

A FORMA COMO FOI DISCIPLINADA A SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA EM NOSSO PAÍS É UM OBSTÁCULO PARA A MAIOR UTILIZAÇÃO DO ATO DE ÚLTIMA VONTADE NO BRASIL?*

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka**

Sumário: 1. Sucessão testamentária na atualidade e a aversão do brasileiro à prática de testar – 2. A natureza negocial do testamento, o respeito à disposição de última vontade do testador e o princípio da conservação do negócio jurídico testamentário – 3. As formalidades essenciais do testamento, indispensáveis à sua existência, validade e eficácia, são exageradas? – Para concluir – Referências.

1. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA NA ATUALIDADE E A AVERSÃO DO BRASILEIRO À PRÁTICA DE TESTAR¹



rocede inteiramente a ponderação de juristas e doutrinadores brasileiros ao asseverar que, no Brasil, a difusão da sucessão testamentária é minúscula. Há notícias de que apenas 2% dos brasileiros fazem testamento, e nem sempre são os

* Palestra proferida no 9º Painel, denominado “Pressupostos da interpretação dos direitos sucessórios”, no III Congresso Brasileiro de Direito Civil, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil, no Recife, em 12 de agosto de 2015.

** Professora Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutora e Livre-Docente pela USP. Fundadora e Diretora Nacional (região sudeste) do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Diretora Nacional (região sudeste) do Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil. Ex-Procuradora Federal.

¹ Parte das considerações contidas neste estudo já estiveram registradas em estudos anteriores, como a obra *Direito das sucessões*, de autoria de Giselda M. F. Novaes Hironaka e Francisco José Cahali, Revista dos Tribunais, que se encontra na 4ª edição, neste momento.

mais ricos que o fazem. São poucas as pessoas que, possuindo herdeiros necessários – descendentes, ascendentes e cônjuge –, testam relativamente à parte disponível, sem prejudicar, com isso, os descendentes, os ascendentes ou o cônjuge ou convivente supérstite.

Na verdade, normalmente as pessoas passam pela vida e dela se vão intestadas; o reduzido número daquelas que testam o fazem porque não tiveram filhos, ou porque desejavam beneficiar (quando era vigente o Código Civil de 1916) o cônjuge, em desfavorecimento dos ascendentes, ou, ainda, porque queriam beneficiar certas pessoas, por meio de legados, ou, simplesmente, para reconhecer filhos havidos fora do casamento.

Essa espécie de aversão à prática de testar, entre nós, deve-se, certamente, a razões de caráter cultural ou costumeiro, folclórico, algumas vezes, psicológico, outras tantas. O brasileiro não gosta, em princípio, de falar a respeito da morte, e sua circunstância é ainda bastante mistificada e resguardada, como se isso servisse para “afastar maus fluidos e más agruras...”. Assim, por exemplo, não se encontra arraigado em nossos costumes o hábito de adquirir, por antecipação, o lugar destinado ao nosso túmulo ou sepultura, bem como não temos, de modo mais amplamente difundido, o hábito de contratar seguro de vida, assim como, ainda, não praticamos, em escala significativa, a doação de órgãos para serem utilizados após a morte. Parece que essas atitudes – como se diz popularmente – “atraem o azar...”.

Mas, a par dessas razões que, igualmente, poderiam estar a fundamentar a insignificante prática brasileira do costume de testar, talvez fosse útil relatar, como o faz Zeno Veloso, que há, certamente, outra razão a ser invocada para justificar a pouca frequência de testamentos entre nós. Essa razão estaria diretamente relacionada à boa qualidade de nosso texto legislativo, a respeito da sucessão legítima, exceção feita, sem dúvida nenhuma, às regras relativas à concorrência do cônjuge ou do companheiro sobreviventes, quando estes estivessem a concorrer com

descendência híbrida do autor da herança.²

O que Zeno Veloso, enfim, quis dizer foi que o legislador brasileiro, quando produziu as regras gerais relativas à sucessão *ab intestato*, o fez de maneira primorosa, chamando a suceder exatamente aquelas pessoas que o *de cujus* elencaria se, na ausência de regras, precisasse produzir testamento. Poder-se-ia dizer, como o fez antes, na França, o insuperável Planiol, que a regulamentação brasileira a respeito da sucessão *ab intestato* opera assim como se fosse um “testamento tácito” ou um “testamento presumido”, dispendo exatamente como o faria o *de cujus*, caso houvesse testado.

