

MARIA
BERENICE
DIAS

Manual das Sucessões

9ª edição

Revista, atualizada e ampliada

2024

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

31

FORMAS DE TESTAMENTO

Sumário: **31.1.** Requisitos formais – **31.2.** Ordinários: **31.2.1.** Público; **31.2.2.** Cerrado; **31.2.3.** Particular; **31.2.4.** Excepcional; **31.2.5.** Por vídeo; **31.3.** Testamento das pessoas com deficiência: **31.3.1.** Quem não escreve; **31.3.2.** Quem não lê; **31.3.3.** Deficiente visual; **31.3.4.** Deficiente auditivo; **31.3.5.** Deficiente auditivo-visual; **31.3.6.** Mudo; **31.3.7.** Surdo-mudo; **31.3.8.** Deficiente psíquico ou intelectual – **31.4.** Especiais; **31.4.1.** Marítimo – **31.4.2.** Aeronáutico – **31.4.3.** Militar – **31.4.4.** Nuncupativo – Leitura complementar.

Referências legais: Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – Convenção de Nova York; CC, arts. 1.801 e 1.802, 1.862 a 1.880, 1.886 a 1.896 e 1.972; CPC, arts. 735 a 737; Lei 8.935/1994 (Lei dos Notários e Registradores), arts. 7.º, II, 8.º, 9.º, 20, § 4.º; Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), art. 83, parágrafo único.

31.1. REQUISITOS FORMAIS

A lei impõe respeito à vontade dos mortos. Quando ela é manifestada por meio de testamento, sua elaboração é repleta de solenidade e muitas exigências. Como se trata de ato jurídico que produzirá efeitos depois da morte, o legislador cuidou de disciplinar de modo pormenorizado as formalidades a serem cumpridas, uma vez que a análise será feita quando o testador não mais existir.¹ E, como diz Pontes de Miranda, dificultar pela exigência de formalidades não é prejudicar, é proteger a última vontade, cercanda-a de forma que a livre de maquinações.²

-
1. José Carlos Teixeira Giorgis, Notas sobre o testamento particular excepcional, 9.
 2. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 58, 279.

Só é possível testar pelas formas disponibilizadas em lei. Querendo o indivíduo externar as suas disposições de última vontade, terá que se ater a um dos tipos de testamento previstos e minuciosamente regulados no Código, cumprindo, ademais, todas as solenidades e observando as formalidades para que o ato tenha validade.³

Há um leque de possibilidades dividido em duas categorias: testamentos ordinários e especiais. Cada uma comporta três modalidades. São chamadas de formas **ordinárias**: o público, o cerrado e o particular; e de formas **especiais**: o marítimo, o aeronáutico e o militar. São especiais porque só podem ser utilizadas em situações específicas – quando há risco de vida – e valem somente por certo período de tempo. Fora essas, há mais uma modalidade, na hipótese de ocorrerem circunstâncias **excepcionais** que impedem ou dificultam a utilização de outra forma de testar (CC, art. 1.879): o redigido pelo próprio punho do testador sem a presença de testemunhas.

Não mais existe o chamado **testamento nuncupativo**, que era a manifestação verbal feita por alguém em perigo de morte, perante seis testemunhas. Confirmado o testamento em juízo, valia como tal. Persiste somente em uma hipótese específica dessa hipótese (CC, art. 1.896): a do militar em combate ou ferido, feito perante duas testemunhas.

As formas ordinárias e especiais têm igual valor, não existe hierarquia entre elas. Por isso, eleita uma forma para a elaboração do testamento, é possível revogá-lo por modalidade outra. Assim, o testamento público pode ser revogado por meio de testamento cerrado ou particular. Também o testamento militar pode revogar o testamento público. A exigência de que a revogação seja levada a efeito do mesmo modo e forma pelos quais pode ser feito não é empecilho (CC, art. 1.969).

O testador pode escolher a modalidade que deseje. Só não cabe a conversão ou a mudança de uma forma para outra. Há situações peculiaríssimas que limitam o direito de escolha. Pessoas com deficiência e quem não têm condições de ler ou de escrever se submetem a exigências diferenciadas.

31.2. ORDINÁRIOS

É livre a escolha entre as diversas formas de testamento ordinário, ao contrário dos testamentos especiais, que só têm cabimento nas circunstâncias que não permitem o uso da forma ordinária.

3. Zeno Veloso, *Direito Civil: Temas*, 335.

Cada uma das espécies de testamento tem pressupostos formais específicos, não havendo a possibilidade de construção de alguma modalidade híbrida conjugando formas diversas. Como alerta Caio Mário da Silva Pereira, não cabe nenhum ecletismo. A inobservância das solenidades impostas a um tipo de testamento não pode ser suprida com a obediência às de outra forma.⁴

Dos três tipos de testamento ordinário, a interferência do **tabelião de notas** é indispensável em duas delas, ainda que de modo diferenciado. Redige o testamento público e aprova o testamento cerrado (Lei 8.935/1994, art. 7.º, II). Somente o testamento particular prescinde da presença do notário.

Ainda que a lei preserve ao máximo o direito de testar, o tabelião não é obrigado a lavrar ou a aprovar o testamento. Basta verificar que falta ao testador condições físicas ou psíquicas, ou quando não reconhece como livre sua manifestação de vontade.

Sem qualquer razão, a abertura, o registro e a determinação de cumprimento dos testamentos são levados a efeito pelo juiz, por meio de procedimento de jurisdição voluntária (CPC, arts. 735 a 737). Nada justifica assoberbá-lo com essa atividade sem nenhum caráter decisório, quando o notário poderia se encarregar dessa tarefa com toda a segurança. Afinal, é quem redige e aprova os testamentos.

31.2.1. Público

Também chamado de **solene, aberto** ou **autêntico**, o testamento público é o instrumento redigido pelo **tabelião**, contendo as declarações de última vontade manifestadas pelo testador, na presença de testemunhas. Chama-se de público porque é lavrado por um **oficial público**, que tem **fé pública**, que faz prova plena (CC, art. 215). Fica registrado no livro de notas. Ninguém pode ter acesso a seu conteúdo. Somente o testador ou procurador com poderes especiais. Ainda que o **direito de certidão** seja assegurado constitucionalmente (CR, art. 5.º, XXXIV, *b*), existe o **direito fundamental à privacidade** (CR, art. 5.º, X), que devem ser aplicados de modo razoável e proporcional, considerando e respeitando a coexistência de outros direitos igualmente aplicáveis.⁵ Assim, nada justifica franquear a quem quer que seja cópia de um **ato individual** que só vai produzir efeito

4. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, v. 6, 155.

5. Caroline Mocellin, *Público, porém, privado*, 69.

depois da morte do testador. Até porque o testamento pode, a qualquer tempo, ser revogado ou substituído.⁶

Essa modalidade de testar tem a vantagem de ser lavrado perante o tabelião, que é bacharel em Direito e desempenha função pública delegada, o que empresta mais segurança ao ato, havendo menos riscos de ser anulado. É o único que não tem como ser destruído, como acontece com o cerrado e o particular, porquanto fica retido com o notário. Para não mais valer, precisa ser revogado por outro testamento.

