

O Instituto do Testamento:

Análise do Tema sob a Ótica do Diploma Civilista

Resumo:

Quadra evidenciar que o testamento, em conformidade com o que diciona o artigo 1.857 do Código Civil, é um ato personalíssimo e revogável, por meio do qual alguém, em observância com as ordenanças legais, não só dispõe, para depois de sua morte, no todo ou em parte, do seu patrimônio, mas também versa a respeito de assuntos extrapatrimoniais. Considera-se o testamento como ato personalíssimo, unilateral, gratuito, solene e revogável pelo qual alguém, segundo as prescrições da lei, dispõe, total ou parcialmente, do seu patrimônio para depois de sua morte, ou nomeia tutores para seus filhos menores, ou reconhece filhos, ou faz outras declarações de última vontade. Infere-se, a partir da concepção estruturada a respeito do instituto em exame, que, em se tratando de sucessão testamentária, a vontade do *de cuius* terá o condão de determinar o caminho que os seus bens observarão, tendo, obviamente, como pontos limítrofes, as vedações legais. Assim, dada a proeminência que o tema revela dentro do Direito Brasileiro, mister se faz pontuar que a análise de seus aspectos característicos, assim como das múltiplas espécies existentes e os efeitos delas oriundos é carecido, a fim de aclarar possíveis dúvidas existentes, como também a importância do instituto.

Palavras-chaves: Testamento. Sucessão Testamentária. Direito Civil.

Sumário: 1 Testamento: Conceito e Aspectos Jurídicos; 2 Da Capacidade de Testar: 2.1 Da Capacidade Testamentária Ativa; 2.2 Da Capacidade Testamentária Passiva; 3 Da Deserdação; 4 Formas de Testamento: Notas Introdutórias; 5 Das Formas Ordinárias de Testamento e suas Regras Gerais: 5.1 Do Testamento Público; 5.2 Do Testamento Cerrado; 5.3 Do Testamento Particular; 6 Dos Testamentos Especiais: 6.1. Do Testamento Marítimo e Aeronáutico; 6.2 Do Testamento Militar; 7 Apontamentos Finais.

1 Testamento: Conceito e Aspectos Jurídicos

Em uma primeira plana, quadra evidenciar que o testamento, em conformidade com o que diciona o artigo 1.857 do Código Civil¹, é um ato

¹ BRASIL. **Lei Nº. 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 fev. 2012: “**Art. 1.857**. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”.

personalíssimo e revogável, por meio do qual alguém, em observância com as ordenanças legais, não só dispõe, para depois de sua morte, no todo ou em parte, do seu patrimônio, mas também versa a respeito de assuntos extrapatrimoniais. Gama, ao traçar as linhas conceituais, apresenta o testamento como “ato personalíssimo, unilateral, gratuito, solene e revogável pelo qual alguém, segundo as prescrições da lei, dispõe, total ou parcialmente, do seu patrimônio para depois de sua morte, ou nomeia tutores para seus filhos menores, ou reconhece filhos, ou faz outras declarações de última vontade”².

Infere-se, a partir da concepção estruturada a respeito do instituto em exame, que, em se tratando de sucessão testamentária, a vontade do *de cuius* terá o condão de determinar o caminho que os seus bens observarão. “É claro que a vontade não será absoluta, mas sim explicitada dentro dos limites previstos pela lei, que, caso inobservados, podem gerar vícios insanáveis e a nulidade do ato de última vontade”³. A partir de tal entalhe, constata-se que o corolário da autonomia privada, que orienta a atuação da vontade humana, encontra limites estatuidos na legislação competente, notadamente quando resta violentada matéria de ordem pública. No que tange à vontade do testador, subsiste o adágio latino *favor testamenti*, que se traduz como no intento de atender a última vontade do *de cuius*.

Por oportuno, há que se apontar que, em razão do testamento contemplar situações de cunho tanto extrapatrimonial como patrimonial, restará consubstanciado um sucedâneo de efeitos no mundo jurídico. Como exemplo do expandido, pode-se assinalar que, como disposição extrapatrimonial, o testador poderá: reconhecer filhos nascidos fora da constância do casamento, como assinala o inciso III do art. 1.609 do Estatuto Civilista; nomear tutor para seus filhos menores, com supedâneo no inc. IV do art. 1.634 e parágrafo único do art. 1.729, ambos do Códex Civilista, ou ainda testamentário, na forma que prescreve o art. 1.976 do Código de 2002; dispor acerca do próprio corpo, destinando-o para fins altruísticos ou para fomento científico, a teor do que assinala as disposições do art. 14 da Lei Substantiva Civil. Ainda como disposição extrapatrimonial, o testador, também, poderá permitir que o filho órfão contraia matrimônio com o tutor, como bem destaca o inc. IV do art. 1.523

² GAMA, Ricardo Rodrigues. **Dicionário Básico Jurídico**. Campinas: Russel, 2006, p. 364.

³ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito das Sucessões**, vol. 06. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Método, 2010, p. 294.

do Diploma de 2002; reabilitar o indigno ou mesmo deserdar o herdeiro, como, respectivamente, dispõem os arts. 1.818 e 1.964, ambos do Código Civil⁴.

De outra banda, a partir de um viés patrimonial, o testador terá a possibilidade de traçar o cumprimento de determinadas obrigações; estabelecer renda; promover a substituição de beneficiário, no que concerne à estipulação em favor de terceiro; assinalar cláusulas restritivas. Nesse passo, cuida observar que as disposições de cunho extrapatrimonial possuem caráter familiar e pessoal, podendo, obviamente, serem estruturadas conjugadamente com as estipulações patrimoniais.

À luz do arrazoado, ao examinar o testamento, a partir de uma ótica jurídica, infere-se que o primeiro aspecto característico está assentado na **revogabilidade**. Tal fato decorre da premissa que, conquanto o instituto em destaque passe a produzir efeitos tão somente após o óbito do testador, a lei salvaguarda a possibilidade da vontade ser manifestada de maneira livre. Assim, é plenamente possível que haja a modificação do testamento, no todo ou mesmo em parte, de maneira tal que o testamento posterior terá o condão de revogar o anterior, tão somente, gize-se, no que pertine às disposições de cunho patrimonial. Logo, inviável será a revogação de cláusula que reconhece indivíduo como filho, nascido fora da constância do casamento. Tartuce e Simão anotam, ao tratarem sobre o aspecto de revogabilidade, que se dá “porque o falecido pode revogá-lo ou modificá-lo a qualquer momento. Qualquer cláusula prevendo a irrevogabilidade será considerada nula e não produzirá efeitos, nos termos do art. 1.858 do Código em vigor”⁵.

Diz-se que o testamento é negócio jurídico **unilateral**, eis que só é possível o seu aperfeiçoamento com uma única vontade, qual seja: a do testador. Nesta senda, denota-se a partir de tal aspecto característico, subsiste tão somente que a vontade do testador seja exteriorizada, para que o negócio passe a produzir efeitos de cunho jurídico. Assim, é considerado irrelevante que haja a aceitação ou a renúncia do beneficiário do testamento para que o negócio possa gerar efeito. Diniz, oportunamente, salienta que o aspecto de

⁴ Neste sentido: DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**, vol. 06. 24^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 185.

⁵ TARTUCE; SIMÃO, 2010, p. 296.

unilateralidade encontra-se adstrita ao ideário que o testamento pode, apenas, ser efetuado pelo testador, de maneira isolada⁶.

Do aspecto abordado acima, é plenamente possível colocar em evidência que, dada à sua unilateralidade, o testamento também é **ato personalíssimo**, notadamente em razão de, pelas disposições legais que orientam o assunto, precipuamente o art. 1.858 do Código Civil⁷, ser defeso a realização por meio de representante legal ou ainda convencional. Assinale, com efeito, que óbice não subsiste para que haja a participação indireta de terceiro, no que se refere à sua elaboração, como, por exemplo, a ajuda de um notário em sua confecção ou ainda a elaboração de um parecer, por profissional competente.

