigo 1.634, exigia, sob pena de nulidade, que o notário consignasse no testamento o cumprimento de cada uma das formalidades prescritas na lei. O novo Código, ao contrário, silencia a respeito. Diante desse quadro, alguns autores têm se manifestado no sentido de ser necessário, além do cumprimento das formalidades pelo tabelião, a consignação desse cumprimento no texto testamentário,³² do que ousamos discordar.

A consignação no texto do testamento público da certificação do cumprimento das formalidades testamentárias, integrando ela própria o rito do testamento, somente pode ser exigido se expressamente determinado pela lei, o que ocorria na égide do Código de 1916, mas deixou de existir no Código de 2002. Assim, a consignação do cumprimento das formalidades deixou de ser formalidade obrigatória, de maneira que, hoje, basta o cumprimento, pelo tabelião, das formalidades legais, não havendo necessidade de certificar este cumprimento, embora, não haja dúvidas, é medida de boa cautela. Tendo o notário cumprido a solenidade estabelecida pela lei, ainda que não o certifique no testamento, válido será o ato. A subscrição do ato, pelo tabelião, deixa implícito que as formalidades foram cumpridas.³³

Exceção a essa nova realidade é a situação do testamento de pessoa cega, onde o artigo 1.867 determina que se faça menção circunstanciada do cumprimento do ali estipulado.

³² Veja-se nesse sentido José da Silva Pacheco, *op. cit.*, p. 371.

³³ Nesse sentido também Washington de Barros Monteiro, *op. cit.*, p.137.

Importante gizar, por fim, que o testamento público, espécie de escritura pública que é, deve atender, no que couber, os requisitos insculpidos no artigo 215 do Código Civil. Deverá assim, por exemplo, conter a data e o local de sua realização, a qualificação das partes, etc.

Referências Bibliográficas

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito das sucessões*. São Paulo: CPC – Curso Preparatório para Concursos, 2003. 176 p.

BEVILAQUA, Clovis. *Código dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. v. 2. 1119 p.

CAHALI, Francisco José, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. 525 p.

FERREIRA, Pinto. *Tratado das heranças e dos testamentos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 617 p.

FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. 1843 p.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 321 p.

_____. _____. *Introdução ao direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 562 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito das sucessões*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 125 p. (Coleção sinopses jurídicas).

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XXI. 854 p.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Direito das sucessões no novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. 292 p.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 35 ed. Atualizado por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6. 340 p.

NERI, Argentino I. *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*. Buenos Aires: Depalma, 1981. v. 5. 839 p.

NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. III v.

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

PACHECO, José da Silva. *Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 861 p.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1969. t. 56.

_____. _____. t. 58.

_____. _____. t. 59.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Aide, 1996. 2 v.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Tradução da 6. ed. Italiana, com notas remissivas aos códigos civis brasileiro e português pelo Dr. Ary dos Santos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1971-1973. v. 3. 578 p.

SILVA, Justino Adriano Farias da. *Tratado de direito funerário*. São Paulo: Método Editora, 2000. t. I. 888 p.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Tratado dos testamentos e sucessões por Antonio Joaquim Gouvêa Pinto, Accommodado ao Foro do Brazil até o anno de 1881*. Rio de Janeiro: 1881. 534 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 416 p.