

Sucessão - testamento - formalidades

JOSÉ DA SILVA PACHECO

O testamento é um ato solene que deve submeter-se a numerosas formalidades que não podem ser descuradas ou postergadas, sob pena de nulidade.

Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial n. 302.767-PR (2001/0013413-0)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha

(Ac. publ. em 24/9/2001)

EMENTA

CIVIL. SUCESSÃO. TESTAMENTO. FORMALIDADES. EXTENSÃO.

O testamento é um ato solene que deve submeter-se a numerosas formalidades que não podem ser descuradas ou postergadas, sob pena de nulidade.

Mas todas essas formalidades não podem ser consagradas de modo exacerbado, pois a sua exigibilidade deve ser acentuada ou minorada em razão da preservação dos dois valores a que elas se destinam - razão mesma de ser do testamento -, na seguinte ordem de importância: o primeiro, para assegurar a vontade do testador, que já não poderá mais, após o seu falecimento, por óbvio, confirmar a sua vontade ou corrigir distorções, nem explicitar o seu querer que possa ter sido expresso de forma obscura ou confusa; o segundo para proteger o direito dos herdeiros do testador, sobretudo dos seus filhos.

Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Júnior, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro.

Brasília, 5 de junho de 2001 (data do julgamento). (Ministro Ruy Rosado de Aguiar - Presidente; Ministro Cesar Asfor Rocha - Relator)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Do r. aresto recorrido proferido em Embargos Infringentes opostos pelos ora recorridos, consta que "a matéria objeto de divergência, levantada em ação de nulidade de testamento público, refere-se ao comando previsto no artigo 1.632, incisos I e II, do Código Civil, que exige a presença de cinco testemunhas como requisito essencial à validade do ato".

Tais Embargos foram acolhidos, por maioria conforme dá conta o seguinte sumário:

"Civil - Testamento público.

Ação de nulidade de testamento público - Documento que tem suas declarações portadas por fé pública - Presunção de veracidade não elidida pelo depoimento de duas testemunhas instrumentárias que, vinte anos depois, declaram no curso da ação não recordar de assistirem ao ato. Circunstância atribuível à falibilidade da memória humana, considerando-se o grande tempo decorrido. Higidez do documento, ademais, aferida por perícia técnica. Nulidade afastada.

Anulação de testamento público. A fé pública do tabelião, conformada por testemunhas só pode ser elidida mediante prova indiscutível, o que no caso, não acontece" (Supremo Tribunal Federal - RE 43.077, 1ª Turma, Rel. Min. Cândido Motta). (fls. 556/557)

Rejeitados os aclaratórios, foi interposto o presente Recurso Especial com base nas letras "a" e "c" do permissor constitucional por sugerida divergência com os julgados que indica e por alegada violação ao artigo 1.632, II do Código Civil.

Alega a recorrente que a questão de direito está em saber se o testamento lavrado sem a presença de uma das cinco testemunhas exigidas pela lei é ou não válido.

O eg. Tribunal local, ao acolher os Infringentes, pela apertada maioria de um voto, em quorum de sete julgadores, teria entendido que sim.

É que o Desembargador Relator foi seguido integralmente por dois julgadores, enquanto que o quarto julgador acolheu os Embargos mas por considerar que a vontade do testador deveria prevalecer; por jamais ter sido impugnada, apesar do vício ocorrido no testamento, qual seja a não presença, em todo o ato, de uma das testemunhas.

Observo que a recorrente é neta do testador e as pessoas físicas beneficiadas com o testamento foram os filhos deste, juntamente com as instituições benemerentes ora recorridas.

O testamento foi firmado em 1972, na Cidade de Imbituva/PR, distante cerca de 60 quilômetros da Cidade de Ponta Grossa/PR, onde o testador residia, quando contava com 82 anos (faleceu aos cem anos), tendo a ação sido proposta em 1992, vinte anos depois da celebração do testamento.

Admitido na origem, o douto Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do Recurso Especial, pela pretensão de reexame de prova.

Era o de importante a relatar.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator):

1. A recorrente promoveu uma ação de nulidade de testamento contra os recorridos alegando, no que ainda há de útil, que pelo menos uma das testemunhas que o assinaram como tendo assistido o ato não teria, em verdade, dele participado. Por isso, o testamento seria nulo. A ação foi julgada improcedente em primeiro grau sendo, por maioria provida a apelação, que foi reformada pelos Embargos Infringentes, também por maioria (um voto de diferença), o que ensejou a interposição do Recurso Especial em exame.