Dessarte, dada ao cunho personalíssimo existente na elaboração do testamento, é plenamente viável compreender que o Ordenamento Jurídico proíbe a realização de testamento de mão comum ou conjuntivo, estruturado com a participação de mais de uma pessoa. Gama define o testamento conjuntivo como “o pacto sucessório entre duas pessoas, em geral marido e mulher, prevendo benefício recíproco ou de terceiro, é expressamente proibido pelo direito brasileiro”⁸. Igualmente, resta proibido a elaboração de testamento recíproco ou correspectivo, como expressamente aduz o art. 1.863 do Código Civil: “**Art. 1.863.** É proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo”⁹. Mister se revela aduzir que nada impede que os cônjuges instituem, de maneira recíproca, herdeiros, todavia, deverão fazê-lo em atos distintos, porquanto o que a lei traz como proibição é que sejam lançadas em um mesmo testamento disposições de última vontade de mais de uma pessoa.

No que tange aos efeitos, infere-se que o ato só poderá produzir efeitos com o óbito do testador, antes de tal evento, o testamento é considerado como ineficaz. “É o ato *causa mortis*, porque só produz efeitos após o óbito do autor da herança; não pode ser, obviamente, ato inter vivos, por estarem proibidos entre nós pactos sucessórios, uma vez que não pode ser objeto de contrato de

⁶ DINIZ, 2010, p. 186.

⁷ BRASIL. **Lei Nº. 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 fev. 2012: “**Art. 1.858.** O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo”.

⁸ GAMA, 2006, p. 365.

⁹ BRASIL. **Lei Nº. 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 fev. 2012.

herança de pessoas vivas”¹⁰. Saliente-se, por oportuno, que antes do falecimento do de cujus, o testamento existe e válido, todavia ineficaz, pois seus efeitos são causa mortis. Ao lado disso, a fim de ilustra o pontuado, interessante se faz trazer à colação o entendimento jurisprudencial que versa:

Ementa: Anulação de Testamento. Capacidade Civil. Ausência de Vícios de Consentimento e de Forma. [omissis]. 2. O testamento que, foi feito com a observância dos requisitos legais, é um ato jurídico válido, perfeito e acabado, que ganha eficácia com o óbito, desencadeando os efeitos dele decorrentes. Recurso desprovido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Sétima Câmara Cível/ Apelação Cível Nº. 70038163143/ Relator Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves/ Julgado em 25.10.2011) (destaque nosso)

Outro aspecto característico do testamento é a **gratuidade**, eis que é considerado como inadmissível que o testador exija uma vantagem correspectiva, em troca das liberalidades testamentárias. “Não se trata de um negócio jurídico oneroso, não havendo qualquer remuneração ou contraprestação para a aquisição dos bens”¹¹. Todavia, a presença de um elemento oneroso não terá o condão de desnaturar o testamento, exceto se este apresentar aspecto preponderante. Outro caractere digno de nota, junte-se à **solenidade/formalidade** reclamada pelo testamento, porquanto as exigências para a sua confecção estão entalhadas no Ordenamento Civilista em vigor e afigura-se como requisito *ad substantiam*, ou seja, está intrínseco à confecção do próprio ato. Em restando configurada a inobservância dos aspectos formais, a sanção a ser estabelecida é a nulidade do testamento.

2 Da Capacidade de Testar

Inicialmente, calha avultar que a capacidade para testar não deve ser confundida com a capacidade genérica para o exercício dos atos da vida civil de maneira geral. Assim, considerando que o testamento é considerado como um negócio jurídico, imperiosa é a presença de agente capaz, objeto lícito e observância a forma prescrita ou não defesa em lei. Nesta senda, para que o ato seja considerado como válido, é preponderante que esteja devidamente atendida a capacidade testamentária, tanto ativa como passiva. Tal premissa apresenta, como axioma robusto, o preceito que o testamento goza de grande importância, porquanto, após a morte do disponente, os efeitos produzidos

¹⁰ DINIZ, 2010, p. 187.

¹¹ TARTUCE; SIMÃO, 2010, p. 296.

estão atrelados a valores econômicos-morais. Desta sorte, a validade do ato estará condicionada à apuração dos elementos intrínsecos e extrínsecos; o primeiro grupamento compreende a capacidade do testador e do herdeiro instituído e do legatário, a espontaneidade da manifestação do ato de última vontade do testador, o objeto alvo de testamento e a observância dos limites; o segundo grupamento, por seu turno, apresenta como pilar maciço o atendimento a forma estabelecida na legislação.

2.1 Da Capacidade Testamentária Ativa

Ao examinar o tema em destaque, pondera-se que a capacidade testamentária ativa é considerada como a condição de validade jurídica do ato de última vontade, já que, para elaborar testamento, é necessário que o testador seja capaz. Vale frisar que a capacidade de testar é considerada como um regra geral, enquanto a incapacidade é considerada como exceção, que carece de cabal comprovação. “Realmente, nosso Código Civil, ao prescrever a capacidade testamentária ativa, reconheceu a todas as pessoas o direito de dispor de seus bens por testamento, qualquer que seja sua nacionalidade”¹², tal fato deriva da consagração do corolário da lei domiciliar como fonte reguladora da sucessão legítima e testamentária. Com efeito, há que se assinalar que subsiste tal disposição, uma vez que a testificação é derivada do direito de propriedade, o qual é reconhecido e assegurado a todos os indivíduos. Assim, considera-se *numerus clausus* as situações consagradas no Diploma Legal, no que se refere às causas de incapacidade.

Com espeque no que acinzela o art. 1.860 do Estatuto de 2002, são considerados como incapazes para testar os menores de 16 (dezesesseis) anos, assim os absolutamente incapazes têm negada a sua capacidade testamentária. Tal fato tem como derivação a premissa consagrada pelo legislador que considerou como ausente o poder de deliberação e discernimento suficiente para que possam testar.

Anote-se, por necessário, que a consequência da incapacidade é trazer a nulidade do testamento. “Deve-se, contudo, ressaltar que o menor púbere, com 16 anos completos é relativamente capaz nos termos do art. 4º, I, da codificação em vigor, mas poderá testar validamente [...] e sem a necessidade

¹² DINIZ, 2010, p. 190.

de qualquer assistência de seus pais ou tutores”¹³. Ao lado disso, cuida realçar que andou bem o legislador ao dispensar a assistência, porquanto se esta fosse necessária, estariam afetados, de maneira preponderante, os aspectos personalíssimo e revogável do testamento, podendo, acarretar, inclusive, a nulidade do ato, já que estaria em descompasso com as disposições salvaguardadas no art. 1.858 do Código Civil.

Outrossim, são considerados como incapazes de testar os desprovidos de discernimento, uma vez que estão impossibilitados de emitir vontade livre, considerado como aspecto característico fundamental, no que concerne à sucessão testamentária, porquanto não se encontram no gozo de suas faculdades mentais. “Embora possam agir na vida civil representados pelo curador, não podem testar, ante o caráter personalíssimo desse ato, incompatível com a participação do representante”¹⁴. Logo, por tal concepção, são incapazes para testar os surdos-mudos que não puderem manifestar sua vontade, entretanto, se receberem educação apropriada, sabendo ler e escrever, inexistirá qualquer óbice que os impeça de testar.

Vale salientar que os surdos-mudos poderão testar apenas sob a forma cerrada, como bem espanca o art. 1.873 do Código Civil¹⁵. Ao lado disso, será defeso ao surdo-mudo testar, sob a forma pública, uma vez que só será considerado habilitado para tanto aquele que puder fazer de viva voz suas declarações, e analisar, por sua leitura, se estas foram fielmente exaradas. Tão pouco poderá fazer o testamento particular, uma vez que exige a leitura do conteúdo do mesmo pelo testador às suas testemunhas.

