

A EFICÁCIA DO TESTAMENTO PÚBLICO A PARTIR DO CÓDIGO CIVIL¹

Tiago Carvalho²

RESUMO: O presente trabalho trata da Sucessão Testamentária. Busca-se a exposição no tempo deste instituto, com a confrontação das relações presentes em cada momento histórico. Em outro campo, busca-se um conceito atual de família, não se esquecendo das suas transformações, com a relevância da influência da sociedade, cominando na absorção do conceito pelas leis. Conterá o conceito, suas características, seus tipos e formas dos testamentos previstas em nosso Código Civil. Versando ainda sobre a liberdade de dispor irá ser contestada com o direito dos herdeiros necessários, pois em nossa legislação protege os chamados parentes mais próximos. Ainda por último evidenciará com dados pertinentes a utilização do testamento público, juntamente com ilustrações de gráficos identificando o perfil dos beneficiários.

Palavras-chave: Sucessão. Herdeiro. Testamento

INTRODUÇÃO

Na presente pesquisa será abordada a Sucessão Testamentaria, tendo como objetivo específico identificar a relevância do testamento na vida das pessoas, analisando dados de testamentos públicos e o grau de sua utilização. Para realização deste estudo, optou-se pela busca de dados, pesquisa bibliográfica, legislação e jurisprudência em conformidade com a temática.

É também objetivo da pesquisa caracterizar os aspectos históricos, para análise do testamento e as alterações legislativas. Traz-se um panorama de família, ao qual será identificado

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, aprovado com grau máximo pela banca examinadora composta pela Profa. Dra. Orientadora Marise Soares Corrêa, Profa. Maria Alice Costa Hofmeister e Profa. Me. Maria Cristina da Rosa Martinez, em 29 de junho de 2012.

² Acadêmico do curso de Ciências Jurídicas e Sociais = Faculdade de Direito – PUCRS.
Contato: tiagocampeche@hotmail.com.

com relevância na Constituição Federal, analisando as modificações sofridas de maneira pontual na legislação infraconstitucional.

Delimitará o conceito de testamento extraído de pesquisa bibliográfica, assim como as formas e tipos existentes. Conterá suas formas ordinárias e especiais previstas na legislação. Após a definição do seu conceito, visa-se trabalhar sobre a disposição dos seus bens. Explicitará sobre a existência de restrições para dispor que conseqüentemente influenciam na sua liberdade de testar, que irá ser delimitada no trabalho.

Pretende-se ainda demonstrar como o testamento pode ser eficaz para evitar conflitos na família por meio de dados. Utilizar-se-á ainda de gráficos com o intuito de ilustrar tais dados pesquisados, visando identificar o grau de utilização e um padrão do herdeiro testamentário.

1 O DIREITO SUCESSÓRIO NA LEI CIVIL VIGENTE

Este capítulo apresentará a passagem da sucessão e do testamento pelo tempo, juntamente com uma breve discussão sobre o entendimento de família com base na Constituição Federal. Inclui-se também o conceito de testamento, exibindo seus tipos.

1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

A sucessão já era praticada nas principais civilizações arcaicas, como a Pérsia, Irlanda e até mesmo nas populações pré-colombianas da América do Norte³. Porém essa sucessão ainda estava longe de se comparar com a forma testada⁴. Ressalta Campos que “da mesma forma não era também conhecido no Egito, na Índia e na legislação mosaica, sendo-o superficialmente, na Grécia, em Atenas”⁵. Entendendo primordialmente Atenas, pois essa noção só chegou a Esparta somente após a guerra do Peloponeso.

Portanto pode-se tirar uma ideia de que nas civilizações antigas, uma vez regidas pelos seus cultos religiosos, não poderia passar os bens depois da morte para outros indivíduos que não

³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado dos Testamentos**: do testamento em geral. Da capacidade para fazer testamento. Das formas ordinárias do testamento. São Paulo: BH Editora, 2005. v.1. Atualizada por Wilson Rodrigues Alves, em conformidade com o código civil de 2005. p28.

⁴ Ibidem, p. 30.

⁵ CAMPOS, Antônio Macedo de. **Direito das Sucessões**. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias S.A., 1970, p. 89.

seu herdeiro natural. Conclui-se que, com base no direito de propriedade e do direito de sucessão na época, ficava inapta a sucessão testamentária, uma vez que independentemente do culto, a transmissão era feita de varão para varão, uma vez que a propriedade tinha aspecto de comunhão familiar. Porém Salomão relata que “há ensaio de testamentos na China, antes das XII Tábuas”⁶ e notícia ainda que “foram encontrados contratos sucessórios no Direito Babilônico, no Hebraico e no Egípcio”⁷.

O testamento como é conhecido atualmente, teve seus fundamentos em Roma, que assim como a sucessão na Grécia se utilizavam das formas com ou sem testamentos. Porém os gregos só admitiam as formas testadas na falta de filhos. Por isso Venosa afirma que a propriedade e o culto familiar caminhavam juntos⁸.

No direito germânico, ao contrário da sucessão legítima, que é um instituto oriundo do seu direito⁹, não pode-se falar em testamento propriamente dito, porque apenas os herdeiros por vínculos de sangue eram considerados verdadeiros e únicos¹⁰. Porém, excepcionalmente, era utilizado um instituto que em muito se aproximava, chamado de *affatomi*, que é uma espécie de rito de passagem, quando possibilita a escolha de um amigo para lhe suceder. Contudo tal dispositivo em muito se assemelhava ao instituto da adoção do Direito Romano¹¹.

Entrando em tempos romanos, porém ainda antes da lei das XII Tábuas, o testamento agora já era conhecido. Dividia-se em duas formas muito elementares de testar, as quais decorriam de uma *Lex Populis*. Sendo a primeira feita em tempos de paz, chamada de *calatis comittis*, que era realizada duas vezes por ano, diante da assembleia das cúrias, sob a presidência do pontífice máximo. Tinha como testemunha o povo, onde cada pai de família poderia manifestar sua última vontade, vindo a cair em desuso no século II a.C.¹².

A outra forma era chamada de *in procinctu*, que era feito em tempos de guerra. Era aceito apenas quando feito momentos antes do combate, enquanto o exército se preparava para a

⁶ CATEB, Salomão de Araujo. Direito das Sucessões. 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda, 2000, p. 92.

⁷ Ibidem.

⁸ VENOSA op. cit., p. 3.

⁹ Ibidem, p. 88.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 7. p. 22.

¹¹ CAMPOS op. cit., p. 89.

¹² VENOSA op. cit., p. 173.

batalha. Essa forma caiu em desuso ainda antes no século I a.C. Portanto pode-se dizer que as duas formas, são diante do povo, ou seja, de certa forma pública. Dentro do período pré-classico, ainda surgiu outros tipos de testamentos, como o caso do *per aes et libram*, também como a cerimônia com a balança e bronze, como uma terceira forma de testamento, que passou a vigorar solitária após as outras modalidades caírem em desuso¹³.

No início do testamento na Lei das XII Tábuas, versa Salomão que é apenas a partir da Lei das XII Tábuas, que foi permitido às pessoas disporem dos seus bens, pela mancipação. Tendo como base que o testador é considerado um vendedor ficto ao futuro herdeiro, com o intuito da mancipação, não poderia revogar esse contrato, uma vez que era considerada uma venda, o que poderia ser um tanto quanto inconveniente para o testador em certos casos¹⁴.

Para Pontes, a Lei das XII Tábuas só proclamou a liberdade de testar para os bens não patrimoniais, portanto não se pode comparar com o instituto tal como se conhece atualmente, já que eram vedados os bens patrimoniais¹⁵. Explica Vasconcelos que “propriedade e religião eram valores inseparáveis no processo da vida dos romanos, porquanto a hereditariedade prove da crença e religião, o que é mais poderoso sobre as almas”¹⁶, não possibilitando distinguir a propriedade da família.

No Direito Romano, a sucessão não era apenas a transmissão dos bens. Era mais que isso, o herdeiro substituíva o morto em todas as relações jurídicas inclusive nas relações em que não se relacionava com o patrimônio e sim de cunho religioso. Sendo o herdeiro responsável por continuar o culto familiar tornando-se indispensável o testamento em tempos “romanos”, assim como a adoção, pois era dessa forma que continuava com o conceito de família¹⁷.

É apenas no Baixo Império, que vão surgir os moldes embrionários das formas de testamentos como se conhece atualmente. A origem do testamento *per aes et libram* e do testamento pretoriano, e do testamento público, foi nessa fase histórica¹⁸.

Sobre o testamento particular, Graciotto narra o seu caminho:

¹³ Ibidem.

¹⁴ CATEB op. cit., p. 93.

¹⁵ MIRANDA op. cit., p. 39.

¹⁶ VASCONCELOS, Julenildo Nunes. **Direito Notarial**: teoria e prática, atualizado pelo desembargador Walter Cruz Swensson. São Paulo: Juarez de Oliveira Ltda, 2000. v. 1. p. 52.