A lei não define o testamento público, aponta suas **características essenciais** (CC, art. 1.864), cuja obediência estrita é da substância do ato. Como o testamento público é um ato formal por excelência, a preterição de qualquer dessas formalidades legais fulmina-o de **nullidade** insanável. A não ser, é claro, que o vício formal decorra da conduta do notável, e não haja dúvida sobre a real vontade livre e consciente do testador.⁷

Para a validade do testamento é exigida:

- a presença do próprio testador;
- sua declaração de vontade ao tabelião;
- ser escrito pelo tabelião em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador;
- ser lido em voz alta pelo tabelião ou pelo testador, na presença de duas testemunhas; e
- a assinatura de todos os presentes.

Compete ao **tabelião** ou seu **substituto legal** lavrar o testamento público (CC, art. 1.864, I). Claro que nenhum deles pode ser beneficiado no testamento que lavrou (CC, art. 1.801, IV). Não há previsão de qualquer outro impedimento. Como se trata de ato público, recomenda Arnaldo Rizzardo respeito às causas de impedimento e suspeição do estatuto processual (CPC, arts. 144 a 148).⁸

O ato não necessita ser realizado na **sede no tabelionato** e pode acontecer em qualquer dia e horário. O notário pode ir ao local onde se encontra o testador: sua residência, hospital em que esteja internado e até no escritório de seu advogado. Só não pode lavrar o testamento **fora da circunscrição da sede do seu tabelionato** (Lei 8.935/1994, art. 9.º).

6. Zeno Veloso, Testamentos, 155.

7. STJ – AR 6.052/SP, 2.ª S., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 08/02/2023.

8. Arnaldo Rizzardo, Direito das Sucessões, 295.

O CNJ regulamentou a prática dos atos notariais de forma **eletrônica**, por meio da plataforma e-Notariado.⁹ Assim, também o testamento público pode ser feito de modo virtual. Aprovada a minuta, o testamento é formalizado por **videoconferência**, cuja gravação fica arquivada no tabelionato. Como agora existe a possibilidade de o testamento ser virtual, é admitida a **assinatura eletrônica** do testador e das testemunhas.

O testador tem a liberdade de eleger o tabelionato que quiser de qualquer parte do País, independentemente do lugar de seu domicílio ou da situação de seus bens (Lei 8.935/1994, art. 8.º). No entanto, o CNJ restringiu a possibilidade da livre escolha do tabelião, ao exigir que o testamento virtual seja lavrado na sede de sua circunscrição. Como o Conselho Nacional de Justiça não tem força para revogar a lei, a restrição não se sustenta.

Determina a lei que o tabelião tenha um **“livro de notas”**, expressão que identificava o livro onde eram lavradas escrituras públicas de forma manuscrita. Ainda é possível, mas não mais se justifica que seja escrito à mão. Hoje em dia, nem mais é um livro, em face da permissão de ser confeccionado **mecanicamente** (CC, art. 1.864, parágrafo único), mas continua a lei falando em livro de notas. Nem mais cabe utilizar modelos semi-impressos. Com o advento dos recursos da informática, o computador tornou obsoleto também esse meio. Digitalizado, basta ser impresso e, depois de assinado, encartado na pasta que faz as vezes de livro.

Os testamentos públicos ficam obrigatoriamente registrados nos livros de notas do tabelião, de maneira perene. Além disso, os livros devem ser escaneados e ser feito um *backup* na nuvem.¹⁰ Sendo assim, a segurança do testador está garantida. Ainda que o tabelionato pegue fogo e o livro pereça, o *backup* assegura o conteúdo de sua última vontade. Além disso, existe uma Central Nacional de Testamentos, chamada de Registro Central de Testamentos *On-Line* (RCTO). Essa central fica dentro da plataforma Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (Censec).¹¹ Sendo assim, a existência de todos os testamentos públicos lavrados pelos tabeliães brasileiros é, obrigatoriamente, informada ao RCTO.¹²

A exigência é que o testamento seja escrito de acordo com as **declarações** do testador, que pode servir-se de minuta, notas ou apontamentos. Divergência há na doutrina sobre a necessidade de o testador ditar ao

9. CNJ – Provimento 100/2020.

10. CNJ – Provimento 74/2018.

11. CNJ – Provimento 18/2012.

12. Priscila Agapito, Testamento e atividade notarial e registral, 342.

tabelião o seu testamento, ou se basta entregar uma minuta dizendo que ali está retratada a sua vontade. Zeno Veloso afirma que o testador precisa manifestar oralmente sua vontade ao notário e que os escritos de que dispõe servem para subsidiar sua declaração.¹³ Já Caio Mário diz que a lei não mais exige que o testador esteja apto a ditar de viva voz suas declarações.¹⁴ Tem a opção de prestar as declarações oralmente ou por meio de minuta.¹⁵

A lei não diz, mas é indispensável que o testamento seja **escrito em português**, que é o idioma oficial do País (CR, art. 13). E, como se trata de documento público, deve ser redigido na língua nacional (CC, art. 215, § 3.º). Não é possível a intermediação de intérprete, que poderia não ser fiel.¹⁶

Não está obrigado o tabelião a reproduzir as próprias palavras e expressões do testador, podendo servir-se de linguagem própria, porque, quase sempre, traduzirá melhor a vontade do testador menos culto.¹⁷ Também não pode ser escrito mediante perguntas e respostas feitas pelo tabelião ou por outra pessoa. No entanto, o tabelião pode fazer alguns questionamentos ao testador para esclarecer algum ponto para melhor redigi-lo.

Cabe ao tabelião proceder à **leitura do testamento**, o que pode ser feito pelo testador, se ele assim desejar (CC, art. 1.864, II). A leitura, no entanto, não pode ser levada a efeito por outra pessoa. Precisa ser lido uma única vez e em voz alta perante todos, e não individualmente a cada uma das testemunhas. Elas precisam entender o português para acompanhar a leitura.

Somente no momento da leitura é indispensável a presença de todos os partícipes: testador, testemunhas e tabelião (CC, art. 1.864, II). Não é exigida a presença das **testemunhas** no momento em que o tabelião colhe as declarações do testador e redige o testamento. Caio Mário sustenta que durante todo o tempo elas devem estar presentes e assistir a todo o ato, visto que instrumentárias.¹⁸ No entanto, como alerta Zeno Veloso, não se pode inventar, acrescentar, imaginar a existência de solenidades implícitas. Da leitura do testamento até o final da solenidade todos têm de estar presentes, de forma simultânea, e este, sim, é requisito essencial, que não pode ser descumprido de maneira alguma.¹⁹

13. Zeno Veloso, *Testamentos: noções gerais...*, 147.

14. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, v. 6, 231.

15. Sílvio Venosa, *Direito Civil*, v. 7, 222.

16. Clóvis Beviláqua, *Código Civil*, v. 6, 88.

17. Eduardo Antpack, *Requisitos essenciais do testamento público*, 103.

18. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, v. 6, 235.

19. Zeno Veloso, *Testamentos*, 150.

É exigida a presença de no mínimo **duas testemunhas**, que são chamadas **instrumentárias**. Nada impede a presença de um número maior. As testemunhas que excedem o número legal recebem o nome de testemunhas **extranumerárias**. Qualquer pessoa pode servir de testemunha, contanto que seja absolutamente capaz. Não precisa saber ler e escrever, mas precisa saber assinar, pois tem de firmar o testamento.

Não podem servir de testemunhas: os **herdeiros beneficiados**, seus cônjuges ou companheiros, nem seus parentes (CC, art. 1.801, II). Claro que o ideal é que as testemunhas conheçam o testador, pois têm função **fiscalizadora** da sua liberdade ao se manifestar e da fidelidade com que foi consignada sua vontade, mas não é indispensável que assim o seja.