Nessa esteira, também, são considerados como incapazes para testar os que, ao exercerem tal ato, não estiverem em seu perfeito juízo, em razão de enfermidade ou ainda “sujeitos ao hipnotismo, a delírios persecutórios, a espasmo cerebral seguido de hemiplegia [...], a arteriosclerose [...], a embriaguez completa, a intoxicações provocadas por remédios ou entorpecentes, a sonambulismo”¹⁶, são apenas exemplificações em que se

¹³ TARTUCE; SIMÃO, 2010, p. 298.

¹⁴ DINIZ, 2010, p. 191.

¹⁵ BRASIL. **Lei Nº. 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 fev. 2012: “**Art. 1.873**. Pode fazer testamento cerrado o surdo-mudo, contanto que o escreva todo, e o assine de sua mão, e que, ao entregá-lo ao oficial público, ante as duas testemunhas, escreva, na face externa do papel ou do envoltório, que aquele é o seu testamento, cuja aprovação lhe pede”.

¹⁶ DINIZ, 2010, p. 191.

constata a perda da consciência dos testadores, da reflexão e serenidade, aspectos imprescindíveis para o ato de declaração de última vontade. Não poderão testar, ainda, as pessoas jurídicas, uma vez que a prerrogativa de elaborar atos de última vontade é algo inerente apenas às pessoas naturais. Quadra assinalar que pessoas jurídicas tem caráter de perpetuidade, logo, não estão sujeitas ao evento morte; em sendo temporárias, a extinção ocorrida é algo diverso da morte, é um acontecimento que possui previsão.

Insta, por derradeiro, negritar que a capacidade do testador é determinada pela data em que fez o ato de declaração de suas últimas vontades. Desta feita, se após a confecção do testamento, sobrevier ao testador incapacidade superveniente, esta não terá o condão de invalidar o ato, porquanto, ao elaborar suas últimas vontades, quando o fez, estava o testador em seu perfeito juízo. A partir de uma visão pautada na simetria, é constatável que o testamento de incapaz, ainda que cessada a superveniência de incapacidade, não poderá trazer consigo validação, dado ao momento de sua estruturação. “Por outro lado, se pessoa incapaz elabora um testamento e, posteriormente se torna capaz, o testamento continua sendo nulo”¹⁷. Assim, com efeito, vigora o princípio do *tempus regit actum*, no que se refere à elaboração do ato testamentário.

2.2 Da Capacidade Testamentária Passiva

Como regra vigente, a capacidade para adquirir por testamento orienta-se pela ordenança de que são considerados como dotados de capacidade passiva todas as pessoas, naturais ou jurídicas, existentes ao tempo do óbito do testador, não sendo computadas em tal acepção as havidas como incapazes. Obviamente, em razão da legislação albergar o vocábulo “pessoa”, entendida em sentido lato (natural e jurídica), não poderão herdar os animais e as coisas inanimadas, excetuando-se tão somente se “as disposições que lhes são alusivas se apresentem sob forma de um ônus ou de uma liberalidade a uma pessoa capaz de ser beneficiada em testamento”¹⁸.

Ademais, apenas as pessoas, nacionais ou estrangeiras, maiores ou menores, que estiverem vivas ao tempo da abertura da sucessão, poderão afigurar como herdeiras ou legatárias. Nesta esteira, se o herdeiro ou legatário

¹⁷ TARTUCE; SIMÃO, 2010, p. 299.

¹⁸ DINIZ, 2010, p. 192.

vierem a óbito primeiro que o testador, as cláusulas que o contempla não subsistirá, tornando-se caduca ou ineficaz. Entrementes, óbice não existe para que o testador, prevendo tal situação, declare que, em substancializando a premorte do herdeiro, o direito à sua sucessão transmitir-se-á aos seus descendentes, que, por substituição estipulada no testamento, herdarão. Não há que se falar em direito de representação, já que, em sede de sucessão testamentária, tal direito inexistente.

Há que se destacar que as pessoas jurídicas de direito pública e de direito privado poderão afigurar como herdeiras ou legatárias, até mesmo em razão do vocábulo “pessoa”, no que se refere à sucessão testamentária, ser aplicado em sentido lato. Outrossim, nada impede que o testador, ao dispor sobre suas últimas vontades, reserve bens a serem direcionados para fundação a ser criada, a fim de atender fito útil, cultural ou humanitário. Tal particularidade pode ser equiparada, inclusive, ao nascituro, já que a fundação não obtém existência real, todavia, com o escopo de salvaguardar tais entes, notadamente em razão do interesse geral, a legislação vigente põe a salvo. Aliás, clara é a dicção do inc. III do art. 1.799 do Código de 2002, ao entalhar que: “**Art. 1.799.** Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: [omissis] III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação”¹⁹.

Pondere-se que, em sendo aberta a sucessão, os bens reservados pelo testador ficarão sob a guarda provisória daquele que foi responsabilizado para a instituição da fundação, até que seja levado a efeito o registro do estatuto. Em ocorrendo hipótese em que o testador destina parte de seus bens a instituições beneficentes ou aos pobres, considerar-se-á, em incorrendo expressa menção, os do domicílio do falecido. Por óbvio, tal presunção não prevalecerá se o testador fizer constar que pretendia beneficiar entidade de localidade diversa da que reside.

A incapacidade para adquirir por testamento pode ser absoluta, caso haja aspecto de generalidade e indiscriminação pessoal, e relativa, se for direcionada a determinadas pessoas que, em devido a situações especiais, não podem receber, por via de testamento. No que concerne a incapacidade

¹⁹ BRASIL. **Lei Nº. 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 fev. 2012.

absoluta, pode-se trazer como exemplo as pessoas jurídicas de direito público externo, “cuja incapacidade é relativa apenas à propriedade imóvel no Brasil e aos bens suscetíveis de desapropriação, salvo os prédios necessários ao estabelecimento das legações e consulados”²⁰. Mencionadas pessoas, pelo ordenamento jurídico pátrio, estão impedidas de possuir ou adquirir bens imóveis no Brasil, não apenas por testamento, mas também em decorrência de qualquer outro título. Tal vedação apresenta como sedimento a premissa que a permissão representaria perigo à soberania nacional, erigindo óbices ao seu pleno exercício, uma vez que os governos estrangeiros poderiam, nos bens adquiridos, instalarem seus nacionais.

Outra situação digna de nota, no que atina à incapacidade absoluta, está alicerçada no ideário que o indivíduo não concebido (*nondum conceptus*) até a morte do testador não poderão herdar. Excetua-se ao expedito se restar edificada a cláusula testamentária se referir à prole eventual de pessoas a serem designadas pelo testador. Impera sublinhar que, para que o indivíduo possa herdar por testamento, imprescindível se faz que esteja o indivíduo nascido ou ao menos concebido, até que sobrevenha o falecimento do testador. A lei, entretanto, expressamente viabiliza que o de cujus contemple prole futura de um herdeiro instituído, assim como, em substituição fideicomissária, pessoa ainda não concebida.

Releva pontuar que a expressão “prole eventual” tem seu sentido adstrito aos filhos, não sendo extensivo a netos, da pessoa nomeada pelo testador. Invocando os preceitos constitucionais, notadamente no que tange à equiparação dos filhos adotivos e biológicos, alguns doutrinadores comungam do entendimento que aqueles estarão agasalhados pela locução supracitada. Entretanto, alguns entendimentos jurisprudenciais, bem como visões doutrinárias, acenam em sentido contrário, excluindo de tal acepção os filhos adotivos, sob o argumento que tal situação, por vezes, representaria uma estratégia destinada à tão somente propiciar o alcance do benefício contido no testamento. Assim, em consonância com tal visão, o Código Civil estabelece como prazo razoável para que a pessoa nomeada pelo testador, no prazo de dois anos, conceba, sob pena de não o fazendo, os bens destinados serem direcionados aos herdeiros legítimos, salvo se o testador dispuser o contrário.