¹⁷ VENOSA op. cit., p. 2.

¹⁸ Ibidem.

O testamento particular surgiu em Roma, quando, em 446, Valentino III criou o referido instituto, que depois se espalhou pelo continente europeu. Entretanto o testamento particular, com as características que possui atualmente, tem origem no direito francês, introduzido no direito codificado através da legislação Napoleônica (Code Civil de 1804)¹⁹.

Entre os testamentos públicos, cita-se o *principi oblatum*, onde vê-se quando o testador entrega ao príncipe o seu ato de última vontade, que era remetido ao poder público para que fosse arquivado. Tem-se a origem também nesse período de outros tipos de testamentos, porém um dos que sobreviveu aos tempos modernos foi o militar²⁰.

Apenas no século XI que começa a aparecer o testamento propriamente dito, porém longe do significado que se tinha em Roma. Com o início do Direito Canônico passando o testamento ter mais importância. Logo se fala que o testamento perde o intuito de continuar com a família e passa a integrar patrimônio de terceiros, já que a Igreja Católica influenciou os fiéis a lhe fazer doações de propriedades²¹, tornando assim uma ação de cunho religioso, pelo fato de associar o testamento como *confessio in extremis*²².

Em tempos modernos olha-se para traz em nosso direito pátrio. Não podendo ser diferente o Brasil como colônia de Portugal teve influência de suas leis. Com as ordenações do reino, fixam-se diversos tipos de testamentos, que lá vigoravam. Cita-se o testamento aberto, queira entender-se público, o cerrado, o particular ou hológrafo, o nuncupativo, além do testamento marítimo e o testamento de mão comum²³, “sendo disciplinado nas Ordenações Afonsinas, passando para as Manuelinas e encontrando-se posteriormente nas Filipinas, no Livro IV, título oitenta”²⁴.

1.2 BREVE PANORAMA DA FAMÍLIA

Fazendo uma passagem histórica por nossa legislação, constata-se que reflete a sociedade em cada época. Na Constituição de 1.824 não se manifesta notavelmente em relação à família. É

¹⁹ GRACIOTTO, Daniela Dias. **O Testamento Particular no Código Civil**. Disponível em:

<www.professorsimao.com.br/artigos_alunos_o_testamento_civil_no_codigo_civil.htm>. Acesso em: 21 abr. 2012.

²⁰ VENOSA op. cit., p. 173.

²¹ CATEB op. cit., p. 93.

²² MIRANDA op. cit., p. 38.

²³ CATEB op. cit., p. 93.

²⁴ CAMPOS op. cit., p. 90.

fácil entender tal fato, pois a atuação da Igreja Católica era muito forte, não permitindo outra forma de união²⁵.

Esse aspecto é percebido até 1.891, onde vigorava o casamento religioso como formador de família. A partir de então se admitiu o casamento civil, porém sendo ele indissolúvel. É apenas na constituição de 1.934 que o legislador se preocupa em delinear a família dentro do seu contexto. Porém continuando a vigorar a indissolubilidade do casamento, foi instituído a anulação ou desquite como casos de ressalva²⁶.

No âmbito Infraconstitucional, observa-se que o Código Civil de 1.916 compartilhava do mesmo pensamento constitucional, confirmando apenas o casamento civil. Contudo até mesmo com a entrada da vigência da Lei do Divórcio em 1.977, o entendimento da doutrina e jurisprudência já foi reconhecendo as uniões estáveis como instituto familiar²⁷.

Ao longo do século XX, muitas transformações foram ocorridas na sociedade, conseqüentemente as normas seguiram essas mudanças e gradativamente no direito de família brasileiro²⁸ culminando com a Constituição Federal de 1.988. Ela vigorou expressamente à existência de outras espécies de família, passando a aceitar a união estável e também o núcleo formado por apenas um dos pais e seus descendentes como entidade familiar²⁹, como pode ser visto ao analisar o Art. 226 da Constituição Federal. Ou seja, a Carta Magna de 1.988 alarga o conceito de família, inovando ao mencionar a entidade familiar como as oriundas das uniões estáveis e a comunidade monoparental³⁰.

Ainda gera polêmica a recente decisão de admitir união estável de pessoas do mesmo sexo, pois permite que essas pessoas criem laços de afeto, de forma pública, duradoura, contínua, não sendo diferente de uma família tradicional. Buscam assim, os mesmos direito e visam até mesmo o casamento civil³¹.

²⁵ LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. **Evolução do conceito de família**. Disponível em: <http://www.amagis.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=191%3Aevolucao-do-conceito-de-familia-juiza-ana-maria-goncalves-louzada&catid=11&Itemid=30%20disponivel>. Acesso em: 21 maio 2012.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Gonçalves, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. V.6 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.29-30

²⁹ Ibidem.

³⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 21. ed. Direito de família**. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 10-11 .

³¹ LOUZADA op. cit.

Logo para definir o conceito de família, deve-se analisar o elemento do afeto, pois a Constituição Federal trouxe um rol de núcleos familiares³². Esboçando aludir o assunto Diniz diz: “vislumbrar na família uma possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade”³³.

Desta forma verifica-se, que a Constituição Federal, possibilitou novos modelos ao alterar o conceito de família. Entretanto a base da sociedade continua sendo a família que desfruta de especial proteção do Estado. Porém agora não tem origem apenas do casamento, já que foram reconhecidas a constituição da união estável e a formada por qualquer um dos pais junto com seus descendentes³⁴.

1.3 CONCEITO DE TESTAMENTO

Pontes descreve testamento como sendo o escrito público ou particular, por onde o “de cujos” exprimiu o que era a sua vontade, quanto aos seus bens ou em relações de ordem pública privada. Exemplifica ainda como podem ser a nomeação de tutor aos filhos, ou a gerência de uma casa comercial que lhe pertença³⁵.

Aprofundando sua definição diz como sendo um “ato unilateral, de última vontade, pelo qual alguém, nos limites da lei, e para depois da sua morte, dispõe dos seus bens, no todo ou em parte”³⁶. Ao dizer ato de última vontade, Pontes explica que está implícita a revogabilidade essencial, de outra forma, não poderia se entender como sendo de última vontade. Assim, como está evidente que seja personalíssima, caso contrario, não poderia estar falando na vontade do testador, mas sim de outro que o ajudou. Sobre as disposições, Pontes versa sobre as positivas, com um caráter de atribuição a outrem e as negativas com o intuito de revogações³⁷.

O conceito de testamento para Diniz é “o ato personalíssimo e revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, não só dispões, para depois de sua morte, no todo ou em

³² LOUZADA op. cit.

³³ DINIZ op. cit., p. 13.

³⁴ GONÇALVES, 2010. P31

³⁵ MIRANDA op. cit., p. 35.

³⁶ Ibidem, p. 45.

³⁷ Ibidem, p. 46.

parte (CC, art. 1.857, *caput*), do seu patrimônio”, mas ainda versa que pode haver as estipulações extrapatrimoniais (CC, art. 1.857, § 2º) [...] ou patrimoniais³⁸.

Ela vai mais fundo, elenca inúmeros exemplos de estipulações, dentro dos extrapatrimoniais cita: o caso do reconhecimento de filhos não matrimoniais, conforme art. 1.609, III CC. Também a nomeação de tutor para os filhos menores, conforme artigos 1.634, IV, e 1.729 CC, parágrafo único. Ou ainda, de testamenteiro encontrado no art. 1.976 CC; podendo dispor do próprio corpo para fins altruísticos ou científicos, vide art. 14 CC; permitir o filho órfão para convolar núpcias com o tutor, encontrado no art. 1.523, IV CC; reabilitação de indigno vide art. 1.818; quando se quer deserdar um herdeiro, conforme art. 1.964 CC; e ainda as determinações sobre seu funeral.

Venosa relembra duas definições de testamentos tiradas do Direito Romano expressando-se “O testamento é o testemunho justo de nossa mente feito de forma solene para que valha depois de nossa morte [...] o testamento é a justa expressão de nossa vontade a respeito daquilo que cada qual quer se faça depois de sua morte”³⁹. Ainda traz uma definição extraída do nosso Código Civil de 1.916, no art. 1.626, que versava: “Considera-se testamento o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte”.

Porém assim como Washington de Barros e outros doutrinadores, vê um defeito nessa definição. Posteriormente o próprio Clóvis Beviláqua reconhece⁴⁰, pois omite a parte dos bens não patrimoniais, que veio a ser amenizada com o Código Civil de 2.002, com a presença do parágrafo segundo do art. 1.857: “São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado”.

Venosa, assim como demais autores, criticam a deficitária definição de testamento do nosso código e cita que não ocorre apenas na legislação brasileira, tendo em vista que em sua pesquisa em outros países também percebeu a má definição, como é o caso de Portugal. Complementa ainda que a omissão é feita também para: a unilateralidade, a solenidade, a

³⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6. p. 179.