Se assim for, compreende-se, então, a escassez de testamentos no Brasil, pois estes só seriam mesmo utilizados quando a vontade do *de cujus* fosse distinta daquela naturalmente insculpida na diagramação legislativa. No entanto – e como é curioso observar isto –, o legislador brasileiro, ainda que ciente dessas situações, dedicou nada mais nada menos que *cento e trinta e três artigos* à sucessão testamentária, este modo excepcional de suceder.

Qual terá sido a razão que levou o legislador a produzir tão prolongado elenco normativo? É bem provável que a resposta tenha por fundamento motivos de ordem filosófica mais aprofundados do que aqueles outros que querem justificar a escassez de testamentos baseada no “medo da morte”. É provável que o legislador tivesse levado em conta uma ideia maior, a soberana ideia do homem de que, por meio do testamento, realizaria e expandiria, para além de sua morte e para um futuro no qual já não mais estará, uma das mais importantes ilações de sua personalidade, qual seja o seu desejo, o seu querer e a sua vontade, no que diz respeito ao destino a ser dado aos bens que em

² Consulte-se, a respeito, nosso principal estudo sobre o assunto, o livro *Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente*, de nossa autoria, 2. ed. São Paulo, RT, 2013.

vida amealhou. Ou quando – e esta hipótese é ainda mais significativa – manifeste, por meio do testamento, um desejo de caráter extrapatrimonial que objetive o reconhecimento da paternidade de um filho extraconjugalmente havido.

Bem diz Zeno Veloso – e volto sempre a mencionar esse incomparável sucessor brasileiro da atualidade – que o testamento é *coisa sacra*, e “enuncia o mandamento de um homem que morreu, a sua última notícia, a sua vontade extrema, o derradeiro recado deixado por sua inteligência e seu espírito no mundo dos vivos”.³

2. A NATUREZA NEGOCIAL DO TESTAMENTO, O RESPEITO À DISPOSIÇÃO DE ÚLTIMA VONTADE DO TESTADOR E O PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO TESTAMENTÁRIO

Todos nós sabemos: o testamento é *negócio jurídico unilateral*, porque basta a vontade do testador para que ele se aperfeiçoe, quer no plano da existência, quer no plano da validade, perfeitamente apto à produção dos seus esperados efeitos, eficácia esta, no entanto, que só será diferida na data da abertura da sucessão, quer dizer, no momento da morte do testador. Assim, é correto dizer que a sucessão testamentária se efetiva por meio da *livre vontade do testador*, na concreção de negócio jurídico unilateral cuja eficácia – justamente por ser *causa mortis* – *estará postergada para além de sua morte*. As disposições ali contidas têm, habitualmente, caráter patrimonial, mas perfeitamente podem ser, também, disposições despojadas de qualquer conteúdo econômico.

Negócio jurídico de caráter personalíssimo que é (art. 1.858 do Código Civil), o testamento traz a marca de características que lhe são muito próprias – além da unilateralidade que

³ VELOSO, Zeno. *Testamentos de acordo com a Constituição de 1988*. 2. ed. Belém: Cejup, 1993, p. 15.

expressei – que são a solenidade, a gratuidade e a absoluta revogabilidade.⁴ A importância que se dá, neste negócio jurídico testamentário, à autonomia privada da vontade se a vê por toda parte: *primeiro*, porque é dado ao testador o direito e o arbítrio de, se quiser, livremente dispor acerca do destino de seus bens para depois de sua morte; *segundo*, o direito de poder revogar e refazer suas disposições de última vontade tantas vezes quantas quiser, livremente; e *terceiro*, o direito de esperar que essa sua derradeira vontade seja perfeitamente observada e cumprida para depois de sua morte.