²⁰ DINIZ, 2010, p. 196.

Obviamente, ambicionou o legislador evitar que tal situação se perpetue, aguardando o nascimento do sucessor do *de cuius*. Diniz, ao abordar a matéria em testilha, leciona no sentido que:

Esse prazo de espera para que o herdeiro seja concebido, sob pena de perda do benefício testamentário, justifica-se plenamente, pois a deixa foi feita *sub conditione*. Nem se poderia nomear herdeira, ou legatária, a prole eventual de pessoa que não possa conceber antes de dois anos, contados do falecimento do autor da herança [...] Como os bens não podem ficar sem dono durante o intervalo entre a morte do testador e o nascimento do beneficiário, o testador somente poderá atingir seu objetivo mediante fideicomisso [...], nomeado fiduciário para guardar tais bens. Estabelece ainda a curatela *nondum conceptus* [...] uma vez que os bens da herança que couberem a prole eventual da pessoa indicada pelo testador serão confiados, após a partilha, a um curador nomeado pelo juiz, o qual ficará com a guarda provisória, não passando de mero depositário²¹.

Em seu artigo 1.801²², o Código Civil em vigor arrolou as situações de incapacidade testamentária passiva relativa, proibindo que sejam nomeados herdeiros e legatários. A primeira situação a ser colocada em destaque referencia à pessoa que, a rogo, escreveu o testamento ou ainda seu cônjuge, companheiro, seus ascendentes, descendentes e irmãos. Tal fato tem como pilar de alicerça a ideia de que a pessoa que redigiu o ato é suspeita, podendo, desta feita, abusar da confiança nutrida pelo testador, atuando de forma tal a alterar o conteúdo da última vontade do testador. Busca evitar o legislador que haja uma indução a beneficiar o redator, a rogo, ou mesmo favorecer seu consorte ou parente de grau próximo.

De igual maneira, as testemunhas testamentárias não poderão herdar no testamento em que atuarem, porquanto podem influenciar a vontade a ser externada pelo testador, para que disponha em seu favor, já que intervêm na confecção do testamento. Em razão de tal situação “privilegiada”, as testemunhas testamentárias devem ficar isentas de quaisquer interesses de cunho material. Trata-se, nesta senda, de mecanismo empregado pelo legislador para que reste salvaguardado segurança e verdade das disposições de última vontade. As observâncias ora espancadas irão vigorar também no

²¹ DINIZ, 2010, p. 195.

²² BRASIL. **Lei Nº. 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 fev. 2012: “**Art. 1.801**. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: **I** - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos; **II** - as testemunhas do testamento; **III** - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos; **IV** - o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento”.

auto de aprovação em testamento cerrado, hipótese em que será ignorado o conteúdo das disposições de última vontade do testador.

O concubino do testador casado também encontra-se afetado pela incapacidade testamentária passiva relativa, “salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos à data da abertura da sucessão”²³. A proibição entalhada no inciso III do art. 1.801 não alcança o separado extrajudicial ou judicialmente, que poderá nomear, em testamento, sua concubina livremente, porquanto, após a ocorrência da partilha, os bens permanecem livres. Igualmente, o solteiro e o viúvo também poderão nomear suas amantes, sem que haja qualquer óbice. Em situação concreta, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul manifestou-se no sentido que:

EMENTA: Apelação Cível. Sucessões. Ação de Anulação de Cláusula de Testamento. Legatária Concubina. Apesar de toda a prova trazida aos autos acerca da relação entre o testador e a legatária, a natureza do relacionamento já foi delimitada em demanda transitada em julgado. Assim, definida a relação como adúltera, a disposição de última vontade encontra óbice no inciso III do artigo 1.801 do Código Civil. Negaram provimento ao apelo. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Oitava Câmara Cível/ Apelação Cível Nº. 70036759421/ Relator Desembargador Alzir Felipe Schmitz/ Julgado em 04.08.2011) (destaque nosso)

O tabelião, civil ou militar, o comandante e o escrivão, perante quem se fizer o testamento, tal como aquele que o fizer ou ainda aprovar o testamento, serão incapazes relativamente de herdar por testamento. Tal vedação, a exemplo da primeira situação versada no art. 1.801 do Código Civil, decorre do fato de não estarem as figuras supramencionadas isentas de suspeição. Assim, com o escopo de salvaguardar o testamento, bem como preservar a moralidade de suas disposições, o Código Civil traz disposição a fim de evitar que as pessoas ora elencadas atuem em consonância com sua vontade, abusando da confiança depositada naqueles que participam da elaboração do ato testamentário. Ambiciona-se, por consequência, expurgar dúvidas existentes, valorando-se a sinceridades das declarações contidas no ato, como também a honestidade do serventuário. Por derradeiro, apenas há que se salientar que, no caso concreto, em sendo observado o desrespeito às vedações entalhadas pelo legislador no art. 1.801 do Código Civil, ter-se-ão como nulas as cláusulas, ainda que simulem, porventura, forma de contrato oneroso ou os contemplem por pessoas interpostas.

²³ DINIZ, 2010, p. 197.

3 Da Deserdação

Em uma primeira plana, cogente se revela pontuar que nem toda a manifestação externada pelo testador possui acepção positiva, com o intento de trazer benefícios a determinada pessoa, podendo ser negativo, já que há situações em que o herdeiro necessário será privado de sua legítima, por meio da deserdação. Gama, ao conceituar o instituto em tela, apresenta deserdar como “ato pelo qual o testador exclui da herança herdeiro necessário”²⁴. Afigura-se, dentro do parte sucessória do direito civil, como situação excepcional, já que priva o herdeiro necessário de participar de sua quota na legítima. Neste passo, tem-se como deserdação o ato por meio do qual o testador, com expressa declaração da causa, exclui da sucessão, ocasião em priva da legítima o herdeiro necessário, em razão da prática de ato taxativamente elencado no Código Civil em vigor.

Para que a deserdação seja efetiva, é imprescindível a presença de determinados requisitos. Dentre estes, pode-se citar a exigência de testamento válido, com declaração expressa de fato apto a ensejar a deserdação, ocorrido, por óbvio, antes da morte do testador. Tendo em vista a formalidade carecida pelo ato em si, tão somente por meio de testamento que o *de cuius* poderá deserdar o herdeiro necessário. Nesta esteira, ainda, em sendo nulo o ato, a deserdação também o será.

Outro requisito a ser espancado é a necessidade fundamentação de causa, expressamente, prevista em lei, logo, não estará a deserdação condicionada ao arbítrio do testador, dada à gravidade das consequências oriundas de tal disposição. Igualmente, a legislação venda o emprego de analogia ou mesmo interpretação extensiva, sendo considerada as hipótese como *numerus clausus*. Com efeito, para que a deserdação se aperfeiçoe, é imprescindível que haja herdeiros necessários para serem deserdados, porquanto os demais que não integram a classe dos necessários, serão excluídos da sucessão testamentária, se não estiverem inclusos no ato.