³⁹ VENOSA op. cit., p. 175.

⁴⁰ GONÇALVES op. cit., p. 226.

gratuidade e o ato ser personalíssimo⁴¹. Contudo pelas críticas doutrinárias, o nosso atual código preferiu não entrar no mérito da definição de testamento, o que venosa acha que foi um acerto e relata não achar tão robusto esse conceito.

O testamento é um negócio jurídico, pelo fato de ser manifestação de vontade com a intenção de produzir efeitos, contudo com efeitos *mortis causa*⁴². Diz-se que o testamento é um ato unilateral, tendo em vista que independe da aceitação do herdeiro ou do legatário, pois não tem o caráter receptivo do direito contratual⁴³. Em outras palavras, precisa apenas da vontade do testador, pessoalmente manifesta, para que seja suficiente à formação do testamento⁴⁴.

É imprescindível que o testamento seja revogável, diferentemente das formas primitivas de testamento⁴⁵. Se não fosse dessa forma, não poderia sequer falar de ato de última vontade, “tanto que é nula qualquer disposição que vise eliminar a revogabilidade do ato de última vontade”⁴⁶ conforme art. 196CC. Caso contrário, o testamento se tornaria instável nas questões da relação jurídicas e desvirtuando a real finalidade do testamento⁴⁷. Portanto os efeitos gerados pelo testamento apenas vão surtir efeito com o óbito⁴⁸.

Testamento é considerado um ato solene, pois precisa seguir formalidades determinadas na lei. “Tais formalidades têm por escopo dar o máximo de garantia e certeza à vontade do testador”⁴⁹. Caso não seguir essas formalidades, há nulidade absoluta. Porém não há de se confundir formalidades com formas, já que forma poderia ser a pública, contudo cada forma tem suas formalidades⁵⁰. A excessividade de formalidade é criada com o intuito de preservar a autenticidade e a liberdade do testador, bem como alertar o autor da importância que o testamento que está preste a ser firmado⁵¹.

⁴¹ VENOSA op. cit., p. 175.

⁴² Ibidem, p. 176.

⁴³ GOMES op. cit., p. 95

⁴⁴ GONÇALVES op. cit., p. 229.

⁴⁵ MIRANDA op. cit., p. 55.

⁴⁶ VENOSA op. cit., p. 177.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ MIRANDA op. cit., p. 55.

⁴⁹ VENOSA op. cit., p. 177.

⁵⁰ Ibidem, p. 178.

⁵¹ GONÇALVES op. cit., p. 230.

Realça que o testamento é um ato personalíssimo, tendo que ser elaborado unicamente pelo testador. Não aceita intervenções, representações, coação ou em conjunto⁵², como se vê no art. 1.863CC, pois é um ato privativo do autor da herança.

1.4 TIPOS E CARACTERÍSTICAS DE TESTAMENTOS

Arguisse as formas de testamentos como sendo de formalidades isoladas. Não se podem combinar as modalidades, ou seja, não existe forma híbrida de testamento. Portanto se é feito um testamento na forma cerrada, caso seja invalidado, não pode ser aceito de outra forma, como exemplo a particular, tornando tal ato nulo⁵³.

Encontra-se no Código Civil três formas ordinárias e pode-se dizer tradicional de testamento, sendo elas: o público, o cerrado e o particular. Contudo cada forma tem suas vantagens e desvantagens a ser escolhido pelo interessado, assim como suas peculiaridades. No entanto ainda há três formas especiais, marítimo, aeronáutico e militar. São formas restritas e excepcionais de testar⁵⁴, são permitidas apenas a certas e determinadas pessoas. Ao comparar essa última forma com os ordinários, suas formalidades são mais simples e têm menos requisitos exigidos⁵⁵, formas essas que serão a seguir destacadas.

Não são permitidos testamentos simultâneos, recíprocos e correspectivos, conforme versa o art. 1.863 CC. Entende-se como sendo da forma simultânea, o testamento que indaga a mais de uma pessoa, com as mesmas disposições. Da mesma forma a reciprocidade é vedada, pois cada testador institui a herança ao outro e na mesma linha o correspectivo, que institui o outro como seu herdeiro pelo fato de ele o ter nomeado herdeiro em seu testamento⁵⁶.

Nessa linha ilustra a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na decisão provida em 31 de janeiro de 2012, onde argumentou que as características acima expostas não podem ser aceitas em testamentos. Sendo assim no processo de número 70043945658, um casal vindo a obedecer tais princípios, porém nomeando o outro companheiro como beneficiário, contudo em testamentos distintos, é válido. Observa-se que o testador varão havia revogado o seu

⁵² VENOSA op. cit., p. 179.

⁵³ VENOSA op. cit., p. 203.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ DINIZ op. cit., 2008, p. 203.

⁵⁶ GOMES op. cit., p. 102.

testamento, sendo que a testadora permaneceu com sua expressão de última vontade e veio a falecer. Nesse caso o Tabelião auxiliou o processo sendo testemunha, onde constatou que a senhora havia o procurado por mais de uma vez e argumentando que não estava mais em união com o testador varão, que ela tinha o desejo de revogar o testamento, porém tal ato nunca foi feito. Isso posto, o tribunal entendeu que como não foi revogado o testamento, continuou a vigorar a expressão de última vontade, sendo assim o testamento é válido.

2 O INSTITUTO DO TESTAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Neste capítulo irá se conceituar o testamento, enumerando seus tipos e versar sobre a liberdade de testar.

2.1 DAS FORMAS DE TESTAMENTO ORDINÁRIO

Entrando agora nas especialidades dos testamentos ordinários ver-se-ão as três formas de testamento ordinários previstas no nosso Código Civil conforme art. 1.862, existindo três modalidades, o público, o cerrado e o particular.

2.1.1 Testamento público

O testamento público é entendido como “O escrito pelo tabelião em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador. É feitas em língua nacional, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos, em presença de duas testemunhas a que devem assistir todo o ato”⁵⁷.

O testamento público pode-se afirmar que é o mais seguro dentre as formas ordinárias, pois uma de suas características é de que uma cópia fica registrada no cartório, que ao contrário das outras formas, impossibilita a perda, extravio ou destruição do testamento⁵⁸, já que é feito no livro de notas de um tabelião⁵⁹.

Sobre o fato de chamar-se público Comenta Gonçalves:

⁵⁷ GONÇALVES op. cit., p. 253.

⁵⁸ VENOSA op. cit., p. 205.

⁵⁹ GOMES op. cit., p. 107

A publicidade não consiste no fato de o testamento ficar aberto ao conhecimento do público depois de o ato ser lavrado no livro respectivo. Chama-se “público” o testamento em razão de o notário, em nosso país, por longo tempo, ter sido chamado, também, de “oficial público”, bem como pela circunstância de o ato ser testemunhado pelas pessoas cuja presença é essencial para garantir a sua seriedade e regularidade⁶⁰.

Portanto diz-se público pelo fato de após a morte do testador, não guardar segredo sobre seu conteúdo, pois qualquer pessoa poderá ter acesso a ele, assim como a qualquer escritura pública tornando-se assim uma desvantagem⁶¹.

O art. 1.864 CC enumera os requisitos essenciais do testamento público, sendo necessário que o ato só pode ser lavrado pelo titular da serventia. Na falta deste, por motivo de férias do tabelião ou afastamento por justa causa, será o primeiro substituto a pessoa competente para responder pelas funções originárias do tabelião⁶². As autoridades consulares brasileiras fora do país, também são autorizadas a lavrar o testamento público, previsão expressa no art. 18 da Lei de Introdução ao Código Civil. Portanto não se vale de outra forma de testamento tendo em vista que as formalidades são as mesmas⁶³.

Outro requisito a ser observado é a necessidade de o testamento público ser lavrado em língua nacional (portuguesa), como bem versa o parágrafo 3 do art. 215CC. No entanto sobre a questão da aceitação de interprete, há divergência doutrinária. Diniz é participante da corrente que aceita interprete⁶⁴ com base no paragrafo quarto do art. 215 CC, que expressa:

Se qualquer dos comparecentes não souber a língua nacional e o tabelião não entender o idioma em que se expressa, deverá comparecer tradutor público para servir de intérprete, ou, não o havendo na localidade, outra pessoa capaz que, a juízo do tabelião, tenha idoneidade e conhecimento bastantes.

Uma grande corrente doutrinária não aceita interprete, formada por grandes nomes como Gomes e Venosa. Este último traz o exemplo de um testador que mesmo sendo naturalizado brasileiro e o tabelião acreditar que não tem o domínio do idioma, não será aceito, pois acredita não valer interprete ou tradutor, como ele narra:

⁶⁰ GONÇALVES op. cit., p. 253.

⁶¹ VENOSA op. cit., p. 205.

⁶² VENOSA op. cit., p. 205.

⁶³ Ibidem, p. 206.

⁶⁴ Ibidem.