Como já dito, a recorrente é neta do testador e as pessoas físicas beneficiadas com o testamento foram os filhos deste, juntamente com as instituições benemerentes, ora recorridas.

O testamento foi firmado em 1972, na Cidade de Imbituva/PR, distante cerca de 60 quilômetros da Cidade de Ponta Grossa/PR, onde o testador residia, quando contava com 82 anos (faleceu aos cem anos), tendo a ação sido proposta em 1992, vinte anos depois da celebração do testamento.

2. Extraio do r. voto condutor da decisão hostilizada, que foi integralmente seguida por mais de dois julgadores, as seguintes passagens:

"Prudente Cláudio Pedroso, titular do cartório, na época em que foi lavrado o testamento afirma que as declarações do testador foram tomadas na presença das testemunhas eis que é praxe e sempre era feito isso. Gilson Cezar de Camargo, em seu depoimento de fls. 264, reconhece como sua a assinatura aposta no documento questionado, dizendo não ter lembrança de ter assistido a lavratura do testamento e de que tenha sido lido em sua presença. Embora tal testamento possa trazer dúvidas, não se presta ele para tornar inválido o testamento público, que não é um documento qualquer, facilmente atingível; não é possível abalá-lo simplesmente porque uma das testemunhas vem trazer dúvidas quanto a estar presente a todo o ato e que após escrito, tenha sido lido em sua presença. Outrossim, temos que os atos praticados pelos Oficiais Públicos, em razão do ofício, gozam de presunção de veracidade e valem até prova em contrário e esta não foi produzida suficientemente para se invalidar o ato. Como bem referenciou o douto Procurador de Justiça, o testamento está assinado por tabelião e por todas as testemunhas e o laudo pericial atestou que não houve fraude. Assim, o depoimento de uma testemunha, vinte anos após a lavratura do ato não tem o condão de anular a disposição de última vontade. Admitir o contrário seria desconsiderar o primado da segurança jurídica. Raramente um indivíduo consegue reter fielmente por muito tempo os detalhes do fato testemunhado e entre as várias razões que podem levar a uma tal mudança de imagem temos a influência do decurso do tempo, o que pode ter ocorrido com a testemunha em focalização." (fls. 560/561)

"Como assentado no voto solitário, o depoimento isolado das testemunhas instrumentárias não roborado por outras provas, não tem a força de abalar a presunção de veracidade do que foi declarado pela Oficial Pública.

Mas há aqui algo que deve ser enfatizado: o decurso de longos vinte anos, permeados entre a lavratura do ato e os depoimentos em juízo, foi determinante para gerar a controvérsia posta em debate.

Com efeito, após todo esse tempo, de todo justificável a falta de lembrança da testemunha Gilson Cezar de Camargo quanto a sua presença ao ato. A memória, ao menos para a grande maioria das pessoas, igualmente falharia em tal circunstância.

O mesmo deve ser anotado em relação à testemunha Nelson Andrade dos Santos. Ele admitiu ser sua a assinatura aposta no documento. Presume-se, portanto, ao contrário do que afirma, que tenha acompanhado o ato. Some-se aqui, mais uma vez, a fé pública declarada pela Oficial Pública quanto ao seu comparecimento." (fl. 562)

O quarto julgador acolheu os Embargos, pelos seguintes fundamentos:

"Tivesse votado na última sessão, teria acompanhado o voto do eminente Desembargador Vidal Coelho, rejeitando estes Embargos Infringentes.

É que tratando-se de testamento público, é requisito essencial, consoante a expressa letra do artigo 1.632 do Código Civil e seus incisos, que as declarações do testador sejam feitas na presença de cinco testemunhas, que devem assistir a todo o ato, e ao final ouvir a leitura do ditado, assinando em seguida o ato, juntamente com o testador e o Oficial Público.

Preterida tal solenidade, nulo é o ato, consoante a regra do artigo 145, IV, do mesmo Código. Bem esclarecem Planiol e Ripert o porquê desse rigorismo: De um ponto de vista lógico, essa severidade se explica: no fundo, o testamento notarial é um testamento nuncupativo recebido por um funcionário público. À parte toda idéia de fraude por parte deste último, não é de temer-se a falta de uma estreita correlação entre a vontade do testado e sua expressão no papel, obra de um terceiro?