O último requisito exigido para que a deserdação seja decretada, tange ao fato de restar comprovada a veracidade do motivo suscitado pelo testador, competindo ao herdeiro instituído ou ainda a quem que da decretação possa aproveitar, por meio de competente ação ordinária, que deverá, no prazo de

²⁴ GAMA, 2006, p. 135.

quatro anos a contar da abertura do inventário, ser intentada. Em logrando êxito em demonstrar a materialização dos elementos aptos a dar azo à decretação, a sentença privará os herdeiros necessários. Contudo, caso não consiga provar o alegado, todas as disposições atinentes à deserdação restarão prejudicadas, não produzindo qualquer efeito. Colhe-se o seguinte precedente jurisprudencial:

EMENTA: Ação Ordinária de Deserdação. Tendo a falecida exarado em testamento a firme disposição de deserdar a filha e as netas, por ofensa moral, injúria e desamparo na velhice e, havendo comprovação destes fatos, há que ser mantida a última vontade da testadora. Apelação desprovida. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Oitava Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70002568863/ Relator Desembargador José S. Trindade/ Julgado em 31.05.2001) (destaque nosso)

Dicciona, de maneira expressa e taxativa, o Código Civil, em seu artigo 1.962, as situações que, uma vez ocorridas, dão azo à decretação de deserdação, no que se refere ao descendente pelo ascendente. As ofensas físicas, leves ou graves, acenam que o herdeiro não nutre qualquer afeto, respeito ou gratidão, em relação ao testador, em razão disso, o legislador não considera justo permitir que o desceute suceda. Vale salientar que a pena civil não guarda qualquer dependência com decisão exarada em âmbito criminal. A injúria, por sua vez, deve ser aquela considerada como grave e que tenha o condão de, seriamente, atingira honra, respeitabilidade, dignidade do testador e não de pessoas de sua família ou mesmo à honra de seu consorte. “A qualidade ofensiva da palavra falada ou escrita depende da opinião, dos hábitos e crenças sociais, variando conforme as circunstâncias, daí deixar-se ao prudente critério do juiz decidir se constitui ou não injúria grave, intolerável e propositada, que justifique a deserdação do ofensor”²⁵.

Considera-se, também, como causa apta a ensejar a deserdação a relação ilícita mantida com a madrasta ou o padrasto, uma vez que afiguram eivadas de adultério e incesto, vez que há, por afinidade, um parentesco, em linha reta, que não se extingue com a dissolução do casamento que lhe deu gênese. Ao lado disso, tal relação mancha o ambiente doméstico, comportando a decretação da deserdação. Outrossim, o desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade, por trazer à tona, por parte do

²⁵ DINIZ, 2010, p. 203.

herdeiro, desafeição pelo testador, ausência de solidariedade e egoísmo, em decorrência disso autorizam a deserdação.

Doutra banda, o descendente estará autorizado a deserdar ao ascendente se ocorrer, além das causas de indignidade, as hipóteses enumeradas no art. 1.963 do Código Civil²⁶. São situações que se assemelham às que foram previstas pelo legislador em relação do descendente deserdado pelo ascendente, são elas: ofensas físicas, injúria grave, relações ilícitas com a mulher ou companheiro do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta, desamparo do descendente, filho e neto, em estado de deficiência mental ou grave enfermidade.

No que se relaciona aos efeitos oriundos da deserdação, necessário se faz arrazoar que, em consonância com o estatuído no art. 1.784 do Código Civil, o deserdado “adquire o domínio e a posse dos bens da herança com a abertura da sucessão; todavia, com a publicação o testamento, surge uma condição resolutiva da propriedade”²⁷. Assim, em sendo provada a causa ensejadora da deserdação, será o herdeiro excluído da sucessão, sendo os efeitos da sentença retroagidos até o momento da abertura da sucessão. Neste passo, o deserdado será considerado como se morto estivesse, *ergo*, como se nunca tivesse tido o domínio dos bens do acervo hereditário do testador.

Outro efeito digno de nota encontra relação com o aspecto personalíssimo do instituto em tela, porquanto a deserdação não abrangerá os descendentes do deserdado, operando-se a sua substituição. Destarte, a penalidade recairá tão-somente sobre o culpado, vez que é rotundo o corolário que obsta a punição do inocente. Há, ainda, como efeito da deserdação, a necessidade de restar preservado a integridade do acervo hereditário para que, em não sendo provada a situação ensejadora da punição, ser restituído ao herdeiro necessário. Sobreleva notar que, inocorrendo a situação, a quota será revertida aos demais herdeiros. Desta feita, com vistas a preservar a parte que,

²⁶ BRASIL. **Lei Nº. 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 fev. 2012: “**Art. 1.963**. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes: **I** - ofensa física; **II** - injúria grave; **III** - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta; **IV** - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade”.

²⁷ DINIZ, 2010, p. 205.

possivelmente, caberá ao deserdado, carecida será a nomeação do depositário judicial, que custodiará a herança até que a sentença transite em julgado.

Como último efeito da deserdação, pode-se anotar que, em não sendo devidamente comprovada a situação ensejadora da punição, a cláusula que sobre ela versar não produzirá efeitos. Porém, em tudo mais que não contrariar a legítima do herdeiro necessário, o testamento produzirá efeitos, amoldando-se, inclusive, se imprescindível for, as diminuições carecidas em relação aos demais herdeiros, para que a legítima do herdeiro ineficazmente deserdado tenha resguardada a sua parte. Convém assinalar, por derradeiro, que a simples reconciliação entre o testador e o herdeiro deserdado não gera a ineficácia da deserdação, caso o testado não se valha da revogação.

4 Formas de Testamento: Notas Introdutórias

Conforme assinalado algures, o testamento é considerado como um ato personalíssimo, revestido de formalidade, que exige a presença de um sucedâneo de requisitos *ad substantiam*, cuja inobservância acarreta a nulidade a declaração de última vontade do testador. Ao lado do expendido, calha frisar a eficácia jurídica do ato em destaque está subordinado à obediência da forma fixada pela legislação vigente, sob pena de nulidade absoluta, podendo, inclusive, ser decretada de ofício pelo magistrado, quando tiver conhecimento de tal fato.

Nesta esteira, deverão ser atendidos, de maneira concomitante, o elemento intrínseco (a forma interna) e o extrínseco (a forma externa ou aspecto formal). O primeiro elemento compreende a capacidade testamentaria passiva e ativa, a maneira em que se operou a distribuição dos bens pelos herdeiros instituídos e legatários, assim como, em havendo a presença de herdeiros necessários, o respeito a quota que lhes pertine, ressalvada, com efeito, a hipótese de deserdação. Doutro giro, o segundo elemento alude “ao número de testemunhas, à sua rogação e capacidade; às espécies de testamento, ou seja, o modo especial pelo qual o testador deve exprimir sua vontade, para que o testamento tenha eficácia jurídica”²⁸, assim como às pessoas a que compete cumprir as disposições de última vontade do testador, isto é, os testamenteiros.

²⁸ DINIZ, 2010, p. 209.

Cuida evidenciar que a observância estrita das formalidade elencadas pelo Diploma de 2002 visam assegurar a autenticidade do testamento, bem assim salvaguardar a vontade livre do testador, viabilizando, quando da estruturação do ato, a identificação do testador e a correspondência com a declaração por ele externada e a forma espontânea como que aquela se deu. Anote, por oportuno, que as exigências a serem atendidas são as enumeradas pela legislação, quando da realização do ato, pois, como espancado em momento pretérito, vigora o princípio do *tempus regit actum*. Neste sentido, colhe-se o seguinte precedente jurisprudencial:

Ementa: Sucessões. Pedido de confirmação de testamento particular datilografado. Regras do Código Civil de 1916. Mitigação do rigorismo formal pela evolução jurisprudencial. Número mínimo de cinco testemunhas não observado. Vício de forma. Invalidez insuperável. Possibilidade de declaração *ex officio*. Indeferimento da petição inicial. 1. As regras formais do testamento devem observar o princípio *tempus regit actum*. [...] (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Sétima Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70011448412/ Relatora Desembargadora Maria Berenice Dias/ Julgado em 01.06.2005) (destaque nosso)

Quanto à forma externa do testamento, a lei pátria traz à tona a possibilidade de que a manifestação de última vontade do testador seja explicitada de múltiplas formas, apresentando diversas espécies de testamento. Neste almiré, os testamentos são considerados como ordinários, quando puderem ser adotados por qualquer pessoa capaz, independente da condição, como ocorre com o testamento público, cerrado e particular. Os atos ainda podem ser considerados como especiais, situação em que a lei, expressamente, assinala que tão apenas determinadas pessoas poderão utilizá-lo, como é o caso do testamento aeronáutico, marítimo e militar.