Note que a naturalização, embora tenha como pressuposto o conhecimento de nossa língua, não é suficientemente para seu pleno conhecimento, pois sabido é que se trata de requisito em muito facilitado. Assim, se o testador, mesmo brasileiro, não compreender suficientemente o português, não pode testar pela forma publica [...] não se admite interpretar⁶⁵.

Com a entrada da vigência do atual código, a exigência de testemunhas caiu de cinco para duas. Ao ponto que essa exigência é vista como uma das formalidades essenciais, o ato só se completa com a assinatura de todos⁶⁶, como bem versa o inciso terceiro do art. 1.864 CC, caso uma se negue, o ato torna-se inválido. Caso o testador não puder ou não souber assinar, a lei manda que uma das testemunhas assine a rogo, conforme art. 1.865 CC⁶⁷.

Contudo “se o testador não souber assinar, em virtude de analfabetismo, ou não puder assinar em razão de qualquer patologia (mal de Parkinson) ou acidente que lhe impeça o uso das mãos, o tabelião ou seu substituto legal assim o declarará”⁶⁸. Portanto as testemunhas, além de serem idôneas, deverão presenciar todo o ato, sem interrupção e sem se afastarem nem um momento do ambiente ao qual está sendo lavrado o testamento, apesar de a lei não exigir⁶⁹. Para poder ser testemunha deve-se cumprir o requisito de conhecer previamente o testador, para poder afirmar a sua identidade e que está em pleno gozo de suas faculdades mentais⁷⁰.

Outro requisito é a necessidade do testamento ser lido em voz alta, por vezes pelo tabelião ou ainda podendo ser pelo próprio testador se o quiser, depois de ser lavrado, na presença do testador e das duas testemunhas. A leitura tem a finalidade de certificar que o conteúdo está de acordo com o declarado pelo testador, para que seja cumprida sua última vontade. Tendo assim este ato à necessidade de ser feito, na presença de todos participantes, sob pena de nulidade do ato⁷¹. Contudo deve-se atentar ao inciso II do art. 1.864 do Código Civil.

“Podem testar publicamente, o indivíduo que puder declarar sua vontade de viva voz, e verificar, pela sua leitura, haver sido fielmente exarada⁷²”, logo, o mudo, muito menos o surdo-mudo, não podem testar por esta forma, uma vez que não podem expressar sua vontade

⁶⁵ VENOSA op. cit., p. 207-208.

⁶⁶ VENOSA op. cit., p. 208.

⁶⁷ VENOSA op. cit., p. 208.

⁶⁸ DINIZ op. cit., 2008. p. 209.

⁶⁹ Ibidem, p. 208.

⁷⁰ GONÇALVES op. cit., p. 255.

⁷¹ DINIZ op. cit., 2008, p. 209.

⁷² DINIZ op. cit., 2008, p. 212.

oralmente, e no caso do surdo, não pode ouvir a leitura do testamento, por mais que saibam ler e escrever⁷³.

Já ao inteiramente surdo, poderá fazer o testamento público, que emitirá sua vontade ao tabelião. Sabendo ler o fará, caso contrário, denominará alguém para que o faça em seu lugar, não podendo ser uma das duas testemunhas, tendo a necessidade de assinar ao final, como se fosse uma testemunha suplementar⁷⁴, vide Art. 1.866 CC.

Ao analfabeto, assim como o cego, apenas é permitido testar da forma pública⁷⁵. Para esse último lhe será lido em voz alta, duas vezes, para que possa garantir que o conteúdo esteja de acordo com sua vontade, imprescindivelmente uma vez pelo tabelião ou por seu substituto legal e outra vez por uma das testemunhas designada pelo testador, ao qual será repostado seu nome, sob pena de nulidade do ato⁷⁶, em observância ao art. 1.867 CC.

2.1.2 Testamento cerrado

Fala-se de “testamento cerrado, secreto ou místico, outrora também chamado de nuncupação implícito”⁷⁷, a modalidade escolhida pelo testador, ao qual quis manter sua última vontade em sigilo, com instrumento de aprovação ou autenticação lavrado pelo tabelião ou pelo seu substituto legal, tendo ainda a necessidade da presença de duas testemunhas idôneas⁷⁸.

Sua grande vantagem intrínseca é o caráter sigiloso, mantendo em segredo, em regra, as disposições do testador até a sua abertura⁷⁹. “Evitam assim maiores dissensões familiares entre os aquinhoados e preteridos [...] trata-se da última forma que tem o titular de um patrimônio de não acirrar mais as desinteligências familiares”⁸⁰. Porém essa forma secreta tem a desvantagem latente da perda, destruição ou supressão de cópia. Para tanto suas formalidades são mais amplas para gerar maior segurança no ato⁸¹.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ GONÇALVES op. cit., p. 261.

⁷⁶ DINIZ op. cit., 2008, p. 212.

⁷⁷ GONÇALVES op. cit., p. 268.

⁷⁸ DINIZ op. cit., 2008, p. 213.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ VENOSA op. cit., p. 211.

⁸¹ Ibidem.

Pode-se dividir essa forma em dois elementos, sendo a primeira a cédula testamentaria que é escrita pelo testador, ou por alguém em seu rogo, onde irá conter as suas disposições de última vontade. A segunda dimensão está presente no auto de instrumento de aprovação, que vai ser lavrado pelo tabelião, para que seja assegurada a autenticidade do ato, onde irá conter a identidade do testador e das testemunhas presentes⁸².

Analisando o art. 1.868CC que traz os requisitos essenciais do testamento cerrado, fica evidenciada pela quantidade de formalidades elencadas, que essa forma de testamento é a mais detalhada, com a finalidade de garantir a lisura do ato, porém levando muitas vezes a desencorajar a escolha dessa modalidade⁸³.

Sua disposição pode ser em língua nacional ou estrangeira, dada à natureza íntima desse testamento, não necessitando que o tabelião, nem as testemunhas conheçam tal idioma⁸⁴, em conformidade com o art. 1.871CC. Porém, sabe-se que “o auto de aprovação ou autenticação lavrado pelo tabelião, todavia, sendo um instrumento público, deve ser escrito na língua nacional”⁸⁵.

Em conformidade com o art. 1.872CC “não pode dispor de seus bens em testamento cerrado quem não saiba ou não possa ler”. Ficam vedados de fazer esse tipo de testamento, portanto o analfabeto e o cego, já que não poderá certificar-se das disposições feitas⁸⁶, de acordo com o art. 1.867CC. Portanto se a pessoa souber ler, mas está impossibilitada, não poderá se utilizar desse dispositivo, entretanto a mera dificuldade não inibe o interessado de empregá-la⁸⁷.

Evidentemente necessita a assinatura do próprio testador, no caso de ele mesmo ter escrito ou por outra pessoa a seu rogo. Em seguida será feita a entrega da carta testamentária pelo testador ao tabelião, sendo assistido das duas testemunhas, comunicando-o ser aquele seu testamento, com as suas vontades e pedir sua aprovação. Caso o testador seja mudo ou surdo-mudo, deverá no ato de entrega escrever perante todos na face externa do testamento ser aquele seu testamento, cuja aprovação pede⁸⁸.

⁸² DINIZ op. cit., 2008, p. 213.

⁸³ Ibidem, p. 212.

⁸⁴ GONÇALVES op. cit., p. 272.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ DINIZ op. cit., 2008, p. 214

⁸⁷ GOMES op. cit., p. 116

⁸⁸ DINIZ op. cit., 2008, p. 214.

O auto de aprovação deverá ser feito na presença das testemunhas, declarando sob sua fé, que o testador lhe entregou, para ser aprovado, o testamento e que o tinha por seu. Contudo no caso do surdo ou surdo-mudo, o tabelião fará constar, no auto de aprovação, que há na face externa do testamento a declaração e que foi feita na frente dele e das testemunhas⁸⁹. Caso não haja espaço na última folha escrita para que seja colocado o sinal público, deverá o tabelião juntar outra folha e declarar a razão de seu procedimento⁹⁰, como bem explicita o art. 1.869CC.

Ao inserir o seu sinal no instrumento, haverá a leitura do auto de aprovação pelo tabelião diante todos os presentes, que ao término irá conter a assinatura de todos. Uma vez formalizado o auto de aprovação, irá juntá-lo com a cédula testamentaria, e lacrá-los por pontos de costura⁹¹, conforme retro art. 1.869, *in fine* CC.

Devolvido o testamento ao testador, o tabelião anotarà em seu livro, lugar, dia, mês e ano em que o testamento foi aprovado e entregue, sendo assim cosido e lacrado, conforme art. 1.874 CC. O testamento deverá ser mantido inviolado, caso seja aberto, entende-se que foi revogado⁹².

Apenas após o falecimento do testador, o juiz de seu domicílio, receberá a carta testamentaria. Verificada a integridade da carta testamentaria assim como no público passará ao escrivão para que seja feita a leitura na frente do apresentante, lavrando-se em seguida o ato de abertura, que terá a rubrica do juiz e a assinatura do apresentante⁹³.