Tanto mais, acrescento, que a produção dos efeitos dessa declaração somente se operará depois da morte do testador, que por óbvio não mais estará presente para dirimir dúvidas ou argüir vícios quanto à manifestação de sua última vontade.

E na espécie é fora de dúvidas de que pelo menos uma das testemunhas não esteve presente ao ato, já que expressamente reconheceu em Juízo que firmava os atos notariais ao depois de sua realização, habitualmente.

Fui advogado por mais de trinta anos, e no exercício desse nobre munus orientei a feitura de mais de duas dezenas de testamentos públicos. A parte mais árdua nesses casos nunca foi a redação do documento, como desenhado pelo testador, ou a sua lavratura em cartório, mas sim a reunião e comparecimento, para o ato, das cinco testemunhas exigidas pela lei para a sua validade, que sempre exigi fossem justamente pessoas conhecidas e da confiança do testador.

Desse modo, numa visão dogmática, inclinava-me pelo reconhecimento da nulidade e conseqüente ineficácia do testamento em causa.

Contudo, do relatório e voto proferidos pelo eminente Desembargador José Ulysses Lopes, absorvi a informação de que o pleito anulatório funda-se exclusivamente no defeito formal do testamento, não havendo sido questionada, em momento algum, a higidez das declarações do testador.

Eis então o dilema que se põe para o julgador: deve ser anulado esse ato, o mais sério, solene e definitivo que um indivíduo pode praticar dispondo, como manifestação de sua última vontade e para além de sua morte, sobre o seu patrimônio moral e material, por mero defeito formal?

Será a forma mais importante do que o conteúdo? Essa a reflexão que venho fazendo desde a última sessão em que este Recurso foi apreciado pelo Colendo Colegiado.

E agora, proferindo meu voto, iluminado inclusive pelo princípio da lógica razoável, estou convicto de que a vontade do testador, jamais impugnada neste autos, deve prevalecer apesar do vício ocorrido no ato solene em que ela foi manifestada. Pois se a presença da testemunha era exigida juntamente para a segurança da verdade e coerência das declarações do testador, e estas são reconhecidas por todos, penso, com a devida vênia dos votos em contrário, que deva prevalecer o testamento, pois o seu sacrifício importaria na violação de um bem maior, que é o da liberdade do indivíduo de dispor em última vontade de seu patrimônio.

Com tais considerações, e mais o que consta do voto do eminente Relator, voto acolhendo os Embargos." (fls. 567/570)

Já os julgadores vencidos, adotaram os seguintes fundamentos constantes do voto declarado às fls. 566:

1. No meu desvalido entender, o comando do artigo 1.632 do Código Civil, é no sentido de que, só vale o testamento, formalmente, se as declarações do testador forem feitas na presença de cinco testemunhas, que devem estar presentes ao ato e ouvirem-lhe a leitura, apondo, em seguida, sua firma no documento, junto com o testador e o oficial do cartório. Sem isso, o testamento é nulo, nos precisos termos do artigo 145, IV do Código Civil.

No caso dos autos, pelo menos uma das testemunhas não esteve presente ao ato, firmando-o, posteriormente.

A maioria, mesmo reconhecendo a falta, optou pela manutenção do testamento, ao entendimento de não ter sido questionada, em nenhum momento, a higidez das declarações do testador.

Ora, a questão da vontade do testador não estava em discussão, nem tem ela repercussão alguma para o deslinde da questão. O que se cuida é se o testamento lavrado longe da presença de cinco testemunhas é válido.

E a resposta é pela negativa, evidentemente.

Por isso, é que votei pela rejeição dos Embargos. (fls. 565)

3. Como se vê, quatro julgadores reconheceram que pelo menos uma das testemunhas não esteve presente ao ato, firmando-o, posteriormente. Contudo, um destes, aliados aos três que não reconheceram essa ausência, deram pela validade do testamento.

Destarte, a questão consiste mesmo em saber se o fato de uma testemunha não estar presente por todo o ato invalida ou não o testamento no caso em espécie.

4. No que há de mais essencial à discussão posta neste feito gira em torno da extensão que se deve dar às formalidades que revestem a elaboração do testamento cogitado, especialmente no que tange à ausência de uma testemunha, por todo o tempo da celebração do ato de última vontade.