A **assinatura** é a última formalidade. É preciso que todos assinem. No mínimo, são necessárias quatro assinaturas: testador, tabelião e duas testemunhas. É a ordem da lei, mas não é de rigor. Não há necessidade que seja assinado o nome **por extenso**. Basta a assinatura **habitual**. Entretanto, não serve a **rubrica** que, afinal, assinatura não é. A assinatura é ato personalíssimo. Caso o testador não saiba ou não possa assinar, deve o tabelião consignar no documento essa circunstância. Não é necessário, mas é recomendável que decline a causa da incapacidade. O tabelião nomeia uma das testemunhas para firmar **a rogo** o testamento.²⁰

“Rogo” vem de rogar, que significa pedir. Daí a expressão “a rogo”, nada mais do que “a pedido”. Como refere Zeno Veloso, assinatura a rogo é reminiscência de épocas ultrapassadas. Puro formalismo, inutilidade patente.²¹ A testemunha não precisa escrever que está assinando em nome do testador. Basta que tal seja consignado pelo tabelião que, afinal, tem fé pública. Também não há necessidade de que a testemunha assine duas vezes o testamento, por firmá-lo em nome do testador. A lei não exige, mas é praxe adotada com frequência apor a **impressão digital** do testador.

A indicação da **data** e do **local**, ainda que não exigida expressamente, é elemento essencial de toda e qualquer escritura pública (CC, art. 215, § 1.º, I).

Terminada a solenidade, o tabelião entrega ao testador o **traslado** do testamento, nada mais do que uma cópia de tudo o que ficou registrado no livro notarial. Não pode o tabelião fornecer certidão do testamento, nem mesmo informar que o realizou a quem quer que seja.

20. Arnaldo Rizzardo, Direito das Sucessões, 291.

21. Zeno Veloso, Testamentos, 151.

Quando do falecimento do testador, qualquer interessado, exibindo o traslado ou a certidão de testamento público, pode requerer ao juiz que ordene seu cumprimento (CPC, art. 736).

Para descobrir se alguém deixou testamento ou não, o Conselho Nacional de Justiça instituiu a **Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (Censec)**,²² bem como o **Registro Central de Testamentos On-Line (RCTO)**,²³ determinando a obrigatoriedade da juntada de certidão da inexistência para o processamento de todo e qualquer inventário, seja judicial ou extrajudicial.

O CNJ regulamentou os serviços notariais e de registro por meio do **Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça – Foro Extrajudicial**.²⁴

Ainda que o testamento seja público, ninguém pode ter acesso a ele, inclusive em face da **Lei de Proteção de Dados** (Lei 13.709/2018). Também não é possível obter junto à **Central de Testamentos** informações sobre a existência ou não de testamento. Tais somente podem ser fornecidas nos seguintes casos:

- gratuitamente por requisição judicial ou do Ministério Público;
- de pessoa viva, a pedido do próprio testador, mediante apresentação da cópia do documento de identidade;
- de pessoa falecida, a pedido de interessado, mediante apresentação da certidão de óbito expedida pelo Registro Civil de Pessoas Naturais.²⁵

31.2.2. Cerrado

A grande vantagem do testamento cerrado – que também é chamado de **secreto** – é garantir o **absoluto sigilo** da manifestação de vontade do testador. Nem as testemunhas tomam conhecimento de seu conteúdo.

No entanto, há o risco de ser violado ou extraviado, até porque o testador não costuma deixá-lo depositado no tabelionato, apesar de poder fazê-lo. Para evitar esse risco, sugere Zeno Veloso a elaboração do testa-

22. CNJ – Provimento 18/2012.

23. CNJ – Provimento 56/2016.

24. CNJ – Provimento 149/2023.

25. CNJ – Provimento 18/2012.

mento em **duplicata**. Nada impede que o testador redija o testamento em duas vias, com o mesmo conteúdo, submetendo ambos os documentos para serem aprovados e lacrados.²⁶

No testamento cerrado há dois elementos básicos que se complementam: o **testamento** propriamente dito, que contém a última vontade do testador, e sua **aprovação**, levada a efeito pelo tabelião em momento posterior.

A expressão **auto de aprovação** bem que mereceria ser substituída por autenticação, que mais corresponde à essência do ato. Afinal, o tabelião não aprova o testamento, mas limita-se a declarar sua autenticidade.

São características essenciais da forma cerrada:

- ser escrito pelo testador ou a seu rogo;
- ser entregue pelo testador ao tabelião;
- a presença de duas testemunhas;
- a manifestação verbal do testador de ser este o seu testamento e que o quer aprovado;
- a lavratura do auto de aprovação;
- a leitura do auto de aprovação;
- a assinatura de todos os presentes;
- ser cerrado e costurado.

Esse é o único testamento que pode ser elaborado em **língua estrangeira**, contanto que o testador entenda o idioma em que está redigido. Quando da abertura da sucessão, depois de aberto e registrado, o testamento precisa ser vertido para o português por meio de tradutor juramentado.

O testamento cerrado pode ser escrito pelo testador ou por outra pessoa, a seu **rogo**, ou seja, a pedido seu. Trata-se de mero redator, pois se limita a escrever o que determina o testador, e nem precisa assiná-lo. O que precisa ser pessoal é a **assinatura** do testador. É o que exige a lei (CC, art. 1.868): *por aquele assinado*. Não basta o testador saber **assinar** o nome. É indispensável que saiba **ler** para poder conferir o que foi escrito por outrem (CC, art. 1.872).

É necessário que a pessoa que o redigiu seja **identificada e qualificada**. A cautela é para saber se, eventualmente, ela não foi de alguma forma beneficiada. É que nem o redator, nem seu cônjuge, companheiro ou parentes

26. Zeno Veloso, Testamentos, 164.

podem ser contemplados (CC, art. 1.801, I). Caso qualquer deles tenha recebido algum proveito, tal não contamina de **nulidade** o testamento, somente a **cláusula** que favorece o subscritor do documento ou seus afins. Não identificado o redator, sustenta a doutrina a **nulidade** do testamento, por falta de elemento essencial. No entanto, não havendo indício de eventual beneficiamento de qualquer pessoa, que poderia decorrer do fato de alguém ter redigido o testamento, nada justifica desconstituí-lo. Diz Arnaldo Wald que existe vício que pode estar contaminando uma, várias ou todas as cláusulas do testamento e, não havendo como convalidar o ato jurídico, a única solução é o reconhecimento de sua nulidade.²⁷

O redator do testamento pode ser o **testamenteiro** (CC, art. 1.976): pessoa nomeada pelo testador para dar cumprimento ao testamento. No entanto, quando o redator é eleito testamenteiro, faz jus somente ao prêmio, que não é herança nem legado. A **vintena** é a contraprestação ao serviço prestado. Caso o testamenteiro seja afastado, a execução do testamento passa ao encargo de outrem: o cônjuge ou o herdeiro nomeado pelo juiz (CC, art. 1.984).

O testamento pode ser redigido pelo **tabelião**, o que não o impede de aprovar o testamento (CC, art. 1.870).

Pode ser escrito à mão ou mecanicamente, com o uso do **computador**. Todas as páginas precisam ser **numeradas** e **assinadas** pelo testador (CC, art. 1.868, parágrafo único). As testemunhas não assinam o testamento, só o auto de aprovação.

Comparecendo o testador ao tabelionato, deve proceder à entrega do testamento declarando o seu desejo de que seja aprovado. Esse gesto tem de ser pessoal e presenciado por **duas testemunhas** (CC, art. 1.868, I e II). O notário pode ir ao encontro do testador, onde ele estiver.