O último requisito é o estado de conservação da cédula para que tenha autenticidade, já que apenas depois de verificada a inexistência de vício externo, que o magistrado, após ouvir o Ministério Público, mandará registrar, arquivar e cumprir o testamento. Caso o testamento tenha sido violado, o juiz verificará o motivo ao qual foi feito e se pronunciará pelo fato ocorrido, se verificar que tenha sido por outra pessoa que não o testador, e achar o motivo conveniente, ordenando seu cumprimento⁹⁴.

Estão aptos a utilizar essa forma de testamento, todos os que saibam e possam ler, mesmo se não souber ou não puder escrever, apenas haverá a necessidade que alguém o faça a seu rogo⁹⁵.

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ GONÇALVES op. cit., p. 274.

⁹¹ DINIZ op. cit., 2008, p. 215.

⁹² Ibidem, p. 215-216.

⁹³ Ibidem, p. 216.

⁹⁴ DINIZ op. cit., 2008, p. 216.

⁹⁵ Ibidem, p. 217.

“Só estão privados de fazer testamento cerrado os analfabetos, porque não sabem ler, e os cegos, porque não podem ler, permitindo-lhes o testamento público”⁹⁶.

2.1.3 Testamento particular

A última forma de testamento dos chamados ordinários, porém não menos importante, é a forma particular, também chamado de aberto ou hológrafo⁹⁷. Gonçalves o define como sendo “o ato de disposição de última vontade escrito de próprio punho, ou mediante processo mecânico, assinado pelo testador, e lido por este a três testemunhas, que o subscreverão, com a obrigação de, depois da morte do disponente, confirmar a sua autenticidade”⁹⁸.

O presente código visou simplificá-lo, já que a sua utilização era ínfima, comparada a utilização das outras formas, pois além de correr o risco como no cerrado da perda do testamento, exigia que pelo menos três testemunhas comparecessem após a morte do testador para confirmá-lo, contagem essa que passou para apenas uma testemunha⁹⁹. Em contra partida, há vários benefícios, como a rapidez de elaboração, facilidade e gratuidade¹⁰⁰.

Para essa modalidade é aceita escrita a próprio punho ou mediante processo mecânico, não sendo aceito a rogo, nem o uso de alfabeto Morse¹⁰¹. No entanto caso for feito datilografado ou digitado, terá que fazer prova de que foi o testador quem o fez, que pode ser do jeito mais simples como é o caso de sua assinatura¹⁰². Caso for escrito do próprio punho, havendo rasuras, correções, estas não invalidarão o ato, porém devem ser devidamente ressalvadas ou autenticadas com a assinatura do testador¹⁰³.

O testamento particular é aceito em língua estrangeira, desde que as testemunhas a compreendam, conforme art. 1.880 CC. É importante que todas elas a conheçam, pois se uma das testemunhas não souber, o ato é anulado. Deve ser feito a leitura do ato, diferentemente do antigo

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ GONÇALVES op. cit., p. 278.

⁹⁸ Ibidem, p. 278.

⁹⁹ VENOSA op. cit., p. 219.

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ DINIZ op. cit., 2008, p.218.

¹⁰² VENOSA op. cit., p. 220.

¹⁰³ DINIZ op. cit., 2008, p.219.

Código. O vigente expressa nos parágrafos do artigo supracitado, concomitante com o art. 1.876 CC, a necessidade da leitura pelo próprio disponente¹⁰⁴.

Contudo, em decisão unânime datada de 26 de abril de 2012, sob número 70046513123, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, entendeu como não haver a necessidade da leitura completa do testamento particular, desde que tenha sido esclarecido pelo testador, as suas disposições de última vontade, desde que tenham sido supridos os outros requisitos.

Uma das inovações do código vigente foi com relação à confirmação do ato pelas testemunhas. Antes, havia a necessidade da confirmação do ato de pelo menos três testemunhas, tendo elas que confirmar pelo menos a leitura do testamento e ainda se reconhecem a sua assinatura assim como a do testador. Agora, as testemunhas que assistiram o ato devem ser convocadas, tendo a necessidade de pelo menos uma delas de reconhecer sua assinatura, sendo o testamento confirmado¹⁰⁵, na plenitude do art. 1.878CC, no seu parágrafo único.

Caso não seja encontrado nem uma testemunha, mesmo que não haja dúvida da autenticidade do testamento, o juiz não deverá homologar o testamento. Contudo a maior vantagem do testamento particular é a desnecessidade da presença do notário¹⁰⁶, “além do mais, é simples, cômodo, rápido e nada dispendioso¹⁰⁷”.

2.2 DAS FORMAS ESPECIAIS DE TESTAMENTO

Em nosso ordenamento admite-se em casos excepcionais e a título provisório testamentos especiais, como é o caso do marítimo e do aeronáutico. Levando em relevância que uma viagem prolongada pode vingar uma vontade de prevenir a sucessão e não tendo meios para utilizar daquelas formas ordinárias, possibilita-se assim, que não morra na viagem sem testamento¹⁰⁸.

Portanto essas formas especiais, não são livres de escolha por qualquer pessoa, mas são determinadas pela circunstância e situação excepcional ao qual se encontra aquele que deseja

¹⁰⁴ VENOSA op. cit., p. 221-222.

¹⁰⁵ VENOSA op. cit., p. 222.

¹⁰⁶ DINIZ op. cit., 2008, p 220

¹⁰⁷ Ibidem, p. 221

¹⁰⁸ DINIZ op. cit., 2008, p. 221.

manifestar a sua última vontade. Por esse motivo que se justifica a diminuição dos requisitos legais existentes¹⁰⁹.

Além de utilizar as regras específicas dos testamentos especiais diz Gonçalves:

A eles se aplicam todos os princípios que determinam a capacidade testamentaria ativa, a proibição do testamento conjuntivo, os preceitos referentes às disposições testamentarias em geral, os que tratam da capacidade para adquirir por testamento, o *jus cogens* da sucessão legítima, a ordem de vocação hereditária, o respeito à quota dos herdeiros necessários, os preceitos referentes aos defeitos da vontade, etc¹¹⁰.

Sabe-se que as formas de testamentos especiais têm traços comuns e vigoram com prazo de eficácia, pois logo após termine essa excepcionalidade e o testador tenha sobrevivido, esse testamento torna-se descabido¹¹¹.

“À execução dos testamentos especiais aplicam-se as regras dirigidas ao testamento particular, qualquer que seja a forma usada”¹¹². Tal comentário sobressai do art. 1.134CPC, pois se observa que o testamento especial, não se diferencia do testamento particular, a não ser pelo seu caráter de urgência, de extrema necessidade.

As três formas especiais expressas previstas em nosso código no art. 1.886CC são: o marítimo, o aeronáutico e o militar.

2.2.1 Do testamento marítimo

O testamento marítimo é facultado à pessoa que está a bordo de navio nacional, podendo ser mercante ou de guerra; o segundo é permitido àquele que viaja a bordo de aeronave militar ou comercial; o terceiro é admitido ao militar e as pessoas que se encontram em campanha, sendo de suma importância a todos as formas, estar em eminente risco de morte¹¹³.

Conceitua-se essa forma de testamento como sendo o elaborado por passageiros e tripulantes, em suas viagens. Pode ser feito em alto-mar ou mesmo em vias pluviais ou lacustres, como por exemplo, na bacia amazônica. Logo é válido no caso de haver eminência de risco de

¹⁰⁹ GONÇALVES op. cit., p. 304.

¹¹⁰ Ibidem, p. 305-306.

¹¹¹ GOMES op. cit., p. 131

¹¹² Ibidem.

¹¹³ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: direito das sucessões. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.7. p. 169-170

morte e da impossibilidade de desembarque em algum porto para que seja feito o testamento ordinário.

Em nosso código, podem-se visualizar duas peculiaridades, ao ponto de não prevalecer o testamento conforme versão os artigos 1.892CC e 1.891CC, onde o primeiro versa não ser válido o testamento marítimo, mesmo se for feito no curso de uma viagem, se o navio estava em porto onde se pudesse desembarcar e testar na forma ordinária, com outras palavras mesmo o barco ancorado, caso não haja meios de ser feito o testamento da forma ordinária, será aceito a forma marítima¹¹⁴. Já o segundo tem as palavras: “Caducará o testamento marítimo, ou aeronáutico, se o testador não morrer na viagem, nem nos noventa dias subsequentes ao seu desembarque em terra, onde possa fazer, na forma ordinária, outro testamento”.

Para as formas marítima e aeronáutica, há a necessidade dos testamentos serem feitos no diário de bordo, que ficará sob a guarda do comandante, pelo fato de haver funções notariais, sendo ele impelido de entregar o diário de bordo às autoridades administrativas no primeiro porto ou aeroporto nacional¹¹⁵, em consonância com os artigos 1.888CC e 1.890CC.