O substrato fático motivador da ação proposta de que cuida o Recurso Especial em exame resume-se, exclusivamente, na pretensão da ora recorrente, neta do testador, de declarar a nulidade do testamento em tablado uma vez que sendo filha de filha pré-falecida do testador teria ficado em desvantagem quando destinados os bens no testamento.

Não ponho nenhuma dúvida quanto à compreensão de que o testamento é um ato solene que deve submeter-se a numerosas formalidades que não podem ser descuradas ou postergadas, sob pena de nulidade.

Mas todas essas formalidades não podem ser consagradas de modo exacerbado, pois a sua exigibilidade deve ser acentuada ou minorada em razão da preservação dos dois valores a que elas se destinam - razão mesma de ser do testamento -, na seguinte ordem de importância: a primeira, para assegurar a vontade do testador, que já não mais poderá, após o seu falecimento, por óbvio, confirmar a sua vontade ou corrigir distorções, nem explicitar o seu querer que possa ter sido expresso de forma obscura ou confusa; a segunda, para proteger o direito dos herdeiros, sobretudo dos seus filhos.

Assim ocorre, por exemplo, dentre muitos outros, se a vontade do autor do testamento não for claramente manifestada; se ela apresentar-se contraditória; se for de encontro à ordem natural das coisas abstraídas dos fatos da vida; se excluir da herança algum filho; se incluir algum herdeiro testamentário que possa despertar, por certas razões, surpresa ou espanto; se estabelecer quotas hereditárias desproporcionais entre os filhos, ainda que protegida a legítima; se estabelecer cláusulas injustificáveis a afetar a legítima, visivelmente prejudiciais a alguns herdeiros, etc.

Por outro lado, como disse, e creio que todos aqui acordamos nesse ponto, "não se deve levar formalismo dos testamentos ao extremo, não se justificando interpretação apenas literal. O formalismo se põe como forma de dar maior segurança à declaração de vontade, cuja eficácia se realiza após a morte do declarante", segundo lição de Marco Aurélio S. Viana ("Curso de Direito Civil", v. 6; Belo Horizonte: Del Rey, 1993, pac. 7 n. 7, pp. 97-98).

Orlando Gomes (in, "Sucessões", Forense, R), 1978, pp. 141 e 143) igualmente leciona que, como ato solene, o testamento "está rodeado de numerosas formalidades, que dificultam sua prática, com vistas, porém, à garantia indispensável de sua autenticidade e à tutela da independência da vontade do testador, a fim de assegurar plenamente o resultado jurídico por ele pretendido", pois esse "formalismo é imposto também para que se conserve a exata compreensão da vontade declarada pelo de cujus, e consubstanciada sob forma de regulamento".

É ainda do aplaudido mestre o seguinte ensinamento:

"A anulação de um testamento é fato de suma gravidade, que não deve estar à mercê de pequenas nugas formalísticas, quando irrefragável é a sua autenticidade, por todos os elementos sérios que atestam" (in, "Questões de Direito Civil", 5. ed., SP, Saraiva, 1988, p. 280).

Como já proclamou o Supremo Tribunal Federal, "formalidades essenciais por cujo cumprimento portou fé o tabelião, constituem um bloco, cuja seriedade e solidez não estão à mercê da versatilidade de alguém, que tendo servido de testemunha instrumentária, resolve anos depois declarar que não assistiu o ato" (RE 30.204, Rel. Min. Afrânio Costa).

Ou como destaca a recorrida de voto proferido pelo Des. Barbosa Pereira "quando a lei prescreve para certos fatos ou atos determinadas exigências formais, não tem outro fito senão o de pressupor cautelas, envoltórios plásticos, dentro dos quais, convenientemente resguardadas as vontades, se lhes garanta e precise eficácia autorizativa".

No Recurso Especial em exame a própria recorrente, em nenhum momento, põe em dúvida a higidez mental do testador ou apresenta qualquer outro motivo a abalar a inteireza do testamento, senão a alegada ausência de uma testemunha. Aliás o testador, ao definir a

destinação do seus bens, desce a luxo de detalhes, cuidando até dos móveis do quarto principal de dormir, cortinas, lustres e armários.

A recorrente investe, brava e elegantemente, em muito bem elaboradas razões, apenas quanto a essa formalidade que a tenho, data venia, como exarcebada.

Ora, o testamento está assinado pelo tabelião, e por todas as testemunhas, e o laudo pericial atestou que não houve fraude. Assim, o depoimento de uma testemunha, vinte anos depois da lavratura do ato, não tem o condão de anular a disposição de última vontade. Admitir o contrário, seria desconsiderar o primado da segurança jurídica.

