

DA MITIGAÇÃO DE FORMALIDADES TESTAMENTÁRIAS.¹

Flávio Tartuce²

Nos últimos dias 16 a 18 de outubro deste ano de 2019 realizou-se em Belo Horizonte o 12º *Congresso Brasileiro de Direito das Famílias e das Sucessões* do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), com cerca de 1.500 participantes. Mais uma vez tive a oportunidade de palestrar, tratando do tema da mitigação ou relativização - e não eliminação -, das formalidades testamentárias. A essência da exposição foi para responder à seguinte indagação: *é possível fazer um testamento sem as formalidades legais estritas?*

A minha resposta, como não poderia ser diferente, foi negativa, sendo certo que o afastamento de todas as formalidades afastaria a essência do ato de última vontade, notadamente a sua finalidade de *atestar* a vontade do morto, do autor da herança. O foco principal da palestra foi o testamento público, sendo certo que os seus requisitos essenciais estão descritos no art. 1.864 do vigente Código Civil, a saber: *a)* 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; *b)* ser lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo Tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial; e *c)* ser o instrumento, em seguida à leitura, assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo Tabelião. Pontue-se que esse dispositivo equivale, com alterações, ao art. 1.632 do Código Civil de 1916, tendo sido reduzido o número de testemunhas de cinco para duas, ou seja, a própria lei já realizou a mitigação das formalidades.

No mesmo sentido de relativização, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem, há tempos, mitigando as formalidades testamentárias, diante

¹ Coluna do Migalhas de outubro de 2019.

² Pós-Doutorando e Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC-SP. Professor Titular permanente do programa de mestrado e doutorado da FADISP. Professor e coordenador dos cursos de pós-graduação *lato sensu* da EPD. Professor do G7 Jurídico. Diretor do IBDFAM – Nacional e vice-presidente do IBDFAM/SP. Advogado em São Paulo, parecerista e consultor jurídico.

do princípio da conservação do negócio jurídico e da máxima *favor testamenti*, preservando-se ao máximo a autonomia privada do autor do ato de última vontade.

Como primeira concreção jurisprudencial, destaco acórdão publicado no *Informativo n. 435* da Corte Superior, que acabou por afastar a necessidade da presença de todas as testemunhas antes exigidas, bem como a de que o ato fosse lavrado pelo próprio titular do Cartório. Como ali se decidiu, "busca-se, no recurso, a nulidade de testamento, aduzindo o ora recorrente que a escritura não foi lavrada pelo oficial de cartório, mas por terceiro, bem como que as cinco testemunhas não acompanharam integralmente o ato. O tribunal *a quo* afirmou que não foi o tabelião que lavrou o testamento, mas isso foi feito sob sua supervisão, pois ali se encontrava, tendo, inclusive, lido e subscrito o ato na presença das cinco testemunhas. Ressaltou, ainda, que, diante da realidade dos tabelionatos, não se pode exigir que o próprio titular, em todos os casos, escreva, datilografe ou digite as palavras ditadas ou declaradas pelo testador. Daí, não há que declarar nulo o testamento que não foi lavrado pelo titular da serventia, mas possui os requisitos mínimos de segurança, de autenticidade e de fidelidade. Quanto à questão de as cinco testemunhas não terem acompanhado integralmente a lavratura de testamento, o TJ afirmou que quatro se faziam presentes e cinco ouviram a leitura integral dos últimos desejos da testadora, feita pelo titular da serventia. Assim, a Turma não conheceu do recurso por entender que o vício formal somente invalidará o ato quando comprometer sua essência, qual seja, a livre manifestação da vontade da testadora, sob pena de prestigiar a literalidade em detrimento da outorga legal à disponibilização patrimonial pelo seu titular. Não havendo fraude ou incoerência nas disposições de última vontade e não evidenciada incapacidade mental da testadora, não há falar em nulidade no caso. Precedente citado: REsp 302.767/PR, DJ 24.09.2001" (STJ, REsp 600.746/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 20.05.2010).

Concordo com o entendimento específico constante do aresto, sendo certo que, como visto, o próprio codificador de 2002 reduziu o número de testemunhas do testamento público, de cinco para duas, por supostamente entender que havia um exagero na previsão anterior. Essa mitigação de requisitos formais e solenes, fazendo prevalecer a materialização do Direito Privado contemporâneo, foi confirmada em outro acórdão do Tribunal da Cidadania mais recente, do ano de 2013. Conforme se depreende de sua ementa, que colaciona outro precedente, "a Corte Local, ao interpretar