Há inerentemente duas formas de testamento marítimo, sendo a primeira como anteriormente mencionada, em conformidade com o artigo 1.888CC, se assemelhando ao testamento público, ao qual o capitão é atribuído de função notarial, tendo a necessidade de duas testemunhas, sendo registrado no diário de bordo. Tal como o público, caso o testador esteja impossibilitado de assinar, uma testemunha poderá assinar a seu rogo¹¹⁶.

A segunda forma testável seria a do tipo cerrada, onde o próprio testador sendo escrito por ele ou por outrem, fará suas disposições, ao qual levará sua assinatura. Em seguida deve ser entregue ao comandante, perante duas testemunhas, sendo obrigatória a permanência de todos até o final da solenidade, necessitando ter a capacidade de compreensão e serem idôneas, aplicando-lhes os mesmos impedimentos aos quais atingem as testemunhas nos testamentos da forma ordinária¹¹⁷.

Como já mencionado no art. 1.891CC, a caducidade é uma característica dos testamentos especiais, portanto o referido artigo engloba o testamento marítimo e o aeronáutico, pois passado

¹¹⁴ DINIZ op. cit., 2008, p. 222.

¹¹⁵ Ibidem, p. 222-223

¹¹⁶ GONÇALVES op. cit., p. 307.

¹¹⁷ Ibidem, p. 308.

a excepcionalidade do fato ocorrido, não cabe mais o estado de emergência, tendo o relevante tempo de noventa dias em terra de vigência, portanto deverá o testador ratificá-lo, se quiser, em uma das formas ordinárias¹¹⁸.

2.2.2 Do testamento aeronáutico

Implementado na última legislação o art. 1.889CC, conceitua o testamento aeronáutico como “quem estiver em viagem, a bordo de aeronave militar ou comercial, pode testar perante pessoa designada pelo comandante, observado o disposto no artigo antecedente”. Ao indicar o artigo antecedente, quer arguir que seja observada a necessidade das duas testemunhas e leve em consideração a forma pública ou cerrada¹¹⁹, como se mencionou no art. 1.888 CC.

Levando em consideração que o comandante do avião, não tem a mesma mobilidade que um comandante de navio, não poderá redigir o testamento ou auto de aprovação, sensibilizado com a questão o legislador criou esse artigo, permitindo que o capitão nomeie uma pessoa de sua confiança para cumprir seu papel. Sendo os requisitos do testamento aeronáutico os mesmos do testamento marítimo¹²⁰.

2.2.3 Do testamento militar

Diniz conceitua testamento militar como sendo:

A declaração de última vontade feita por militares e demais pessoas (médicos, enfermeiros, repórteres ou correspondentes de guerra, engenheiros, telegrafistas, capelães, reféns, prisioneiros etc.) a serviço das Forças Armadas (Exército, Marinha, Aeronáutica – CF, art. 142) em campanha, dentro ou fora do país, ou em praça sitiada ou com as comunicações interrompidas, não havendo tabelião ou seu representante legal¹²¹.

Portanto é um testamento elaborado por militares, porém não necessariamente em tempo de guerra ou mesmo por pessoas a serviço das Forças Armadas, mas sim aos quais então

¹¹⁸ Ibidem, p. 309-310.

¹¹⁹ Ibidem, p. 310.

¹²⁰ GONÇALVES op. cit., p. 311.

¹²¹ DINIZ op. cit., 2008, p. 223.

mantidos em campanha, sendo assim participando efetivamente das operações de guerra, dentro ou fora do país, cuja comunicação esteja interrompida¹²².

O testamento militar é dotado de alguns requisitos. Ao ponto que há a necessidade da Força estar em campanha, mobilizada, podendo ser para guerra interna ou externa, sendo assim em praça sitiada, sem a possibilidade de se afastar-se, ou que esteja sem comunicação. Como formalidade, anota-se também a falta de um local específico, no caso um tabelionato, para que seja feito pela forma ordinária. Ainda a eminência de risco de morte¹²³.

É em número de três a quantidade de formas aceitas de testamento militar. Sendo a primeira a assemelhada ao testamento público, conforme art. 1.893CC, a segunda correspondente ao testamento cerrado, seguindo o art. 1.894CC e a última a nuncupativa¹²⁴, disciplinada pelo art. 1.896CC.

Na forma assemelhada ao testamento público, quem tiver o poder de chefia, como por exemplo, do comandante caso o testador estar em serviço da tropa, atuará como o tabelião, sendo necessário ser feito na presença de duas testemunhas¹²⁵.

No segundo caso, o testador fará seu testamento cerrado e entregará ao auditor, ou ao oficial de patente, na presença de duas testemunhas. Sendo devido a quem receber colocar o lugar e a data do recebimento, após será assinado, pelo próprio e pelas testemunhas que em seguida, o devolverá ao apresentante¹²⁶.

Por último fala-se de testamento nuncupativo a modalidade feita em viva voz, perante duas testemunhas, necessitando ser empenhado pela pessoa em combate ou se ferida¹²⁷, como versa o art. 1.896CC. Esse dispositivo prevê a impossibilidade do testamento ser escrito, porém caso esse momento seja superado pelo testador, ou seja, o testador não vindo a falecer, havendo, portanto a possibilidade de ser escrito, deverá o testador buscar de outras formas para ratificar sua vontade¹²⁸.

¹²² GOMES op. cit., p. 134.

¹²³ GONÇALVES op. cit., p. 313-314.

¹²⁴ Ibidem, p. 314.

¹²⁵ Ibidem.

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ GONÇALVES op. cit., p. 315.

¹²⁸ Ibidem, p. 315.

Prevê o legislador, igualmente os testamentos marítimo e aeronáutico, portanto estão sujeitos ao prazo de caducidade de 90 dias, na forma proclamada pelo artigo 1.895CC. Ressalvando ainda o testamento militar feito na forma semelhante ao cerrado¹²⁹.

3 TESTAMENTO COMO PREVENÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES

Nesse capítulo conterà os limites do testamento, qual sua cota disponível para testar e ainda os motivos que aos quais as pessoas buscam o instituto do testamento, incluindo dados e gráficos sobre o assunto.

3.1 AS RESTRIÇÕES À LIBERDADE DE TESTAR

No testamento fala-se em disposição de última vontade, contudo essa declaração deve seguir alguns requisitos. Nesse âmbito entra a liberdade de dispor seus bens em testamento, portanto a transmissão hereditária se divide em dois princípios: o da autonomia da vontade, onde se pode dispor com plenitude dos seus bens, e o da supremacia da ordem pública, onde impera as restrições impostas por lei a essa liberdade¹³⁰.

Tal medida preventiva vem com o intuito de proteger a propriedade e a família. Visando o benefício da sociedade em geral, o Código Civil limita a liberdade de testar do “de cujos”. Contudo essa vedação assegura apenas os direitos dos herdeiros necessários em metade dos bens da herança, sendo eles os descendentes, os ascendentes e o cônjuge¹³¹ conforme os artigos 1.789, 1.845 e 1.846 do atual Código Civil.

“Não havendo herdeiros necessários, plena será a liberdade de testar, podendo o testador afastar da sucessão os herdeiros colaterais”¹³². Portanto o Código Civil exclui os parentes mais remotos, sendo assim não são considerados como herdeiros necessários. Portanto aos colaterais não cabe à chamada legítima, ou seja, à metade da herança podendo o testador usufruir de sua liberdade como bem desejar¹³³.

¹²⁹ Ibidem, p. 317.

¹³⁰ DINIZ op. cit., 2008, p. 175.

¹³¹ Ibidem, p. 175.

¹³² GONÇALVES op. cit., p. 43.

¹³³ DINIZ op. cit., 2008, p 176

Há de observar que caso o autor da herança for casado pelo regime da comunhão universal de bens, separar-se-á a meação do consorte¹³⁴. Todavia resta a outra metade que são seus bens por direito. Contudo, caso haja herdeiros necessários haverá a necessidade de reservar a legítima para esses sobreviventes, tendo o direito da metade dos bens que o autor ainda possuir, ou seja, um quarto dos bens totais será destinado à legítima. Sobrará apenas um quarto de todos seus bens para dispor livremente¹³⁵.

3.2 IDENTIFICAÇÕES DE PERFIS E ANÁLISE DE DADOS

A utilização do testamento pela população brasileira é de baixa incidência, comprovados pelos dados a seguir expostos. Sandoval narra que: “a grande maioria das pessoas, nascidas na Inglaterra e nos Estados Unidos, já fizeram seu testamento, muitas vezes jovens”¹³⁶. Contudo traz Monteiro que com o intuito de evitar conflitos entre herdeiros, os brasileiros estão se utilizando do testamento, que por vezes era um instituto desconhecido¹³⁷.

Venosa expõe os motivos da baixa utilização do testamento:

Divaga-se a respeito de por que o testamento é tão pouco utilizado entre nós. Uma primeira resposta a essa indagação é justamente porque a ordem de chamamento hereditário feito pela lei atende, em geral, ao vínculo afetivo familiar. Normalmente, quem tem um patrimônio espera que, com sua morte, os bens sejam atribuídos aos descendentes. E são eles que estão colocados em primeiro lugar na vocação legal¹³⁸.