Por tudo se vê que, em sede de direito sucessório, a prevalência da vontade do testador e o respeito à declaração de sua última vontade são temas de alta relevância axiológica, constitucionalmente protegidos e correlacionados ao respeito à dignidade da pessoa humana. A jurisprudência não se manifesta senão dessa exata forma, em situações que pretendam a nulificação de testamentos, inclinando-se o STJ pelo *aproveitamento do testamento*, tanto quanto possível, em cada caso, sempre em respeito à vontade derradeira manifestada pelo testador, que já aqui não mais está. Por todos os julgados, destaco este: “Em matéria testamentária, a interpretação deve ser voltada no sentido da *prevalência da manifestação de vontade do testador*, orientando, inclusive, o magistrado quanto à aplicação do sistema de nulidades, que apenas não poderá ser mitigado, diante do caso concreto, passível de ensejar dúvida acerca da própria faculdade que tem o testador de livremente dispor acerca de seus bens (...)” [STJ, 3ª Turma, REsp 753.261, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 23.11.2010. (g.n.)].

Não é fora de hora dizer, agora, que uma significativa

⁴ O testamento é *solene* porque exige, para valer, a estrita observância dos requisitos essenciais e das formalidades legais; é *gratuito* porque não se compadece de qualquer aspecto oneroso, embora suporte a existência de imposição de encargos a herdeiro instituído ou legatário, o que não desvirtua a sua condição característica de gratuidade; e é *revogável* porque a qualquer tempo o testador pode produzir novo instrumento revocatório do anterior, no que respeita às disposições de caráter patrimonial.

parte da doutrina nacional defende a ideia de que, no Brasil, deveríamos ter um regime sucessório testamentário que fosse *completamente livre*, como o é em tantos outros países (e com sucesso), respeitando a autonomia da vontade do testador e não impondo nem mesmo aquela quota invariável aos seus herdeiros necessários (a legítima, ou quota indisponível) sem qualquer observância das condições pessoais de cada um desses herdeiros, que pudesse dizer, com exatidão, a respeito das reais necessidades de cada um, bem como se, de fato, havia relação familiar entre o autor da herança e o herdeiro necessário em questão. A vigorar um sistema assim, estaria atendida a chamada *ética da autonomia privada*, autonomia esta realizada por “pessoas dotadas de história [que] produzem, voluntariamente, normas de direito positivo, que também serão dotadas de historicidade (vinculadas a espaço e tempo), e compartilhadas por sujeitos de direito capazes de argumentação e de fala”.⁵

Completo, neste momento, a breve abertura que fiz para registrar que, embora a possível procedência deste raciocínio de nossa contemporânea doutrina, a verdade é que, entre nós, o que permanece é o sistema de *preservação da legítima dos herdeiros necessários*, na facção de testamentos, se os houver, já que então “o grau de autonomia da vontade do testador é bastante amplo, embora não ilimitado”. Vale dizer, “(...) há liberdade de celebração e liberdade de fixação do conteúdo, salvo algumas restrições, aliás importantes (v.g., a impossibilidade de afastar as legítimas)”⁶.

3. AS FORMALIDADES ESSENCIAIS DO TESTAMENTO, INDISPENSÁVEIS À SUA EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA, SÃO EXAGERADAS?

⁵ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 78.

⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 92 e p. 105.

Mas, talvez, por exatamente ser o testamento um negócio jurídico com eficácia *pos mortem*, bem por isso é que o legislador – não só o brasileiro, mas o de todos os tempos – cercou de tantas regras de segurança o instituto. Assim sendo, quiçá justamente essa conjunção de eficácia *pos mortem* mais o princípio do respeito à prevalência da vontade do testador, tudo visando à conservação do negócio jurídico, é que seja responsável por um sistema de normas testamentárias tão extenso quanto o nosso, que, como já mencionei antes, se desdobra em *cento e trinta e três artigos* do Código Civil. São exigências e formalidades inúmeras, cujo não atendimento quase sempre conduz a um resultado que visa à nulificação do negócio testamentário, razão também pela qual, quero crer, se dê preferência quase absoluta, no País, pela facção de testamentos públicos, pela segurança que emprestam, destinada à sua efetiva consecução, após a morte do testador.

Porém, o resultado é o que se sabe e se conhece em nosso País: pouquíssimos de nós, brasileiros, fazemos testamento.

As formalidades que cercam a facção dos testamentos, sejam eles públicos, particulares ou cerrados – para falar apenas dos que têm uso mais corrente –, são tantas e de tanto preciosismo que esta bem pode ser também uma causa a afastar de nós, brasileiros, a decisão de testar.