O testador entrega o testamento aberto, e nem o tabelião nem ninguém deve ler o que está escrito. Na presença do testador e das testemunhas o tabelião lavra o **auto de aprovação** (CC, art. 1.868, III). Nada mais do que uma certidão, levada a efeito no próprio documento, que lhe foi entregue pelo testador. O tabelião redige somente a certidão no testamento. Começa a escrever logo após a última palavra constante do documento, que deve ser a assinatura do testador. Não havendo espaço para tal, o tabelião põe no testamento seu **senal público** – um carimbo – e faz referência a essa circunstância no documento de aprovação que é lavrado em outra folha de

27. Arnaldo Wald, Considerações sobre o testamento cerrado, 120.

papel (CC, art. 1.869). De modo geral, essa folha é colada ao testamento, como uma continuação.²⁸

Ainda que não haja a exigência de que o testamento seja datado, no auto de aprovação deve o tabelião indicar a **data e o local** da solenidade, pois se trata de um registro público. Também deve identificar o testador e as testemunhas, bem como referir sua observação pessoal sobre as **condições físicas** do testador e que lhe parece estar em seu **juízo perfeito**. Depois deve o tabelião proceder à **leitura** do auto de aprovação, não do testamento. A não ser, é claro, que o testador solicite que o faça.

De imediato, todos **assinam** o auto de aprovação. A lei não impõe que o testador o assine. A exigência é que ele saiba ler e escrever e que assine o testamento, não sua aprovação. Assim, se estiver impossibilitado de escrever no momento da aprovação, não há empecilho para que uma das testemunhas assine a go do testador.²⁹

Finalmente, cabe **coser** o testamento. É isso mesmo, o tabelião coloca o testamento em um envelope e simplesmente o costura, como se não existisse nenhuma outra forma de garantir a inviolabilidade de um documento. Fora isso, há o costume de serem colocadas gotas de lacre nos pontos da costura. A praxe é o tabelião apor sobre a cera quente o seu “sinete”. Nada mais medieval!

O tabelião devolve o testamento ao testador e **registra** em livro próprio a solenidade realizada. Esse é o único registro que permanece no tabelionato, que não extrai cópia do testamento. O testador não deve violar o envelope ou abri-lo, o que configura sua **revogação** e o reconhecimento da sua nulidade, não possuindo mais nenhum valor.

Nessa modalidade testamentária, as **testemunhas** desempenham papel diferente do que nas outras formas de testamento. Não são instrumentárias do testamento, só de sua apresentação. Simplesmente presenciam a apresentação do testamento ao tabelião, a lavratura do auto de aprovação e ouvem a leitura da certidão, não do testamento. As testemunhas não tomam conhecimento do seu conteúdo. Assim, os herdeiros e os legatários nomeados não sabem quais são seus termos e pode ocorrer que sejam chamados a servir de testemunhas. Às claras que isso não pode levar à invalidade do testamento nem à exclusão do direito do herdeiro nomeado, pelo fato de ter testemunhado o auto de aprovação. Essa é a única hipótese em que não incide a vedação legal de as testemunhas serem nomeadas herdeiras (CC, art. 1.801, II).

28. TJRS – AC 70082962978/RS, 8.ª C. Cív., Rel. Rui Portanova, j. 11/09/2020.

29. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 241.

Tema que entretém a doutrina é a possibilidade de ser admitido como **codicilo** ou como **testamento particular** o testamento cerrado declarado **nulo** por vício formal. Zeno Veloso preconiza para os testamentos a aplicação do princípio do **aproveitamento dos negócios jurídicos** (CC, art. 170). No entanto, ele mesmo alerta que o testamento cerrado não é um testamento particular acrescido do auto de aprovação. Outras formalidades são exigidas, não bastando que seja escrito e assinado pelo testador. No entanto, se foram atendidos todos os requisitos do testamento particular, se não valer como cerrado, pode ser aproveitado como particular.³⁰ Declarado nulo o testamento que contenha disposições de pequena expressão econômica, tais cláusulas cabem ser cumpridas como **codicilo**.

Como o testamento fica em mãos do testador ou de terceira pessoa, se for aberto ou dilacerado, com ou sem o seu consentimento, tal implica sua **revogação** (CC, art. 1.972). No entanto, se não foi o testador que o rompeu, nem terceiros por ele autorizados, não é comprometida a sua validade.

Depois do falecimento do testador, o testamento deve ser apresentado ao juiz, que, verificando inexistirem **vícios externos**, abre-o, determina sua leitura, registro e cumprimento (CC, art. 1.875). Trata-se de procedimento de jurisdição voluntária (CPC, arts. 735 e 736) que não comporta questionamento sobre a validade de seu conteúdo.³¹

31.2.3. Particular

O testamento particular – também chamado de **privado, aberto** ou **de próprio punho** – é conhecido por uma palavra horrível: **hológrafo ou ológrafo**, expressão que vem do grego e significa escrito inteiro, completo.

Ainda que seja a forma mais acessível e simples de testar, não é muito utilizada, pelos riscos que traz. Afinal, feito pelo testador e por ele guardado, é fácil ocorrer seu desaparecimento quando de sua morte.

O testamento deve ser:

- **escrito** pelo testador, de forma manuscrita ou mediante processo mecânico;
- lido pelo testador perante **três testemunhas**; e
- **assinado** por todos.

30. Zeno Veloso, Novo Código Civil comentado, v. 21, 166.

31. TJMG – AI 10000212579064001, 4.^a Câm. Cív., Rel. Ana Paula Caixeta, j. 12/05/2022.

As exigências não são muitas, mas todas essenciais, sob pena de ser comprometida sua validade.

O primeiro requisito é que o testador seja **alfabetizado** e tenha condições de ler e escrever. Quando manuscrito, deve ser redigido de **próprio punho** pelo testador. Não pode ser redigido **a rogo** por outra pessoa. Quando redigido à mão, rasuras, correções e acréscimos devidamente **ressalvados** não o invalidam.

No entanto, quando digitalizado, não é necessário que o testador domine essa técnica.³² A digitação pode ficar a cargo de outra pessoa. Contudo, a lei é mais severa quando feito por processo mecânico. O texto não pode ter **rasuras** nem **espaços em branco** (CC, art. 1.876, § 2.º).

As **testemunhas** não precisam presenciar a confecção do testamento. São convocadas pelo testador para **ouvirem** sua leitura. É a única forma de testamento que exige a presença das **três testemunhas** simultaneamente. Se as testemunhas apenas assinaram, o testamento é **nulo** por falta de solenidade indispensável.³³ É obrigatório que a leitura seja levada a efeito pelo próprio testador. A exigência é legal (CC, art. 1.876, § 1.º): *são requisitos essenciais à sua validade seja lido e assinado por quem o escreveu*. A formalidade, no entanto, pode ser mitigada. Quer quanto a leitura do testamento perante as testemunhas,³⁴ quer quanto ao número das testemunhas.³⁵ No entanto, a ausência de testemunhas, sem qualquer justificativa, leva à nulidade do testamento.³⁶

Em seguida, o testamento precisa ser **assinado** por todos. Deve conter quatro assinaturas: do testador e das três testemunhas. Se o testamento tiver mais de uma folha, todas devem ser assinadas, ou, ao menos, rubricadas. A lei olvida-se de fazer essa exigência, que existe no testamento público (CC, art. 1.864, parágrafo único) e no cerrado (CC, art. 1.868, parágrafo único). Igualmente, não há qualquer referência sobre a inclusão da data e do local em que foi confeccionado. Ainda assim são requisitos a serem observados no testamento particular. Afinal, essa é a única forma de assegurar sua autenticidade. No entanto, havendo outras

32. Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, v. 6, 245.