Porém, a lei não consegue abranger com veemência todas as particularidades familiares. Nesses casos devem ser utilizados os testamentos, que podem conter motivações distintas. Contudo a busca pelo testamento sempre procura a proteção do patrimônio¹³⁹.

Como se viu no capítulo anterior, o testamento como expressão de última vontade pode ser revogado, conseqüentemente pode ser alterado a qualquer momento. Traz Sandoval que: “são inúmeros os casos em que famílias, na luta pelo dinheiro, são inteiramente destruídas”¹⁴⁰.

¹³⁴ Ibidem, p. 176.

¹³⁵ GONÇALVES op. cit., p. 44.

¹³⁶ SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. **Testamento previne brigas familiares**. Disponível em: <<http://www.colegioregistrals.org.br/doutrina.asp?cod=333>>. Acesso em: 30 mar. 2011.

¹³⁷ MONTEIRO, Luciana. **Testamento é caminho para evitar conflitos por herança**. Disponível em:

<http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=11721>. Acesso em: 21 maio 2012.

¹³⁸ VENOSA op. cit., p. 5.

¹³⁹ MONTEIRO op. cit.

¹⁴⁰ SANDOVAL op. cit.

Podem-se separar as pessoas que utilizam os testamentos em cinco grupos. O primeiro deles é formado por casais mais velhos, com o intuito de retardar a transmissão de seus bens para os descendentes. Contudo dispõem a sua parte disponível para o cônjuge sobrevivente, dando-lhe assim garantias financeiras, já que normalmente com a velhice, se teme a insuficiência de renda¹⁴¹.

Outro perfil dentre os usuários de testamento, são dos grandes empresários preocupados com uma possível transmissão de parte da empresa. Sabe-se que nos casamentos, mesmo no regime da separação obrigatória, com a morte, o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário. Para evitar tal ato, usa-se o testamento para prevenir que uma pessoa de fora venha a tomar posse de bem familiar¹⁴².

Há também os testamenteiros que tiveram vários casamentos, com filhos em diferentes matrimônios. Conta Vampré por sua experiência que em geral o relacionamento entre essas famílias distintas não são harmoniosas e para evitar algum tipo de conflito, há um pré-direcionamento dos bens, trazendo como exemplo um testamento feito por ele de um testador que tinha dois apartamentos e uma casa na praia e ainda uma herança a receber de seus pais¹⁴³. Sendo assim “ele optou por deixar um dos apartamentos e a casa na praia para a atual esposa e o outro imóvel e a herança para a filha do primeiro casamento”¹⁴⁴.

O maior aumento pela procura de testamento nos últimos anos é de pessoas que tem união civil do mesmo sexo. Isso ocorre, muitas vezes pela deficitária legislação, pelo fato de não ter garantias sobre a sucessão dos bens para tais casais, por mais que estejam vinculados com uma união estável. Acredita-se que a desavença da sucessão entre companheiro e família seja oriunda do sentimento de perda, pois antes os parentes iriam receber toda herança. Com os direitos do parceiro reservados, há uma perda significativa para família. Com a utilização do instituto do testamento, evita-se tal desgaste, sendo os bens destinados conforme a vontade do testador¹⁴⁵.

Por último, o grupo que mais procura esse instituto é aquele que são formados por aqueles que não têm herdeiros necessários e até mesmo sem herdeiros até o quarto grau. No caso de

¹⁴¹ MONTEIRO op. cit.

¹⁴² Ibidem.

¹⁴³ Ibidem.

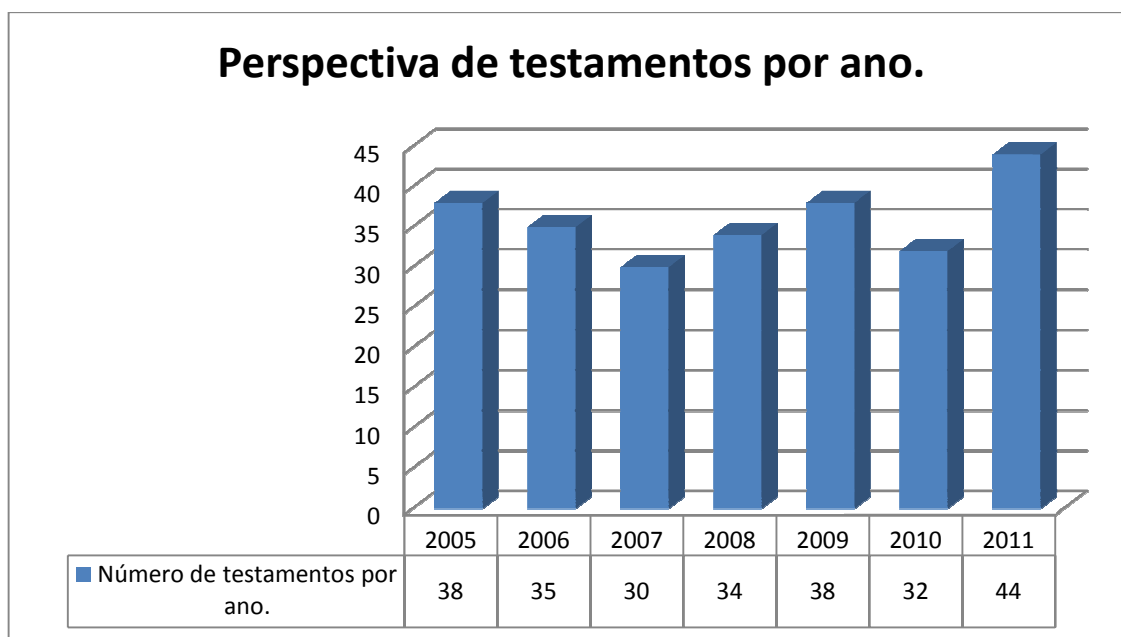
¹⁴⁴ VAMPRE *apud* MONTEIRO op. cit.

¹⁴⁵ MONTEIRO op. cit.

morte os bens dessas pessoas iriam para a prefeitura. Para evitar que isso ocorra, muitos preferem eleger alguém que tenha afinidade, carinho, admiração, ou ainda escolhem uma instituição que julgue idônea para deixar seus bens¹⁴⁶.

Com dados cedidos pelo Sexto Tabelionato de Porto Alegre, a pesquisa a seguir busca quantificar o número de pessoas que utilizam o testamento público e ilustra o perfil dessas pessoas. Tais dados foram retirados do período que abrange 2005 até o último ano concluído.

Essa escolha foi feita, tendo em vista que antes da primeira data, não havia o controle eletrônico dos números. Sendo assim feita por fichário numa ordem alfabética. O segundo gráfico, terá enfoque em 2011, pelo fato de estar mais próximo do trabalho, portanto é o dado que reflete melhor o momento contemporâneo ao qual se vive. Mesmo porque foi o ano em que mais se lavrou testamento. O seu papel é demonstrar o padrão do herdeiro testamentário.