Veda, entretanto, a lei que seja constituída uma forma híbrida, decorrente da junção de duas ou mais espécies. Igualmente, em razão do aspecto personalíssimo do ato, o Código Civil tornou defeso o testamento conjuntivo, seja na forma simultânea, recíproca ou correspectiva. O primeiro, também denominado de mancomunado ou ainda de mão comum, trata-se de situação em que, no ato testamentário, dois testadores beneficiariam, de maneira conjunta, terceira pessoa.

Já o recíproco tem, como caractere, o fato, de um único ato, os testadores se beneficiarem mutuamente, sendo instituído como herdeiro aquele

que sobrevivesse. O testamento correspectivo, por seu turno, consiste na premissa que os testadores efetuaram disposições testamentárias em retribuição de outras correspondentes. O Código Civil aboliu o testamento nuncupativo, que admitia testamento de viva voz aos doentes que se encontrassem em perigo de vida, feito perante número estabelecido de testemunhas, que tivessem conhecimento acerca da sua vontade de testar, bem como entendesse as disposições de última vontade e do bom juízo do testador²⁹. Com efeito, o testamento tornava-se ineficaz se o testador recuperasse sua saúde. A possibilidade de tal espécie, atualmente, vigora tão somente em relação a militares, quando feridos ou empenhados em combate.

5 Das Formas Ordinárias de Testamento e suas Regras Gerais:

5.1 Do Testamento Público

Denomina-se testamento público, aquele que é elaborado pelo tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, em consonância com a declaração de vontade externada pelo testador, a qual é explicitada verbalmente, em vernáculo nacional, perante o mesmo oficial e na presença de duas testemunhas, que deverão ser consideradas como pessoas idôneas ou ainda desimpedidas. Prima assinalar que a competência para a elaboração do testamento público é do Tabelionato de Notas. “ É hígido o testamento público, lavrado por tabelião, que possui fé-pública, onde o testador, de livre e espontânea vontade, dispõe de determinados bens”³⁰.

Afigura-se como requisito essencial desta espécie, ser o ato escrito, manual ou mecanicamente, por tabelião ou ainda por seu substituto legal em seu livro de notas, observando-se, imperiosamente as declarações apresentadas pelo testador. Ao lado disso, impõe anotar que as declarações serão prestadas na presença de duas testemunhas, consideradas como pessoas idôneas ou desimpedidas, tratando-se tal exigência como requisito *ad substantiam* da espécie em apreço. “Tais declarações do testador deverão ser

²⁹ Neste sentido: TARTUCE; SIMÃO, 2010, p. 300-301: “[...] não se admite o chamado testamento nuncupativo em que o testador verbalmente narra perante testemunhas sua última vontade, quando está prestes a morrer. A lei só admite o casamento nuncupativo (*in extremis*) e o testamento militar nuncupativo para os feridos em guerra”.

³⁰ **RIO GRANDE DO SUL**. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. Ação Anulatória de Testamento. Acórdão proferido em Apelação Cível Nº 70043867860. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Alzir Felipe Schmitz. Julgado em 24 nov. 2011. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 19 fev. 2012.

feitas de modo direto e espontâneo, para evitar qualquer equívoco. Embora a lei não o diga, esse testamento deverá ser redigido no idioma oficial do país, ou seja, em língua nacional (português)³¹, eis que é feito através de escritura pública, observando-se as disposições do art. 251, §3º, do Código Civil³².

Feita a lavratura do testamento, o tabelião, em alta voz, o lerá perante o testador e as duas testemunhas, ou, ainda, pelo próprio testador às testemunhas, se assim preferir, denota-se, por óbvio, que tal particularidade também é requisito formal do testamento público. Frise-se que o Diploma de 1916 enumera como necessário cinco testemunhas, todavia, a Lei em vigor, valorando o corolário da operabilidade, promoveu a redução para duas. “Deve-se perceber que a presença das testemunhas à leitura é essencial, e a sua ausência acarreta a nulidade do testamento, pois, se assinarem posteriormente, não poderão comprovar se a declaração corresponde à vontade do falecido”³³.

Outro requisito enumerado pelo Código de 2002, concerne ao fato de ser o ato assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião, de maneira seguida e em um ato contínuo. Com efeito, em sendo o testador analfabeto ou ainda não puder exarar sua assinatura, por motivo de patologia ou acidente, o tabelião ou seu substituto o declarará, assinando, neste caso, pelo testador, e, a seu rogo, uma das testemunhas, conquanto não configure como nulidade se terceira pessoa, a rogo, assinar.

O indivíduo que puder, de viva voz, declarar sua vontade e verificar, através de sua leitura, haver sido fielmente transcrita sua última disposição de vontade poderá utilizar do testamento público. Destarte, o mudo não poderá testar por essa forma e tão pouco o surdo-mudo, mesmo que saiba ler e escrever, porquanto, além de não poder manifestar oralmente sua vontade, também não pode ouvir a leitura do ato. O inteiramente surdo, que externará a sua vontade ao tabelião na presença de duas testemunhas, e, caso saiba ler procederá a leitura de seu testamento; não sabendo ler, designará o testador quem o leia em seu lugar, perante as testemunhas. “Assim, a pessoa por ele

³¹ DINIZ, 2010, p. 214.

³² BRASIL. **Lei Nº. 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 fev. 2012: “**Art. 215.** A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena. [omissis] **§3º** A escritura será redigida na língua nacional”.

³³ TARTUCE; SIMÃO, 2010, p. 304.

designada para proceder à leitura da disposição testamentária não poderá ser uma das testemunhas instrumentais, mas uma terceira pessoa, que será uma testemunha suplementar, e lerá, de viva voz, o testamento”³⁴.

Ao cego só é permitida a utilização desta espécie de testamento, a qual será lida em voz alta, duas vezes, a fim de que verifique o conteúdo constante da cédula testamentária e se esse corresponde, com precisão, à vontade por ele manifestada. É imprescindível que a leitura seja feita por duas vezes, sob pena de nulidade, sendo que uma será realizada pelo tabelião, ou seu substituto legal, e outra por uma das testemunhas, que será designada pelo testador. Quadra sublinhar que todas essas ocorrências (a dupla leitura e a testemunha indicada pelo testador para promover a leitura das disposições lavradas pelo tabelião ou seu substituto legal) deverão ser devidamente mencionadas no testamento, sob pena de nulidade.

Ocorrendo o falecimento do testador e dando início à abertura da sucessão, o traslado será apresentado em juízo, sendo o conteúdo lido na presença do apresentante e dos interessados, que, porventura, desejarem ouvir. Ato contínuo, será oficiado ao representante do Ministério Público. Não subsistindo qualquer vício extrínseco, o magistrado ordenará o registro e o efetivo cumprimento das disposições testamentárias, notificando-se a pessoa indicada como testamenteira para que assine o competente termo de aceitação da testamentaria. Exequível invalidação do ato deverá ocorrer, contenciosamente, na via ordinária e não em processo de inventário.

5.2 Do Testamento Cerrado

Também denominado de testamento místico ou secreto, o testamento cerrado é “aquele que é escrito e assinado de próprio punho pelo testador ou por outra pessoa a seu rogo, autenticado pelo competente oficial público”³⁵, na presença de duas testemunhas idôneas. A vantagem apresentada na espécie em estudo está atrelada ao sigilo, salvaguardando em segredo o conteúdo exarado até a abertura, sendo, antes disso, o teor conhecido apenas pelo testador. “Qualquer pessoa, parente ou não do testador, pode escrever o testamento a seu pedido, mas será nulo o negócio jurídico se tal pessoa for

³⁴ DINIZ, 2010, p. 220.