33. Zeno Veloso, Novo Código Civil comentado, v. 21, 167.

34. TJMG – APL 50040739620188130183, Câmb. Just. 4.0, Rel. Francisco Ricardo Sales Costa, j. 21/07/2023.

35. STJ – AREsp 1.866.588/PR (2021/0102862-6) (Dec. monocrática), Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 23/06/2021.

36. STJ – REsp 2.005.877/MG, 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 30/08/2022.

formas de reconhecer sua autenticidade, até a ausência da assinatura do testador pode ser relevada.³⁷

Como o testamento pode ser redigido em **língua estrangeira**, é indispensável que as testemunhas conheçam o idioma (CC, art. 1.880).

Lisieux Borges sustenta a possibilidade de que pessoa com deficiência visual total elabore o testamento particular em **braille**, bastando que domine essa forma de escrita.³⁸

Quando da morte do testador, indispensável que seja o testamento levado a **registro**, ato para o qual devem ser citados os herdeiros (CC, art. 1.877). Nesse ato, não é exigida a ouvida das testemunhas que assinaram o testamento particular quando do seu registro (CPC, art. 737). Dispensa para lá de salutar. No entanto, se não estiver consignado no testamento que ele foi lido na presença das testemunhas, é indispensável ouvi-las em juízo.

31.2.4. Excepcional

Apesar de não destacado como mais uma forma de testar, o documento redigido pelo **próprio testador** sem a presença de **testemunhas** é reconhecido como **testamento hológrafo simplificado** (CC, art. 1.879). Trata-se de uma subespécie do testamento particular, em que devem estar consignadas as razões que impediram a convocação de testemunhas. Para Zeno Veloso, é mais uma modalidade de testamento a ser realizado quando ocorrerem circunstâncias excepcionais que impeçam ou dificultem a utilização de outra forma de testar e do próprio testamento particular, em sua configuração normal.³⁹

Ainda que guarde alguma semelhança, essa forma especialíssima de testar não se confunde com o **codicilo**, que tem alcance restrito e cujo uso não precisa ser justificado. Via codicilo não é possível, por exemplo, haver a nomeação de herdeiro, limitação que não existe no testamento excepcional. Também não guarda correspondência com os **testamentos especiais**. Tanto que, se houver a possibilidade de ser feito o testamento marítimo, aeronáutico ou militar, não cabe o uso do testamento excepcional.

É **requisito de validade** declinar o testador as circunstâncias excepcionais em que o redigiu. É difícil imaginar as hipóteses que podem ensejar essa forma simplificada de testamento. Embora não o diga o Código, devem

37. STJ – REsp 1.633.254/MG (2016/0276109-0), Rel. Min. Nancy Andrighi, p. 11/03/2020.

38. Lisieux Nidimar Dias Borges, Testamento particular em braille..., 91.

39. Idem, 144.

ser extraordinárias, inesperadas e de grande urgência, ligadas à proximidade da morte e que impeçam por completo o testador de valer-se de alguma outra forma ordinária ou especial de testamento.⁴⁰ A pandemia provocada pela Covid-19 pode ser invocada como circunstância excepcional para sua lavratura. Como bem observa Sílvio Venosa, mais uma vez a carga de responsabilidade pela confirmação desse testamento excepcionalíssimo é do juiz.⁴¹

Exige a lei que o testamento seja **redigido à mão e assinado** pelo testador. Não há sequer a exigência de ser datado, requisito que existe no codicilo. Ora, no mundo da informática não se justifica tal exigência. Não se pode deixar de aceitar que seja feito pelo celular, via *WhatsApp* ou *e-mail* ou outras ferramentas virtuais.

De modo surpreendente, não há **prazo de validade**. Entretanto, se o testador não morrer, superadas as circunstâncias extraordinárias, é necessário reconhecer sua **caducidade**, tal como acontece com as demais formas de testamentos especiais (CC, arts. 1.891 e 1.895). Ainda que isso não esteja previsto na lei, não é razoável que se mantenha indefinidamente a forma privilegiada, excepcional, que foi utilizada em uma emergência.⁴² Enunciado das Jornadas do Conselho da Justiça Federal reconheceu o prazo de validade de 90 dias, a contar do fim da circunstância excepcional que ensejou sua confecção.⁴³

Também essa forma de testar precisa ser **confirmada** em juízo depois da morte do testador. Caso não o seja, somente as cláusulas que se comportam no molde do codicilo devem ser cumpridas.

31.2.5. Por vídeo

Todo o **rigorismo** que a lei impõe visa resguardar a liberdade do testador e garantir que o testamento reproduza sua manifestação de vontade. Assim, diante do avanço da vida virtual, está mais do que na hora de introduzir o uso de técnicas de comunicação **virtual** quando da elaboração do testamento. Nada justifica impedir, por exemplo, que o testamento seja gravado em **vídeo**, bastando que se tenha a segurança de sua autenticidade.

40. José Carlos Teixeira Giorgis, Notas sobre o testamento particular excepcional, 8.

41. Sílvio Venosa, Direito Civil, v. 7, 239.

42. Zeno Veloso, Novo Código Civil comentado, v. 21, 173.

43. CJCF – Enunciado 611: O testamento hológrafo simplificado, previsto no art. 1.879 do Código Civil, perderá sua eficácia se, nos 90 dias subsequentes ao fim das circunstâncias excepcionais que autorizaram a sua confecção, o disponente, podendo fazê-lo, não testar por uma das formas testamentárias ordinárias.

41

NULIDADE E ANULABILIDADE

Sumário: **41.1.** Distinções – **41.2.** Do testamento – **41.3.** Das cláusulas testamentárias – **41.4.** Prazo – **41.5.** Legitimidade – **41.6.** Prescrição. **41.7.** Efeitos – **41.8.** Responsabilidade notarial – **41.9.** Aspectos processuais – Leitura complementar.

Referências legais: CR, art. 236; CC, arts. 169, 205, 1.859 e 1.909, parágrafo único; Lei 8.935/1994 (Lei dos Cartórios); Lei 10.741/2003 (Estatuto da Pessoa Idosa), art. 108.

41.1. DISTINÇÕES

Como é profundo o interesse em respeitar as manifestações de última vontade, o controle da validade do testamento é extremamente rigoroso. A lei é tão rígida e minuciosa, estabelece formas e impõe regras sem fim, que torna o campo sucessório refém do Judiciário. Por via de regra, o testamento limita quinhões ou afasta herdeiros. E, quando as deliberações do testador não correspondem às expectativas dos sucessores, o caminho mais trilhado é buscar a desconstituição do testamento ou de algumas de suas cláusulas. Daí a frequência das ações que perseguem vícios formais ou o reconhecimento da ausência de capacidade do testador, com o só intuito de atribuir a herança aos herdeiros legítimos.

As **formalidades legais** têm o objetivo de proteger determinados valores, sem o que perderiam totalmente a razão de existir. No caso do testamento, justificam-se. Os pressupostos de forma têm por fim dar maior segurança à expressão da vontade por meio da conservação do instrumento. Entretanto, com tantas exigências, cresce a possibilidade de serem invocadas nulidades ou anulabilidades dos atos testamentários.