Do Supremo Tribunal Federal trago ainda o seguinte precedente:

"Testamento. Nulidade. Se é certo não ser indestrutível a fé pública do notário, não menos exato é que, para eliminá-la, torna-se mister a apresentação de prova concludente e perfeita, não apenas os depoimentos de duas testemunhas instrumentárias que, após o falecimento do testador, prestam-se, no interesse de terceiros, ao desfazimento do ato para cuja perfeição colaboraram." (Rel. o saudoso Ministro Barros Monteiro, RE 66.610-RJ, DJ 28-11-69).

Por fim, reproduzo mais uma vez e fazendo minhas as seguintes preciosas colocações postas no voto vencedor do eminente Juiz Ronald Schulman:

"E agora, proferindo meu voto, iluminado inclusive pelo princípio da lógica razoável, estou convicto de que a vontade do testador, jamais impugnada nestes autos, deve prevalecer apesar do vício ocorrido no ato solene em que ela foi manifestada. Pois se a presença da testemunha era exigida justamente para a segurança da verdade e coerência das declarações do testador, e estas são reconhecidas por todos, penso, com a devida vênias dos votos em contrário, que deva prevalecer o testamento, pois o seu sacrifício importaria na violação de um bem maior, que é o da liberdade do indivíduo dispor em última vontade de seu patrimônio." (fls. 569/570)

Diante de tais pressupostos, não reconheço do Recurso.

VOTO PRELIMINAR

O SR. MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR (Presidente):

Srs. Ministros, acompanho o voto do eminente Ministro Relator porque há um documento público com a assinatura de cinco testemunhas, e uma delas, vinte anos depois, afirma não se lembrar de haver assistido ao desenrolar do ato. Há realmente insuficiência de prova para invalidar a manifestação de última vontade, o que leva ao não conhecimento do Recurso.

VOTO O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA:

Em face das peculiaridades do caso concreto e pelos fundamentos bem lançados no voto do Sr. Ministro Relator, acompanho o voto de S. Exa.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Quarta Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, não conheceu do Recurso.

Os Srs. Ministros Ruy Rosado de Aguiar, Aldir Passarinho Júnior, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 5 de junho de 2001. (Cláudia Austregésilo de Athayde Beck - Secretária)

COMENTÁRIO

José da Silva Pacheco

1 . É nulo o testamento público, pelo simples fato de duas testemunhas instrumentárias, ao serem ouvidas, em juízo, declararem que não se lembram de ter comparecido ao ato. Tendo sido proposta a ação de nulidade de testamento, foi ela, pela sentença de primeiro grau, julgada improcedente.

À apelação interposta, foi dado provimento, por maioria, ensejando os Embargos Infringentes, que foram acolhidos, também por maioria.

Contra essa decisão foi oposto o REsp. n. 302.767-PR, que não foi conhecido pela egrégia 4ª Turma do STJ, mantendo-se, desse modo o acórdão do Tribunal do Paraná, que considerou válido o testamento público feito por quem tem fé pública e assinado pelo Oficial, testador e cinco testemunhas, conforme a seguinte ementa: "ação de nulidade de testamento público - Documento que tem, suas declarações portadas por fé pública - Presunção de veracidade não elidida pelo depoimento de duas testemunhas instrumentárias que, vinte anos depois, declaram no curso da ação, não recordar se assistiram o ato. Circunstância atribuível à falibilidade da memória humana, considerando-se o enorme tempo decorrido. Higiene do documento, ademais, aferida pela perícia técnica".

Toda a discussão, como se vê, girou em torno do artigo 1.632, I e II do Código Civil, que exige a presença de cinco testemunhas para a validade do testamento público.

Não obstante a clareza do voto do eminente Ministro Relator, vamos, em seguida, tecer ligeiras considerações sobre o tema, debatendo a seguinte questão básica: seria nulo o testamento público pelo simples fato de duas testemunhas instrumentárias não recordarem se estiveram presentes ao ato, apesar de certificado, regularmente, pelo tabelião?