³⁵ GAMA, 2006, p. 365.

beneficiária dos bens, bem como se o beneficiário for cônjuge, companheiro, ascendente ou irmão de quem escreveu”³⁶.

Em seu art. 1.868, o Código Civil elenca os requisitos essenciais para a confecção do testamento cerrado. O primeiro a ser alvo de análise é a cédula testamentária escrita pelo testador ou, a seu rogo, por alguém, que pode ser o tabelião, parente ou mesmo pessoa estranha, atentando-se tão somente que dita pessoa não poderá ser herdeiro ou legatário, ascendente, descendente, irmão e cônjuge do beneficiado da disposição da vontade externada pelo testador. Cuida pontuar que, em sendo o testamento cerrado em vernáculo estrangeiro, com a abertura da sucessão o ato redigido será traduzido por tradutor juramentado. Será considerada nula a disposição, gize-se, que for passada em benefício daquele que escreveu, a pedido do testador, o ato, ainda que apareça como beneficiária pessoa interposta. Ainda no que se refere a este requisito, o testamento deverá ser manuscrita ou mesmo datilografada, sendo imprescindível apenas a numeração de todas as páginas e a autenticação com a assinatura do subscritor. Defesa está, entretanto, a utilização de escrita não convencional, como, por exemplo, o Código Morse.

Mister se faz que a cédula seja assinada pelo testador, quando o ato foi por ele escrito, ou ainda por outra pessoa, que o fez a seu rogo. Após, deverá o testamento ser entregue ao tabelião pelo testador, na presença de duas testemunhas, ocasião em que declarará ser aquele o seu testamento e que deseja sua aprovação. “Se o testador não fizer essa declaração, o tabelião, perante as testemunhas, perguntar-lhe-á se aquele é o seu testamento que quer que seja aprovado”³⁷. Em sendo o testador mudo ou surdo-mudo, imperiosa será a necessidade, ao entregar a cédula, perante o oficial e as duas testemunhas, na face externa do testamento, como salienta o art. 1.873 do Código Civil, que aquele é o seu testamento cuja aprovação pede.

Após a entrega, deverá o tabelião ou seu substituto lavrar auto de aprovação ou de autenticação, perante duas testemunhas, momento em que, sob sua fé, que o testador, para aprovação, entregou o testamento. Averbese-se que, em sendo o testador surdo-mudo ou mudo, o tabelião fará constar, quando da elaboração do auto de aprovação, que a declaração escrita na face

³⁶ TARTUCE; SIMÃO, 2010, p. 306.

³⁷ DINIZ, 2010, p. 222.

externa do testamento foi exarada em sua presença e de duas testemunhas. Imediatamente, após a última palavra do testamento, qual seja: a assinatura do testador, o notário dará início a aprovação do mencionado ato.

Em não havendo espaço na última folha, o notário iniciará a aprovação em outra folha, em apartado, desde que coloque nele o seu sinal público e, em instrumento de aprovação, declare. Com o escopo de evitar substituição, a legislação exige que o tabelião aponha o seu sinal público em qualquer parte do texto, já que o instrumento de aprovação ficará apartado da cédula testamentária. “É de se notar apenas que, se não houve espaço em branco na última folha do testamento, para o início da redação do auto de aprovação, como cautela para que se evite qualquer problema de alteração ou de complemento futuro”³⁸ Óbice não subsiste para que o tabelião, mesmo que a rogo, tenha redigido o ato, venha lavrar o auto de aprovação, atuando, desta sorte, como delegado do Poder Público.

Encerrada a lavratura do auto, o testamento será cerrado e cosido, juntamente com o auto de aprovação, cujo invólucro será cosido com cinco pontos de retrós, atentando-se as práticas cartorárias vigentes. Após tal ato, deverá ao testador ser entregue o testamento, não ficando com o tabelião qualquer cópia, que desconhecerá o conteúdo da disposição, lançando, tão-somente, em seu livro a anotação do lugar, dia e ano que se deu a aprovação e a entrega. Cuida salientar que se o testador romper o lacre, acenará a revogação do testamento.

Após a abertura e a leitura da cédula testamentária pelo magistrado, os mesmos trâmites referentes ao testamento público serão observados, que se encerram quando é extraída a competente cópia para a juntada ao inventário. Acresça-se que não poderão utilizar da forma em comento as pessoas que não saibam ou ainda não possam ler, já que é essencial que o conteúdo escrito seja certificado, o qual será entregue ao tabelião para leitura e aprovação, assim impedidos estão os analfabetos e os cegos.

5.3 Do Testamento Particular

Denominado, ainda, de testamento aberto ou hológrafo, considera-se como particular o testamento que é escrito e assinado pelo testador e, em voz alta, é lido perante três testemunhas idôneas, que também deverão assiná-lo.

³⁸ TARTUCE; SIMÃO, 2010, p. 310.

Assim, a redação e a assinatura de próprio punho, por parte do testador, afigura-se como requisito essencial, não sendo admitido a assinatura a rogo, nem mesmo a utilização de qualquer escrita convencional. Não há óbice que o ato seja datilografado ou escrito por outra escrita mecânica, devendo, por óbvio, ser impresso. É admissível que seja escrito em língua estrangeira, todavia, as testemunhas deverão entender, a fim de que compreendam o conteúdo de suas disposições, quando houver a leitura. Cogente se faz gizar que a data da confecção deverá ser assinalada, com o escopo de auferir se o testador era capaz quando declarou as disposições de última vontade.

Em sendo escrito de próprio punho, eventuais rasuras não invalidarão o ato, desde que haja ressalvas neste sentido ou ainda autenticação com a firma do testador. Entrementes, se for elaborado por processo mecânico, tal possibilidade não prevalecerá, sendo ainda vedada a presença de espaços em branco. O conteúdo, após o término da elaboração, será lido na presença de três testemunhas, devidamente qualificadas, que assinarão em seguida o ato. “Publicação (abertura) em juízo do testamento, mediante requerimento de herdeiro, legatário ou testamenteiro, com a citação dos herdeiros legítimos que não o requereram, ou genericamente daqueles a quem caberia a sucessão, e do órgão do Ministério Público”³⁹.

Insta salientar que o procedimento de publicação é ato considerado como complementar, destinado a confirmá-lo após a colheita do depoimento das testemunhas, já que estas, em Juízo, serão inquiridas a respeito do conteúdo do testamento e de suas assinaturas, bem como a do testador. É de se notar que a eficácia do testamento particular dependerá da confirmação judicial. “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”⁴⁰. Admite a legislação vigente que, em ocorrendo situações excepcionais, o testador, que se encontrar em risco de perder a vida, poderá declarar na cédula, de próprio punho, sem a presença de testemunhas. Cuida salientar que o juiz poderá, em ocorrendo situação como tida extraordinária ou emergencial, confirmá-lo. Trata-

³⁹ DINIZ, 2010, p. 228.

⁴⁰ TARTUCE; SIMÃO, 2010, p. 314.

se de testamento de emergência ou testamento particular excepcional, podendo, assim, o testador lançar mão, que estiver em situação inusitada.

6 Dos Testamentos Especiais

6.1. Do Testamento Marítimo e Aeronáutico

Admite o Ordenamento Jurídico que, em configurada situação de emergência e a título provisório, seja lavrado o testamento marítimo e o aeronáutico. “Considerando-se que uma viagem prolongada pode suscitar o desejo de prevenir a sucessão e não tendo o testador meios de utilizar uma daquelas formas ordinárias, possibilita-se, assim, que não morra na viagem *ab intestato*”⁴¹. Nestes termos, o testamento marítimo é o elaborado a bordo dos navios nacionais, compreendendo tantos os de guerra como os mercantes, que se encontrem em viagem, atentando-se para as solenidades estabelecidas. Já o testamento aeronáutico pode ser confeccionado a bordo de aeronaves, militar ou comercial, quando o testador se encontre em viagem e tenha sido acometido de um mal súbito ou, ainda, piorado de patologia que já possuía. Assim, deverá declarar suas últimas vontades, perante pessoa a ser designada pelo comandante, na presença de duas testemunhas.