No entanto, não dá para esquecer que o princípio regente do direito testamentário é assegurar a observância da **vontade do testador** (CC, art.

1.899). Cabe lembrar o ensinamento de Pontes de Miranda: *as declarações de última vontade, nulas por defeito de forma ou outro motivo, não podem ser renovadas, pois morreu quem as fez. Razão maior para se evitar, no zelo do respeito à forma, o sacrifício do fundo*.¹ Leva-se em conta o momento da formação do ato, devendo ser verificado se o **suporte fático** é eficiente e se sua elaboração obedeceu às normas em vigor. Caso positivo, não havendo vícios ou defeitos, o ato tem idoneidade para permanecer no mundo jurídico e produzir efeitos.²

A nulidade do testamento importa em desrespeito à lei, de que se deve respeitar a vontade do testador. Assim, ainda que apresente defeitos de forma, é de reconhecer válido o testamento quando comprovado que o documento contém a última vontade do declarante. Deve-se impor a solução da **efetividade** do testamento sempre que exista certeza quanto a ele.³ A tendência acentuada da jurisprudência é reconhecer que os requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico para a validade do ato testamentário devem ser interpretados sempre tentando preservar a manifestação de vontade do testador. Logo, o **sentido teleológico** deve prevalecer sobre a mera formalidade.⁴ É nesse sentido que se inclina o STJ.⁵

A prova de que o testador, na ocasião em que testou, portava anomalia psíquica e não estava com plena **higidez mental** deve ser robusta e inquestionável. Na dúvida, vale o testamento, em tributo ao princípio: *in dubio pro capacitate*. Não há necessidade de que o alienado ou enfermo mental estivesse sob **curatela**. Para caracterizar a incapacidade não se exige que tenha havido um processo, a verificação judicial da anomalia psíquica e consequente interdição do paciente, com a nomeação de curador (CC, art. 1.767 e ss.).⁶ O **ônus da prova** é de quem alega a nulidade. Compete ao autor da ação anulatória do testamento a prova dos **fatos constitutivos** do direito que alega, ou seja, a ausência de capacidade do autor da herança no momento em que testou (CPC, art. 373, I).⁷

A **idade avançada**, por si só, não exclui a capacidade de testar. A **velhice** não torna o indivíduo incapaz de manifestar sua última vontade.

1. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 58, 283.

2. Zeno Veloso, Testamentos, 45.

3. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 58, 283.

4. José Carlos Teixeira Giorgis, Notas sobre o testamento particular excepcional, 9.

5. STJ – AgInt-AREsp 1.416.981/SP, 4.ª T., Rel. Min. Raul Araújo, j. 23/04/2019.

6. José Carlos Teixeira Giorgis, Notas sobre o testamento particular excepcional, 50.

7. TJSP – AC 0009417-85.2012.8.26.0024, Rel. Enio Zuliani, j. 11/11/2021.

De outro lado, não é qualquer anomalia cerebral ou psicopatia que exclui do indivíduo a capacidade testamentária. Se não tiver ocorrido a interdição, que implica presunção *juris et de jure* da incapacidade, cada situação concreta precisa ser analisada, avaliada, comprovada, para se concluir se, no momento em que fez o testamento, era o outorgante capaz ou não.⁸

41.2. DO TESTAMENTO

O Código Civil cogita da revogação do testamento, da sua ruptura, da caducidade dos legados, da redução das disposições testamentárias, mas descuidou-se de dedicar um capítulo para normatizar a existência, a validade e a eficácia dos testamentos. Traz dispositivos pouco claros e perdidos nos mais diversos capítulos. A falta de sistematização não permite nem uma construção segura sobre a natureza dos vícios que podem afetar a higidez do testamento, omissão que prejudica a identificação das ações que questionam sua validade, a legitimidade das partes e os efeitos da sentença.

Algumas distinções se impõem. A **revogação** do testamento afeta a sua eficácia por ato do próprio testador (CC, art. 1.969). O **rompimento** e a **caducidade** igualmente atingem sua eficácia, mas sem a intervenção do autor da herança e por fato estranho à sua vontade. Por exemplo, o testamento caduca quando o herdeiro beneficiado morre antes do testador (CC, art. 1.939, V) e se rompe quando nasce ou aparece herdeiro necessário depois de sua elaboração (CC, art. 1.973). Nenhuma dessas figuras se confunde com a **nulidade**, em que o testamento é privado de valor desde o momento em que foi feito. Bem sintetiza Pontes de Miranda: *a caducidade e a revogação supõem a validade original que causa posterior vem destruir: nasceu vivo, porém algo o fere e o mata. Na revogação, a própria vontade do testador é a causa invalidante, e, na caducidade, a fonte é estranha ao testador.*⁹ Já a **redução** das disposições testamentárias afeta a validade das deliberações no montante que ultrapassou a parte disponível (CC, art. 1.967). O vício nasceu com o testamento.

O legislador não deixa claro que a higidez do testamento só pode ser questionada depois da morte do testador, mas deveria. Como se trata de um **negócio jurídico mortis causa**, somente com a abertura da sucessão é que a alegação da sua invalidade terá pertinência.¹⁰ Também não consagrou

8. Zeno Veloso, Novo Código Civil comentado, 1.682.

9. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, v. 59, 374.

10. Zeno Veloso, Testamentos, 192.

em norma expressa a teoria da inexistência, mas nem por isso se podem embaralhar os planos da existência, da validade e da eficácia. O testamento existe quando corresponde a uma das espécies previstas na lei: público, particular ou cerrado. Situações emergenciais autorizam que seja elaborado de maneira excepcional: marítimo, aeronáutico e militar. Se o testador não morrer ou não fizer outro testamento, a eficácia dos testamentos especiais persiste pelo prazo de 90 dias (CC, arts. 1.891 e 1.895). Cada uma das diversas formas de testamento tem suas formalidades, que exigem estrita obediência. Fora das formas legais não há testamento. Assim, o testamento gravado em fita de vídeo ou levado a efeito perante alguém que não é tabelião testamento não é.

Quando o testamento não é testamento, ou seja, não existe, nem caberia buscar o reconhecimento judicial de sua **inexistência**. Não existindo juridicamente, não precisa sequer ser desconstituído, pois não tem vocação para produzir qualquer efeito. Ausentes requisitos essenciais que comprometem sua integralidade material ou jurídica, o testamento não produz efeito nenhum. E, sem o risco de ser cumprido, nada precisa ser feito para o reconhecimento de sua imprestabilidade.

Excepcionalmente, cabe **declaração judicial** de sua inexistência em razão dos efeitos que o documento, que parece ser um testamento, possa produzir. Qualquer interessado, a qualquer tempo, pode buscar a declaração judicial da inexistência do testamento por meio de ação de carga eficaz meramente **declaratória**, uma vez que a sentença nada desconstitui, só declara que o testamento não existe.

Em sede de direito testamentário, a nulidade é matéria de **ordem pública**.¹¹ Como o testamento é ato estritamente **formal**, o descumprimento das formalidades legais torna-o nulo. Também o **objeto** deve ser lícito. Não são susceptíveis de sucessão bens ou atividades ilícitas, como substâncias entorpecentes ou a exploração de jogos de azar. O requisito da **capacidade** civil não coincide com a capacidade para testar (CC, art. 1.857): *toda pessoa capaz pode dispor por testamento*. Só que a lei defere capacidade testamentária a partir dos 16 anos (CC, art. 1.860, parágrafo único). Quem tem entre 16 e 18 anos é relativamente capaz para os atos da vida civil (CC, art. 4.º, I), mas é plenamente capaz para testar. Não cabe ser assistido por seus representantes.