2. Do exame do artigo 1.632 do Código Civil e da questão acima indicada, relativa à nulidade do testamento público

2.1. Do exame do artigo 1.632 do Código Civil, em confronto com dispositivo similar do novo Código Civil, aprovado no Congresso

O artigo 1.632, do Código Civil, estabelece que são requisitos essenciais do testamento público:

"I - que seja escrito por Oficial Público, em seu livro de notas, de acordo com o ditado ou as declarações do testador, em presença de cinco testemunhas;

II - que as testemunhas assistam a todo o ato;

III - que, depois de escrito, seja lido pelo Oficial, na presença do testador e das testemunhas, ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do Oficial;

IV - que, em seguida, à leitura, seja o ato assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo Oficial."

O Oficial Público, salienta o artigo 1.634, deve especificar cada uma dessas formalidades, e portar por fé, no testamento, haverem sido todas observadas. Isto significa que certificando, com a fé do seu cargo, o cumprimento das formalidades específicas do artigo 1.632 do Código Civil, esse documento há de prevalecer, a não ser que ocorra prova apodíctica em contrário.

O novo Código Civil, recentemente aprovado pelo Congresso, no artigo 1.864 estabelece, igualmente, que são requisitos essenciais do testamento público:

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

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

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

Vê-se, pois, que foram reduzidas as testemunhas, que passarão de cinco, atualmente, para duas, quando entrar em vigor o novo Código Civil.

Por outro lado, consoante o artigo 1.859 do novo Código Civil, quando ele entrarem vigor, "extingue-se em cinco anos o direito de impugnar a validade do testamento, contado o prazo da data do seu registro".

No artigo 215 do novo Código, ademais, insere-se a regra de que "a escritura pública, lavrada em notas do Tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena".

2.2. Do exame do artigo 1.632 em relação aos casos concretos a que deva ser aplicado

A norma jurídica, como é óbvio, recebe a interpretação condizente ao caso concreto, a que deve ser aplicada. Por esse motivo, o jurista, ao examiná-la e sobre ela tecer comentário, não pode fugir das discussões e até mesmo, das aparentes divergências que, no seu enfoque, ocorre nos Tribunais, nas hipóteses de aplicação da norma aos casos concretos, que, amiúde, se apresentam em diversificados aspectos.

Assim, por exemplo, a egrégia 3ª Turma do STJ, ao julgar o Recurso Especial n. 246.691-PR, em 13-3-2001, tendo o Relator o Ministro Menezes Direito, considerou violado o artigo 1.632, I e II do Código Civil por não ter alguma testemunha presenciado a manifestação de vontade do testador, perante o Tabelião, no testamento público, o que foi por nós comentado no Informativo n. 35, de 2001, fls. 579 e 580.

Em comentários àquele acórdão, concluímos que:

"1º) se o testamento público não obedeceu, regularmente, ao disposto no artigo 1.632 do Código Civil, será nulo por força do disposto, expressa e cogentemente, pelo parágrafo único do artigo 1.634 do mesmo Código;

2º) na hipótese de ter a decisão considerado válido o testamento público, em que, das cinco testemunhas obrigatórias, duas delas não presenciaram o ato de manifestação de vontade do testador, é translúcido que tal fato constitui violação do artigo 1.632 do Código Civil, ensejando Ação Rescisória com base no artigo 485, V do CPC;

3º) impõe-se, em tal hipótese, a nulidade não só por ter sido preterida solenidade que a lei considera essencial para a validade do testamento, conforme o disposto no artigo 145, IV

combinado com o artigo 1.632, I a IV do Código Civil, mas também por lhe declarar a lei taxativamente nulo nos termos do artigo 145, V combinado com o parágrafo único do artigo 1.634, ambos do Código Civil."

Agora, porém, a egrégia 4ª Turma do STJ, no julgamento do Recurso Especial n. 302.767-PR, em 5-6-2001, relatado pelo Ministro Cesar Asfor Rocha (DJ-U de 24-9-2001), dele não conheceu, considerando que o testamento está assinado pelo Tabelião e por todas as cinco testemunhas, e o depoimento de uma testemunha, vinte anos depois da assinatura do ato, de que não se lembra se compareceu ao ato, não tem o condão de anular a disposição de última vontade do testador.

Por esse motivo, o Ministro Sálvio de Figueiredo salientou que, em face das peculiaridades do caso concreto, acompanhava o voto do Relator.

No caso concreto, em exame, uma neta do testador propôs ação de nulidade do testamento, sob a alegação de que, pelo menos, uma das testemunhas que assinaram o ato, não teria dele participado.