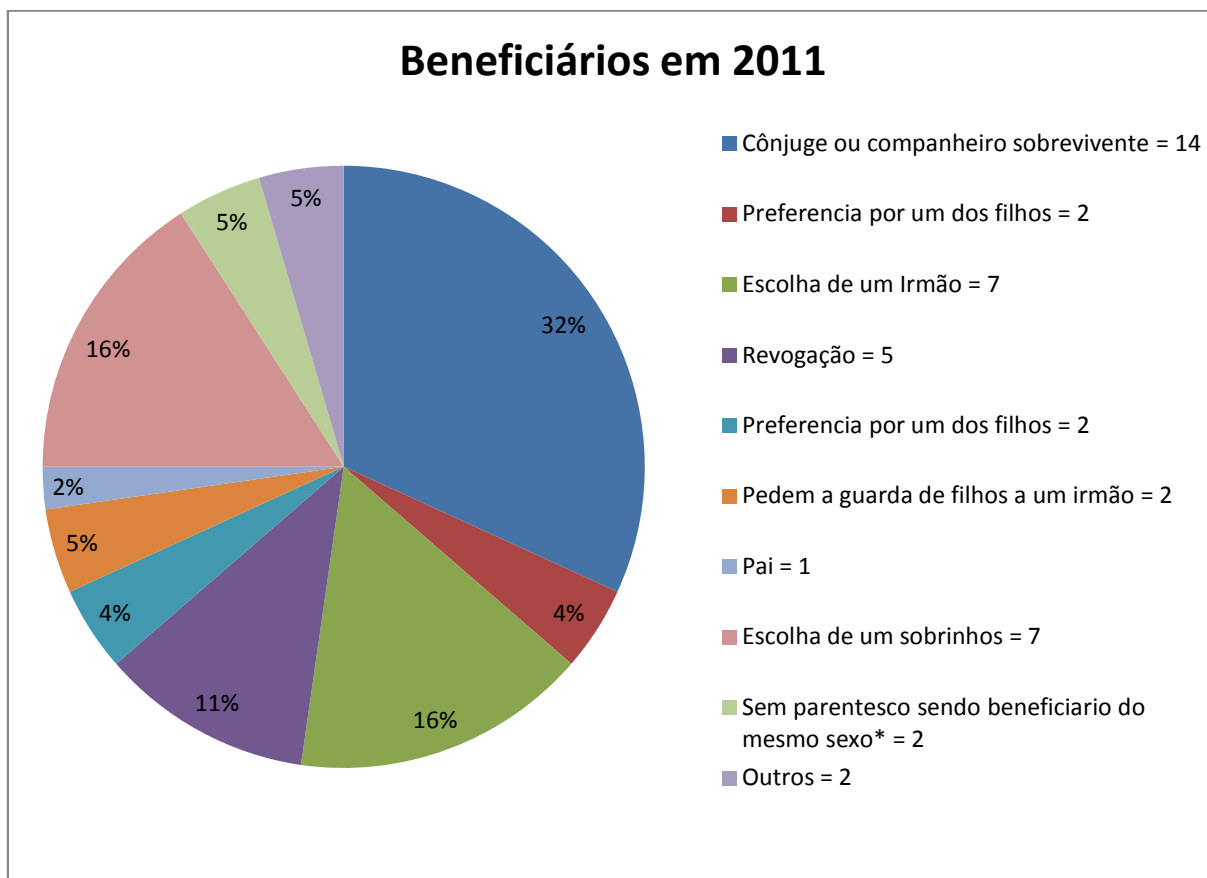


Analisando o gráfico acima, pode-se constatar a baixa utilização dos testamentos públicos. Pois como já dito, se trata do testamento mais seguro, já que fica uma cópia registrada no cartório, que ao contrario das outras formas, impossibilita a perda, extravio ou destruição do testamento¹⁴⁷. Portanto a forma pública de testamento deveria ser sua primeira opção. Se há tal baixo número, imagina-se que nas outras formas, o padrão se assemelhe.

¹⁴⁶ MONTEIRO op. cit.

¹⁴⁷ VENOSA op. cit., P. 205.

Por mais que tenha sido constatado um grande aumento de testamentos lavrados de 2010 para 2011, verificando os testamentos lavrados desde 2005, tal aumento não se torna tão expressivo. Sabe-se que a população de Porto Alegre em 2010 soma 1.409.351, conforme dados do IBGE. Para essa população são destinados doze Tabelionatos, portanto uma parcela ínfima da população se preocupa em expressar sua última vontade¹⁴⁸.



Nesse último gráfico, identifica-se o perfil das pessoas que fizeram seu testamento em 2011, somando-se quarenta e quatro. Dentre as utilizações mais expressivas, pode-se comentar da utilização maciça para nomear o cônjuge ou companheiro sobrevivente como herdeiro. Posteriormente foi constatada a grande utilização para nomear um sobrinho ou um irmão.

¹⁴⁸ IBGE (Org.). **Cidades@**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/cidadesat/topwindow.htm?1>>. Acesso em: 23 maio 2012.

Foi identificado com “*” o campo obtido para nomeação de beneficiário do mesmo sexo, pelo fato de não ter sido informado se há união estável, formal ou informal, entre eles, ou se é apenas uma pessoa ao qual tenha afinidade já que nos dois casos não tinha herdeiros necessários. Vale lembrar que não foram testamentos recíprocos.

Outros dados foram retirados da pesquisa. Foram observados dezesseis testamentos com pessoas casadas ou que mantinham união estável, dos quais quatorze se beneficiaram o cônjuge ou o companheiro sobrevivente. Desses testadores, oito eram pessoas que transmitiram juntamente com seu companheiro, ou seja, foram quatro casais que fizeram testamento transmitindo para o outro a herança. Os dois restantes do total de dezesseis testamentos foram de um casal que não possuía herdeiros necessários e nomearam um sobrinho como herdeiro.

Deixando a parte sete testamentos, (cinco para as revogações e dois para nomeação de tutores para o filho), mais os dezesseis já mencionados, resta-se vinte e um, ao qual se analisará. Nesse grupo apenas três testamentos havia herdeiros necessários. Desses três, houve a prevalência de uma das proles em dois, sendo o outro destinando a um terceiro cujo sexo é o mesmo do testador. Voltando a analisar o grupo de vinte e um, retirando esses três já analisados, o restante desses testamentos não havia herdeiros necessários, podendo o testador assim nomear qualquer pessoa de sua preferência.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo analisar os aspectos da sucessão testamentária, a partir da análise das principais questões reguladoras pela legislação pertinente. Foi colocado que o direito brasileiro, com suas bases do Direito Português, teve seus fundamentos retirados do direito romano. Essas raízes tiveram influência religiosa, onde sofreram profundas transformações até chegar aos dias atuais, onde ficaram caracterizados seus aspectos históricos.

No que concerne à sucessão testamentaria, as transformações e inovações foram basicamente na sua formalidade, já que os princípios estão praticamente intocados em comparação ao Direito Romano. Seu conceito na mesma linha não sofreu grandes alterações, vindo apenas a incorporar novos princípios. Portanto a definição de testamento continua sendo um ato jurídico que autoriza a expressão de última vontade do testador.

Viu-se que é necessário respeitar os herdeiros necessários quando houver, pois a lei com o intuito de proteger o patrimônio reserva a metade dos bens do testador para os parentes mais próximos. Para isso sobra a outra metade, onde pode se dispor da melhor maneira que lhe achar.

Por último houve a quantificação dos últimos sete anos das pessoas que utilizaram de testamento público. Evidenciou-se ainda, qual o perfil dos usuários do último ano que se utilizam desse testamento como expressão de última vontade. Constatou-se que esses usuários são compostos na sua maioria por pessoas que não tem herdeiros necessários. Tendo assim permissão para dispor de todos seus bens.

Portanto é claro que o motivo para se testar, ultrapassa a não concordância das leis sucessórias, ao evidenciar que a utilização em sua maioria, são pessoas que não tem a quem deixar, elegendo assim, por afinidade ou outro motivo um beneficiário ao qual julga merecedor de sua generosidade. Assim sendo, comprovando sua eficácia, pois o testamento esta cumprindo o seu papel de expressão de última vontade.

REFERÊNCIAS

ALMADA, Ney de Mello. **Direito das sucessões**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1999.

ARIÈS, Philippe. **História da Morte no Ocidente**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora S.A., 1977. 180 p.

_____. **O homem diante da morte**. 2 ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora S.A., 1990. 670 p. v. 2.

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria geral do Direito Notarial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 197 p.

CALDAS, Gilberto. **Como traduzir e empregar o latim forense**: dicionário de latim Forense. 20. ed. São Paulo: Edipraxis Jurídica, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito de família. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5. 682 p.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 6. 435 p.

CAMPOS, Antônio Macedo de. **Direito das Sucessões**. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias S.A., 1970.

CATEB, Salomão de Araujo. **Direito das Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda, 2000.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Revisada, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002 por Mario Roberto Carvalho de Faria. 351 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 7. 577 p.

_____, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito de família**. V.6 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 702 p.

GRACIOTTO, Daniela Dias. **O Testamento Particular no Código Civil**. Disponível em: <http://www.professorsimao.com.br/artigos_alunos_o_testamento_civil_no_codigo_civil.htm>. Acesso em: 21 abr. 2012.

IBGE (Org.). **Cidades@**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/cidadesat/topwindow.htm?1>>. Acesso em: 23 maio 2012.

LOUZADA, Ana Maria Gonçalves. **Evolução do conceito de família**. Disponível em: <http://www.amagis.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=191%3Aevolucao-do-conceito-de-familia-juiza-ana-maria-goncalves-louzada&catid=11&Itemid=30%20disponivel>. Acesso em: 21 maio 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado dos Testamentos: do testamento em geral. Da capacidade para fazer testamento. Das formas ordinárias do testamento**. São Paulo: BH Editora, 2005. v.1. Atualizada por Vilson Rodrigues Alves, em conformidade com o código civil de 2002. 425 p.

MONTEIRO, Luciana. **Testamento é caminho para evitar conflitos por herança**. Disponível em: <http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=11721>. Acesso em: 21 maio 2012.

MONTEIRO, Washigton de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 340 p. v 6.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: direito das sucessões**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.7. 342 p.

SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. **Testamento previne brigas familiares**. Disponível em: <<http://www.colegioregistrals.org.br/doutrina.asp?cod=333>>. Acesso em: 30 mar. 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. VII. 417 p.

VASCONCELOS, Julenildo Nunes. **Direito Notarial: teoria e prática, atualizado pelo desembargador Walter Cruz Swensson**. São Paulo: Juarez de Oliveira Ltda, 2000. v. 1. 349 p.

WALD, Arnoldo. **Direito das Sucessões**: 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. 452 p.