À guisa apenas de ilustração, mostro decisão recente do TJRS, cujo relator foi o desembargador Jorge Luís Dall’Agnol, que considerou nulo um testamento particular, dado o descumprimento de formalidades essenciais destinadas à validade e eficácia do ato de última vontade. Tais formalidades descumpridas diziam respeito, no caso, ao insuficiente número de testemunhas e também à incerteza de que teriam ouvido a leitura do testamento, ao tempo de sua facção. Disse o relator: “Por se tratar de negócio jurídico formal e solene, o ato de disposição de última vontade deve estrita observância a todas as formalidades legais, sob pena de invalidade. Como regra, eventual defeito formal do

testamento, além de constituir óbice ao registro respectivo, constitui causa de sua invalidade. Em se tratando de testamento particular, a exigência de intervenção de cinco testemunhas, que devem presenciar o ato, além do testador, configura requisito essencial à solenidade, e não meio de prova. Portanto, a inobservância do número exigido na lei representa óbice à confirmação do testamento em juízo. Ressalta-se que o legislador admite a ausência de somente duas testemunhas, por morte, ausência ou por encontrar-se em lugar não sabido, podendo ser confirmado o testamento se ouvidas, ao menos, três testemunhas. Na espécie, apenas duas testemunhas foram ouvidas, o que constitui óbice ao registro da disposição de última vontade, por estar em desacordo com as formalidades legais”. E mais adiante disse, ainda, complementando: “As testemunhas não precisam presenciar a confecção do testamento. São convocadas pelo testador para ouvirem sua leitura. É necessária a presença das três testemunhas simultaneamente. É requisito essencial. Se as testemunhas apenas assinaram, o testamento é nulo por falta de solenidade indispensável. É obrigatório que a leitura seja levada a efeito pelo próprio testador. A exigência é legal (CC 1.876 § 1º): é requisito essencial à sua validade ser lido e assinado por quem o escreveu”.⁷

Nesse único caso real, que tomo como exemplo, nesta oportunidade, acontecia o seguinte: o testador viveu, após a facção do testamento particular, ainda mais 12 anos. Neste interregno, faleceram 3 das 5 testemunhas. Além disso, em depoimento, parece que não ficou claro, ao juízo, que as testemunhas que sobreviveram (embora em número insuficiente) tivessem ouvido a leitura do testamento, ao tempo de sua feitura. O testamento foi nulificado e não produziu seus efeitos. A pergunta que

⁷ TJRS – AC n. 70060270303, Relator Jorge Luís Dall’Agnol, Sétima Câmara Cível, j. 27/08/2014. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/jurisprudencia/3396/%20Testamento%20particular.%20Aus%C3%A2ncia%20de%20requisito%20legal>>. Acesso em: 4 ago. 2015.

fica é esta: será que aquele testador estava perfeitamente informado a respeito das exigências formais e essenciais à eficácia do seu testamento, para depois de sua morte, relativamente ao fato de que as testemunhas devessem ouvir a leitura do testamento feita por ele mesmo? Ou que o número de testemunhas que sobreviviam era insuficiente? Nós podemos fazer essas perguntas ao homem comum, e certamente nenhum deles saberá responder com precisão. Aquele testador, ao falecer, estava convencido de que sua última vontade valeria e que os filhos que privilegiou (3 dentre 7) com a quota disponível, receberiam esses quinhões, tal como por ele querido. Não foi o que aconteceu.

PARA CONCLUIR

Entraves de caráter costumeiro, ou folclórico, ou cultural, ou mesmo psicológico devem constar como causa da baixa incidência de negócios jurídicos testamentários entre nós.

O excessivo rol de formalidades essenciais, que se não observadas conduzirão à nulificação do ato, também podem ser a razão para esta mesma circunstância, vale dizer, de existir entre nós, brasileiros, tão baixa expressão estatística de pessoas que produzem o seu próprio testamento. Apenas cerca de 2% de nós testamos.



REFERÊNCIAS

- CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: RT, 2012.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e suce-*

der: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2. ed. São Paulo: RT, 2013.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

VELOSO, Zeno. *Testamentos de acordo com a Constituição de 1988*. 2. ed. Belém: Cejup, 1993.