A validade do testamento por **limitação de ordem psíquica** do testador não se sujeita às hipóteses que tratam da incapacidade relativa (CC,

11. Rolf Madaleno, Testamentos inválidos e ineficazes, 280.

art. 4.º, III) para os atos da vida civil. Afasta-se o legislador da regra geral ao exigir *pleno discernimento* (CC, art. 1.860).

Desnecessariamente ressalva a lei que a incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento nem a recuperação posterior da capacidade convalida a nulidade (CC, art. 1.861).

Quando a alegação é de **nulidade**, há que distinguir a espécie do gênero **invalidade** segundo a natureza da norma jurídica violada: leva-se à nulidade ou à anulabilidade, também chamadas de nulidade absoluta ou nulidade relativa. São conceitos que não se confundem:

- **nulidade absoluta** – viola norma de ordem pública de natureza cogente (CC, arts. 166 e 167);
- **nulidade relativa** – é vício menor, decorre da infringência de norma jurídica protetora de interesse eminentemente privado e particular (CC, art. 171).

Os **defeitos dos atos jurídicos** são: erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores (CC, arts. 138 a 165). Presentes esses vícios no testamento, acarretam sua nulidade. Quanto a nulidade do testamento é feita referência somente ao erro, ao dolo ou à coação (CC, art. 1.909). De qualquer forma, todos os vícios dos negócios jurídicos aplicam-se ao testamento, sendo causas de **nulidade relativa**. A fraude contra credores nem sempre autoriza a anulação do testamento, em face da possibilidade de os credores se habilitarem no inventário para exigir o pagamento das dívidas (CPC, art. 642).

Fora dos vícios dos atos jurídicos, outras causas levam à **nulidade absoluta** do testamento (CC, art. 1.863): o **testamento conjunto** – simultâneo, recíproco ou correspectivo. Em todas essas hipóteses não se está nem em sede de testamento. São disposições que configuram verdadeiro negócio jurídico sobre herança de pessoa viva, o que é expressamente proibido (CC, art. 426).

41.3. DAS CLÁUSULAS TESTAMENTÁRIAS

Não é só o testamento, como um todo, que pode estar contaminado de nulidade. É possível que algumas cláusulas padeçam de invalidade, o que não compromete a higidez do próprio testamento. Trata-se de **nulidade parcial** (CC, art. 184). A possibilidade de invalidar somente alguma cláusula testamentária revela, mais uma vez, o esforço da lei em salvar o testamento. A nulidade de uma ou mais cláusulas não afeta a higidez das demais disposições.

São consideradas **anuláveis** as disposições testamentárias elaboradas mediante erro, dolo ou coação (CC, art. 1.909). Quando essas máculas – e mais o estado de perigo, a lesão e a fraude contra credores – estão presentes nos **atos jurídicos** (CC, arts. 138, 145, 151, 156, 157 e 158), ensejam a desconstituição do ato, e não de parte dele, como ocorre no testamento.

Quando o testador tem herdeiros necessários e contempla os beneficiários com valores que ultrapassam a parte **disponível**, é necessário limitar a liberalidade. A nulidade afeta somente o excesso. Impõe-se a **redução**: decota-se a parte imprestável, ficando reduzido o testamento à parte válida. Isso, é claro, se for possível isolar e apartar, se for razoável economicamente, se for viável e justo segregar o que se apresenta inválido do restante.¹²

Diz a lei ser **nula** a disposição testamentária que impõe ao herdeiro o dever de ele, por testamento, beneficiar o testador ou terceira pessoa. É o que se chama de condição **captatória** (CC, art. 1.900, I). Também é nula cláusula que contempla pessoa incerta que não se consiga identificar, ou quando é delegada a terceiros a escolha do herdeiro ou a quantificação do legado. Apesar dessas proibições, procura a lei salvar alguns desses vícios (CC, art. 1.901). E, ademais, edita uma série de regras para suprir eventuais omissões do testador, todas voltadas a prestigiar a validade das disposições testamentárias (CC, arts. 1.902 a 1.908).

Não admite a lei que seja beneficiado quem direta ou indiretamente **participou da elaboração** do testamento. Usa a expressão (CC, art. 1.801): *não podem ser nomeados herdeiros nem legatários*, vedação que leva à nulidade da cláusula testamentária que beneficie as pessoas indicadas. Entre essas limitações, há uma de todo estapafúrdia, ao tentar impedir que seja beneficiado o “**concubino**”, que nada mais é do que o companheiro da união estável (CC, art. 1.801, III).

41.4. PRAZO

A **validade dos negócios jurídicos** está condicionada aos requisitos estabelecidos na lei (CC, art. 104): *agente capaz, objeto lícito e forma não proibida em lei*. Apesar da afirmativa de que o **negócio jurídico nulo** não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo (CC, art. 169), a pretensão anulatória se limita ao prazo de dez anos (CC, art. 205).

O testamento se sujeita aos mesmos pressupostos. No entanto, confere a lei prazos diversos e termos iniciais diferentes, a depender da intenção

12. Zeno Veloso, Invalidez do negócio jurídico, 112.

do autor da ação: a anulação de todo o testamento ou somente de alguma de suas cláusulas.

A validade do **testamento** pode ser impugnada pelo prazo de **cinco anos**, a contar do respectivo registro (CC, art. 1.859). Impugnar a **validade** significa alegar que o testamento é inválido, nulo ou anulável. Se o testamento não for impugnado nesse prazo, a nulidade, ainda que absoluta, convalesce. Depois nada mais cabe ser questionado.

Já a pretensão anulatória de **disposições testamentárias**, sob a alegação de erro, dolo ou coação, prescreve em quatro anos e flui da data em que o interessado tiver conhecimento do vício (CC, art. 1.909, parágrafo único). Ora, o reconhecimento da ocorrência de vício da vontade afeta a higidez do próprio testamento, e não de apenas algumas de suas disposições.

No que diz com a **nulidade** de disposições testamentárias (CC, arts. 1.801 e 1.900), olvida-se o legislador de indicar o lapso prescricional. O prazo de **quatro anos** faz referência às hipóteses de **anulabilidade**: erro, dolo ou coação (CC, art. 1.909), fluindo a partir da ciência pelo interessado do vício.

Não só essas hipóteses cabem ser invocadas. Também se incluem os demais vícios de vontade que o legislador esqueceu de citar: estado de perigo, lesão ou fraude contra credores (CC, arts. 138 a 165). Estes também comprometem a higidez de todo e qualquer negócio jurídico, até do testamento. Ora, se a alegação é de defeito na formação do testamento, não há como reconhecer a anulabilidade somente de algumas disposições. Viciada a vontade do testador, não só as cláusulas são passíveis de anulação, mas todo o testamento.

De outro lado, é difícil identificar, com segurança, o termo inicial para a desconstituição: o conhecimento do vício pelo interessado. Como o testamento é levado a **registro**, presume-se sua publicidade, e não é possível eleger outro momento para o início do prazo para impugná-lo.

Em face desse verdadeiro descompasso, tanto os prazos como o termo inicial devem ser os mesmos. É o que sugere a doutrina:

- **cinco anos** para alegar a **nulidade** tanto do testamento quanto de algumas de suas cláusulas (CC, art. 1.859);
- **quatro anos** nas hipóteses de **anulabilidade** por erro, dolo ou coação, quer do testamento, quer de disposições testamentárias.¹³

13. Neste sentido: Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes, Arnaldo Rizzardo e Luiz Paulo Vieira de Carvalho.