A Lei Substantiva Civil prescreve duas formas de testamento marítimo e aeronáutico, uma que corresponde ao testamento público e outra que se assemelha ao testamento cerrado. Na primeira espécie admitida pela legislação em vigor, o ato será lavrado perante o comandante ou pessoa por ele designada, em se tratando de aeronáutico, bem como duas testemunhas, que estarão presentes a todo o ato e que, logo após o testador, assinarão o ato. Saliente-se que, se o testador não puder exarar sua assinatura, uma das testemunhas o fará, declarando que fez a seu rogo.

A segunda forma, por seu turno, se materializa quando é escrita pelo testador ou por outra pessoa, a seu rogo, e entregue ao comandante, na presença de duas testemunhas, que reconheçam e entendam o testador, devendo este declarar, no mesmo ato, que as disposições apresentadas são o seu testamento. Uma vez recebido o testamento, o comandante certificará o ocorrido, datando e assinando com o testador, bem como com as duas testemunhas que a tudo presenciaram.

⁴¹ DINIZ, 2010, p. 230.

Há que se evidenciar que, em se tratando de testamento marítimo, sua utilização será possível tanto pela tripulação como pelos passageiros, desde que a embarcação se encontre em viagem no mar ou ainda em extenso percurso fluvial ou lacustre. Entretanto, se ancorado estiver, não poderá ser efetiva, se o testador puder desembarcar e testar na forma ordinária, ressalvada a situação de não poder o testador desembarcar por se encontrar gravemente enfermo ou por proibição imposta por autoridade local.

O registro do testamento aeronáutico e marítimo deverá ser feito no diário de bordo e, sob a guarda provisória do comandante, ficará o testamento, dada as suas funções notariais, que, ao desembarcar no primeiro porto ou aeroporto nacional, mediante contra recibo averbado, procederá a entrega do ato de declaração de últimas vontades do testador. “Prevê ainda o Código Civil que perderão a eficácia o testamento marítimo e aeronáutico se o testador não morrer na viagem ou noventa dias subsequentes ao seu desembarque em terra e, ainda assim, não tiver feito, na forma ordinária, outro testamento”⁴². É denominada de caducidade de testamento, tal fato se dá, negrite-se, em razão da excepcionalidade da situação em que o testador se encontrava.

6.2 Do Testamento Militar

Inicialmente, tem-se por testamento militar como as declarações de última vontade feita por militares e demais pessoas que se encontrem a serviço das Forças Armadas em campanha, fora ou dentro do país, ou ainda em praça sitiada ou mesmo com as comunicações interrompidas. Trata-se de situação excepcional em que não há tabelião ou substituto legal. Gama define o testamento militar como “aquele feito por militar ou pessoa a serviço do Exército em campanha, dentro ou fora do país, achando-se sem comunicações”⁴³. O testamento militar comporta três formas: uma semelhante ao testamento público, outra similar ao testamento particular e uma terceira de forma denominada nuncupativa.

A primeira é substancializada quando as disposições de última vontade do testador são escritas pela autoridade militar ou de saúde, na presença de duas ou três testemunhas. “Se o testador pertencer a corpo ou seção de corpo destacado, o testamento será escrito pelo respectivo comandante, ainda que

⁴² TARTUCE; SIMÃO, 2010, p. 318.

⁴³ GAMA, 2006, p. 365.

de graduação ou posto inferior”⁴⁴. Em estando o testador em tratamento nosocômico, serão as disposições de última vontade escritas pelo diretor do estabelecimento ou pelo oficial de saúde. Anote-se, ao lado disso, que sendo o testador oficial mais graduado, as disposições serão escritas por aquele que o substituir. Por derradeiro, o ato será assinado pelo testador e pelas testemunhas; em não sendo possível ao testador exarar sua assinatura, ou ainda não souber assinar, uma das testemunhas o fará.

A outra forma admitida pelo Códex Civil se assemelha ao testamento particular ou cerrado, sendo caracterizado quando é escrito de próprio punho pelo disponente e pelo auditor é autenticado. “Se o testador souber escrever, poderá fazer o testamento de próprio punho, contanto que o date e assine por extenso, e o apresente aberto ou cerrado, na presença de duas testemunhas ao auditor, ou ao oficial de patente, que lhe faça as vezes nesse mister”⁴⁵. Incumbirá ao auditor, ou quem lhe faça as vezes, em qualquer parte do corpo do testamento cerrado, anotar o lugar e a data (dia, mês e ano) em que o mesmo lhe foi apresentado, sendo que tal anotação será cuidadosamente assinada por ele e pelas testemunhas.

Por derradeiro, a forma nuncupativa admitida, apenas, no que tange ao testamento militar, podendo o mesmo ser feito de viva voz, perante duas testemunhas. Essa forma é feita por militar ou ainda por pessoa que esteja empenhada em combate, ou ainda ferida em campo de batalha, momento em que confiará, verbalmente, as disposições de sua última vontade a duas testemunhas, que, com efeito, deverão reduzi-las a termo e apresentá-las, após exaradas as suas assinaturas, ao auditor. Gama, ao conceituar o testamento nuncupativo, apresenta-o como “aquele destinado a militares e pessoas a serviço do país em guerra, lavrado durante as operações de campo ou em decorrência de ferimentos”⁴⁶

No mais, averbe-se que efeito não produzirá o testamento em destaque se o testador não vier a óbito na guerra ou ainda convalescer do ferimento. “Ante a urgência da situação e a gravidade das declarações a serem feitas, as testemunhas deverão ser advertidas dos efeitos das falsidades que alegarem

⁴⁴ DINIZ, 2010, p. 233.

⁴⁵ TARTUCE; SIMÃO, 2010, p. 320.

⁴⁶ GAMA, 2006, p. 365.

ou das distorções em seus depoimentos”⁴⁷, bem como acerca de terem sido levadas por outra pessoa a prestar informações que não se coadunam com a verdade, a fim de tão somente beneficiar alguém. Anota, ainda, o Código Civil que as disposições relativas ao testamento ordinário particular incidirão sobre o testamento militar, logo, as disposições exaradas necessitarão de confirmação pelo magistrado, para que possa produzir efeitos.

7 Apontamentos Finais

Tendo como sedimento o argumentos expostos até o momento, infere-se que o testamento, dentro da ramificação civil do Direito, é tema de proeminência, ainda que não seja hábito da população dispor de suas vontades nesta espécie de negócio jurídico. Tal fato tem como ponto de alicerce o ideário de que o testamento, como última manifestação de vontade do testador, produz efeitos que se estendem tanto para o âmbito patrimonial como extrapatrimonial, culminando, inclusive, em acarretar sanção civil robusta, a saber: a deserção de herdeiro necessário, se devidamente comprovada situação apta e prevista no Código Civil, a acarretar tal decretação. Desta feita, a compreensão de todos os aspectos característicos do testamento e as múltiplas espécies consagradas no Ordenamento Pátrio afigure-se como mecanismo essencial para a aplicação escoreita das disposições alusivas à matéria sucessória.

Referências:

BRASIL. **Lei Nº. 10.406**, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 fev. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**, vol. 06. 24^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Dicionário Básico Jurídico**. Campinas: Russel, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. Ação Anulatória de Testamento. Acórdão proferido em Apelação Cível Nº 70043867860. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Alzir Felipe Schmitz. Julgado em 24 nov. 2011. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 19 fev. 2012.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito das Sucessões**, vol. 06. 3^a ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Método, 2010.

⁴⁷ DINIZ, 2010, p. 234.