as disposições de última vontade, considerou não haver qualquer dificuldade sobre o destino dos bens, pois o *de cujus* dispôs de todos os seus bens. Igualmente, em relação à qualificação dos beneficiários pelo testamento, o tribunal de origem assentou que estes se encontram suficientemente identificados. Ademais, a instância ordinária considerou inexistir qualquer mácula na entrega da minuta do testamento 2 (dois) dias antes de sua leitura e assinatura, mormente porque a autora da herança, após a sua leitura, ratificou o seu conteúdo na presença das 5 (cinco) testemunhas e do tabelião, sendo alegada irregularidade insuscetível de viciar a vontade da testadora. (...) A corte de origem asseverou que a vontade da testadora foi externada de modo livre e consciente, sendo perfeitamente compreensível e identificável as disposições testamentárias. Assim, ‘a análise da regularidade da disposição de última vontade (testamento particular ou público) deve considerar a máxima preservação do intuito do testador, sendo certo que a constatação de vício formal, por si só, não deve ensejar a invalidação do ato, máxime se demonstrada a capacidade mental do testador, por ocasião do ato, para livremente dispor de seus bens’ (AgRg no REsp 1.073.860/PR, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, j. 21.03.2013, DJE 01.04.2013)” (STJ, Ag. Rg. no Ag. Rg. no REsp 1.230.609/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, DJE 02.10.2013, p. 458).

De data ainda mais próxima, do ano de 2017, em caso envolvendo testamento público celebrado por deficiente visual e citando a minha posição doutrinária, deduziu o mesmo Superior Tribunal de Justiça que “atendidos os pressupostos básicos da sucessão testamentária – i) capacidade do testador; ii) atendimento aos limites do que pode dispor e; iii) lúdima declaração de vontade – a ausência de umas das formalidades exigidas por lei, pode e deve ser colmatada para a preservação da vontade do testador, pois as regulações atinentes ao testamento têm por escopo único a preservação da vontade do testador”. Sendo assim, “evidenciada, tanto a capacidade cognitiva do testador quanto o fato de que testamento, lido pelo tabelião, correspondia, exatamente à manifestação de vontade do *de cujus*, não cabe, então, reputar como nulo o testamento, por ter sido preteridas solenidades fixadas em lei, porquanto o fim dessas – assegurar a higidez da manifestação do *de cujus* –, foi completamente satisfeita com os procedimentos adotados” (STJ, REsp 1.677.931/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.08.2017, DJe 22.08.2017). Merece destaque o trecho que aponta a possibilidade de se confirmar a vontade do testador quando faltar um ou outro requisito formal previsto em lei, e não todos eles.

Como sustento em minhas obras, todas essas decisões citadas são louváveis, contando com meu pleno apoio, pois reafirme-se que a tendência contemporânea é que *o material prevaleça sobre o formal*; que o concreto prepondere sobre as ficções jurídicas. Além da citada conservação do negócio jurídico e a busca da preservação do testamento, tal constatação tem relação direta com o princípio da operabilidade, adotado pela codificação privada de 2002, que busca um Direito Privado real e efetivo, na linha da *concretude* pregada por Miguel Reale.

De todo modo, como advertem Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, "a preconizada atenuação do rigor formal do testamento deve ser aplicada com cautela. Afirma-se que a forma dos atos negociais não pode ser um fim em si mesma, arbitrária e caprichosa. Essa deve ser disposta não para uma função qualquer, mas para uma função que seja constitucionalmente apreciável (Pietro Perlingieri, *Forma dei negozi*, p. 61). Sem dúvida, a manifestação da última vontade, através do testamento, constitui expressão da personalidade humana. Por este motivo, em virtude dos efeitos *causa mortis* do ato, as formalidades testamentárias atendem aos interesses superiores do ordenamento jurídico, na medida em que garantem a espontaneidade da manifestação da última vontade e a sua fiel execução quando da abertura da sucessão, em estreita conexão com a tutela da dignidade da pessoa humana (CR, art. 1º, III)" (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. IV, p. 681).

De fato, afastar todas as formalidades ou solenidades do ato testamentário significa negar a sua estrutura e a sua função, o que não se pode admitir. A redução de burocracias - tão defendida e difundida nos dias de hoje, inclusive por mim -, não pode significar o sacrifício de categorias jurídicas há tempos consolidadas e experimentadas, inclusive entre nós.

Como exemplo de incidência dessa afirmação, recentemente tive um caso concreto em que o ato de última vontade foi realizada com a nefasta prática das "testemunhas de viveiro", em que elas já colocavam previamente as suas assinaturas em vários atos lavrados perante o Tabelionato de Notas, em clara ilicitude civil nulificante, por desrespeito a normas de ordem pública. Em casos como esse, em que não há o atendimento a qualquer umas formalidades do testamento público, pois nenhuma das testemunhas viu e esteve presente à lavratura do ato, não se pode admitir a incidência da

tese da mitigação das formalidades. O Direito não pode admitir condutas costumeiras como essas, verdadeiro costume *contra legem*, que coloca em descrédito o nobre instituto do testamento e também a atividade notarial de nosso País, não podendo o Poder Judiciário dar chancela decisória a tal prática, muito comum no passado, infelizmente.

Em suma, a mitigação das formalidades do ato testamentário, apesar de saudável, louvável e desejável juridicamente, não pode representar a ruptura absoluta do envoltório jurídico construído para que se ateste a vontade do morto, sob pena de se sacrificar uma categoria tão útil e tão efetiva para a concretização da autonomia privada.