A ação foi julgada improcedente no primeiro grau de jurisdição, mas foi a sentença reformada, com o provimento da apelação, por maioria. Sobrevindo Embargos Infringentes, foram estes acolhidos, também por maioria, no entendimento de que o testamento que tem as suas declarações portadas por fé pública presume-se autêntico e veraz; não podendo ser elidido pelo depoimento de duas testemunhas instrumentárias que, vinte anos depois, declaram, no curso da ação de nulidade, não recordar se assistiram ao ato, circunstância essa atribuível à falibilidade da memória diante do enorme tempo decorrido.

A egrégia 4ª Turma, não conheceu do Recurso Especial interposto contra aquela decisão proferida nos Embargos Infringentes, mantendo-a intacta.

Realmente, o Supremo Tribunal Federal, em notável acórdão da lavra do Ministro Afrânio da Costa, sustentou, com razão, que "o testamento público é um bloco inteiriço, cuja estrutura se consolida com as declarações do testador, a fé pública do Tabelião e o testemunho de cinco pessoas, tidas por idôneas, no momento da solenidade. Não é possível abalá-lo, simplesmente por que alguma ou algumas testemunhas vêm a juízo posteriormente desdizer-se de detalhes que testemunharam. O testamento público não é um documento qualquer, facilmente atingível. Sua solenidade reveste forma excepcional. Nem seria possível deixá-lo à mercê da versatilidade de homens que, sem noção precisa de responsabilidade, vêm, simplesmente ou preconcebidamente depor coisa diversa do que solenemente afirmaram. Quando a nulidade não se projetar no próprio instrumento, a proveniente de investigação posterior deve ser amplamente convincente, através de elementos incontestáveis, não prevalecendo simples suspeita ou dúvida. Gorphe, analisando as causas da alteração da verdade pelo testemunho, mostra, de forma impressionante, como raramente um indivíduo consegue reter fielmente por muito tempo os detalhes do fato testemunhado. A influência do decurso do tempo, a pressão insensível do ambiente, maior aproximação de um interessado, afeição, ódio, piedade, interesses sobrevividos, alteram as imagens primitivamente retidas sem que disso, honestamente, se aperceba a testemunha cuja imaginação constrói convencida e leal a si mesma, uma nova descrição que se sobrepõe a uma anterior e a destrói..(R. Extr. n. 9.290, in DJ-U de 6-7-53, p. 1.876).

Como assinalou Orozimbo Nonato, "a virtus probandi das afirmações, em juízo, de testemunhas instrumentárias não pode, sem prejuízo para a segurança do comércio jurídico, estar sobranceira a justas restrições e reservas... No conflito entre a prova instrumental e testemunhal, sobreleva a primeira, a não ser que esta última tenha o relevo da evidência e se ostente desadensada de quaisquer perplexidades" (Revista de Direito, 120/212).

Não se nega que podem as testemunhas instrumentárias do testamento público ser testemunhas no processo judicial, mas é claro que fica o juiz livre para apreciar-lhe o valor probatório.

No caso concreto apenas uma ou duas testemunhas instrumentárias depuseram em juízo, e o fizeram para afirmar que não se lembravam se tinham assistido ao ato.

Desse modo, se o Tabelião com a fé pública, declarou que as cinco testemunhas compareceram e assinaram o testamento, sendo verdadeiras as assinaturas, o que se comprou por perícia, que não apurou qualquer fraude, o fato de duas testemunhas não se recordarem não elide a autenticidade do testamento.

3. Considerações finais

Em face do exposto, parece-nos, em conclusão, que:

1º) a redução das testemunhas no testamento público, que passarão de cinco para duas, ao

entrar em vigor o novo Código Civil, e a norma do seu artigo 215, que confere fé pública à escritura pública, que faz prova plena, está a demonstrar a tendência do Direito novo, em relação à matéria;

2º) tendo sido certificado pelo Tabelião com a fé pública de seu cargo, que foram observadas as exigências do artigo 1.632 do atual Código Civil, não têm os depoimentos de duas testemunhas instrumentárias de que não se lembram se participaram do ato, força suficiente para elidir a validade do testamento;

3º) não havendo qualquer outra prova idônea e havendo ao contrário, perícia comprovando a inexistência de qualquer fraude, não há como deixar de apoiar o acórdão da egrégia 4ª Turma do STJ, mantenedor da decisão recorrida do Tribunal de Justiça do Paraná.
(in. Informativo, COAD/ADV, boletim semanal n. 04, 2002, págs. 72/66)