41.5. LEGITIMIDADE

A doutrina não cansa de repetir que, **nulo** o testamento, a declaração da nulidade opera de pleno direito, podendo ser invocada por qualquer pessoa, inclusive pelo **Ministério Público**, que atua no procedimento de registro do testamento. Também o **juiz** pode decretar a nulidade de ofício. Pode e deve. Isso, porém, dentro do prazo legal.

Quando a gravidade do vício não é tão relevante e a **nulidade é relativa**, somente tem legitimidade para buscar a desconstituição do testamento quem a nulidade aproveita. O ônus da prova incumbe ao autor que argui a nulidade do testamento, pois o princípio é o da preservação da manifestação da vontade do testador.

41.6. PRESCRIÇÃO

A **nulidade absoluta**, no dizer de Orlando Gomes, é perpétua, não se extinguindo pela prescrição. O decurso do tempo não convalida o que nasceu inválido.¹⁴ A qualquer tempo é alegável (CC, art. 169), ou seja, a ação declaratória de nulidade do testamento é **imprescritível**. De **cinco** anos é o prazo para impugnar sua validade (CC, art. 1.859). No entanto, os efeitos de natureza **patrimonial** prescrevem em **dez anos** (CC, art. 205).

O testamento nulo não pode ser ratificado. É necessário ser feito outro, ainda que reproduzindo o mesmo conteúdo. Apesar de a ação declaratória da nulidade ser **imprescritível**, em sede de testamento há que ser respeitado o prazo estabelecido na lei para o reconhecimento da nulidade do testamento: **cinco anos** da data de seu registro (CC, art. 1.859).

O prazo não flui da feitura do testamento, nem da morte, mas do **registro do testamento**, que é um procedimento de jurisdição voluntária. Impugnar a **validade** significa alegar que o testamento é inválido, nulo ou anulável, ou ele ou alguma de suas cláusulas. Caso nada seja alegado, o vício desaparece. Contudo, não há como negar que o ato existiu, embora eivado de vício que impossibilita sua validade jurídica. Ainda assim, tal ato gera, sem sombra de dúvida, efeitos concretos, que se convalidam com o decurso do tempo.¹⁵

41.7. EFEITOS

O ordenamento jurídico não pode deixar de levar em conta os efeitos materiais produzidos pelos atos contaminados de nulidade. Daí a

14. Orlando Gomes, *Obrigações*, 488.

15. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo curso de Direito Civil*, v. 1, 389.

necessidade do uso da via judicial. Quando o testamento é nulo, a ação é **declaratória**. Se o vício é relativo, a demanda é **anulatória**, de carga eficaz **desconstitutiva**. A sentença que declara a nulidade ou decreta a anulação do testamento tem eficácia *ex tunc*. Os efeitos alcançam a própria confecção do testamento. O que era nulo ou anulável, nulo ou anulável, está desde antes da morte do testador. A anulação por erro, coação ou dolo opera desde o princípio. Não há testamento. Sua eficácia desaparece. Não há momento de eficácia que resista à força cancelante da sentença anulatória.¹⁶

A nulidade – quer absoluta, quer relativa – não afeta as declarações de conteúdo **extrapatrimonial** contidas no testamento. Certas manifestações, como o **reconhecimento de filho**, geram plena eficácia, indiferente da eventual nulidade da cláusula testamentária em que foi declarada a paternidade.¹⁷ A não ser, é claro, que o vício atinja a própria cláusula de reconhecimento.

Disposições outras, de pequena expressão econômica e que comportariam o uso de **codicilo**, podem ser cumpridas, uma vez que se trata de manifestação que não exige o formalismo do testamento.

41.8. RESPONSABILIDADE NOTARIAL

Declarada a nulidade do testamento em que houve a participação do **tabelião de notas** – seja na elaboração do testamento público, seja na aprovação do testamento cerrado –, é preciso apurar eventual responsabilidade.

Trata-se de responsabilidade **objetiva**, não havendo necessidade de identificar a presença de dolo ou culpa. A responsabilidade é presumida, assegurado **direito de regresso**.¹⁸

A **Lei dos Cartórios** (Lei 8.935/1994) traz extensa lista das responsabilidades dos notários e prevê severas consequências ao descumprimento das atividades funcionais.

Dispõe de **legitimidade** para a demanda indenizatória o herdeiro que foi prejudicado com a desconstituição do testamento. Além da ação por **perdas e danos**, o notário também se sujeita a **processo administrativo** por falta funcional.

16. Pontes de Miranda, Tratado das ações, t. VII, 249.

17. Rolf Madaleno, Testamentos inválidos e ineficazes, 280.

18. Lei 8.935/1994, 22.

O **Estatuto da Pessoa Idosa** tipifica como crime e sujeita o tabelião à pena de reclusão de dois a quatro anos, caso lavre ato que envolva idoso sem discernimento e sem representação (EPI, art. 108).

41.9. ASPECTOS PROCESSUAIS

As ações visando a declaração ou o reconhecimento da nulidade do testamento ou de cláusulas testamentárias só podem ser intentadas depois da morte do testador. Ainda que o testamento seja público, nem assim pode ser buscada sua desconstituição, estando o testador vivo.

Não há **conexão** entre o inventário e a ação anulatória, mas esta deve ser intentada no **juízo do inventário**, mas não nos mesmos autos (CPC, art. 61).

Havendo a figura do **testamenteiro**, é dele a legitimidade passiva para a ação, pois tem o dever de defender a validade do testamento (CC, art. 1.981). Nesse caso, não é obrigatória a presença do inventariante nem dos herdeiros. No entanto, podem intervir no processo como **assistentes litisconsorciais** (CPC, art. 124). Afinal, os efeitos da sentença afetam seu direito à sucessão.

Entretanto, inexistindo a figura do testamenteiro, é indispensável a citação de todos os herdeiros, tratando-se de **litisconsórcio necessário**.¹⁹

A alegação de **nulidade absoluta** leva à propositura da **ação declaratória de nulidade**, que tem carga de **eficácia declaratória**. Dispõem de legitimidade para a demanda os herdeiros, os seus credores e quem possa se beneficiar com o resultado da demanda. A **nulidade relativa** autoriza o uso da **ação de anulação** do testamento, que dispõe de carga de **eficácia desconstitutiva**. Somente os herdeiros, os seus credores e quem demonstrar interesse dispõem de **legitimidade ativa** para a demanda.

Tanto a sentença declaratória de nulidade como a de anulação, apesar de disporem de cargas de eficácia diversas, têm efeito *ex tunc*. Seus efeitos retroagem à data da confecção do testamento.

Pode ocorrer a **suspensão** do inventário durante a tramitação da ação anulatória,²⁰ ou, ao menos, a suspensão da partilha dos bens. No entanto, pode ser pleiteada alguma medida acauteladora, como a reserva de bens,

19. TJSP – AC 10053849820198260344/SP, 3.^a C. Dir. Priv., Rel. Beretta da Silveira, j. 15/12/2020.

20. TJPR – AC 0063418-56.2021.8.16.0000, 11.^a C. Cív., Rel. Fabio Haick Dalla Vecchia, j. 09/03/2022.

para assegurar o cumprimento da sentença caso venha a ser reconhecida a nulidade do testamento.

LEITURA COMPLEMENTAR

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2023. v. 6.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 6.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 11. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2019.

VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.