

NULIDADE DE TESTAMENTO

Tribunal de Justiça

1.^a Câmara Cível

Agravo de Instrumento n.º 906

Comarca de Niterói

Agravantes: Laudegardo Travassos e outros

Agravado: Luiz Thomaz Travassos de Medeiros

Agravo de Instrumento. Testamento apresentado e mandado cumprir. Juntada e impugnação nos autos do inventário. Alegação de nulidade do testamento. Decisão que remeteu os agravantes para o procedimento próprio, entendendo não caracterizada a hipótese do art. 146, C. Civil.

Cabimento do apelo instrumental.

*Nulidade do testamento que se percebe da simples leitura. Testamentum ad interrogationem: impossibilidade. Inadmissível que o testamento seja lavrado mediante respostas às perguntas feitas ao disponente pelo tabelião. O testador deverá **ditar** as suas declarações — **de viva voz** —, quer a lei.*

Nulidade flagrante ensejando o reconhecimento e decretação da nulidade pelo Tribunal.

Provimento do agravo.

PARECER

Cuida-se de agravo instrumental interposto por *Laudegardo Travassos e Outros*, nos autos do Inventário por falecimento de *Aurélio do Nascimento Travassos*, insurgindo-se contra decisão do Emérito Juízo da 1.^a Vara Cível da Comarca de Niterói, que entendeu de remetê-los para a “ação própria”, a fim de perseguir a nulidade do testamento apresentado, registrado e mandado cumprir, não vislumbrando o Magistrado de Niterói a hipótese do art. 146 do Código Civil para a decretação da nulidade *ex-officio* (*sic* — fls. 37).

A Hipótese:

Luiz Thomaz Travassos de Medeiros (fls. 15) apresentou o testamento de *Aurélio do Nascimento Travassos*, lavrado no CTI do Hospital São Paulo, em Niterói, no dia 18 de novembro de 1985, vindo a falecer o testador no dia imediato, ou seja, 19 de novembro de 1985, nomeando o apresentante, ora agravado, testamenteiro.

Certidão de óbito às fls. 11, acusando a morte no dia referido, às 14:40 horas.

A cédula encontra-se por cópias às fls. 18/19, instituindo seu único beneficiário, no que pertine aos bens apurados por ocasião de sua morte, o seu sobrinho, o apresentante e testamenteiro, *Luiz Thomaz Travassos de Medeiros* — ora agravado.

O Ministério Público, do exame que fez, concluiu estarem presentes os requisitos formais extrínsecos, opinando pelo registro, cumprimento e posterior juntada aos autos do inventário (fls. 20) e assim fez o Dr. Juiz (fls. 21).

Apresentado o testamento nos autos do inventário, veio a impugnação (fls. 23), erigindo a nulidade do testamento, por ter sido lavrado por mímica e não de viva voz (art. 1.635 C. Civil), entendendo os impugnantes, fortes na doutrina de *Pontes de Miranda*, ser aplicável o art. 146 do C. Civil.

A decisão veio contrária, na linha do pensamento do Ministério Público (fls. 36v.º e 37/37v.º), remetendo os agravantes para a ação própria.

Daí o agravo, que é tempestivo (fls. 40) e cabível.

Há contraminuta às fls. 42/44, sustentando a decisão, entendendo ser incabível o agravo porque o Juízo não “cerceou o direito dos agravantes de virem em ação própria para tentar anular o testamento” (*sic* — fls. 42). Entra o agravado em considerações outras, juntando atestado do médico que assistiu o testador, afirmando estar aquele “em pleno gozo das faculdades mentais”, tendo o atestado a data de 18-11-1985.

Não se abriu vista ao Ministério Público no primeiro grau para dizer sobre o recurso.

Despacho de manutenção às fls. 49.

Como sabido, o testamento tem formalidades extrínsecas e intrínsecas. Aquelas, elencadas no art. 1632, exigem que seja escrito por oficial público, de acordo com o ditado ou as declarações do testador, em presença de cinco testemunhas, que deverão estar presentes e assistirem a todo o ato, na presença das quais o testamento, após lavrado, será lido pelo oficial ao testador, ou por este se o desejar, assinando todos, em seguida, declarações que deverão ser feitas na língua nacional.

As outras, dizem com a capacidade do testador, como por exemplo, a sua impossibilidade de fazer de viva voz as suas declarações. Daí porque o indivíduo surdo-mudo não pode fazer testamento público: não pode ditar e nem ouvir a leitura depois. Também o mudo, porque não pode fazer de viva voz as declarações.

Ou, como melhor define *José da Silva Pacheco*, in *Inventários e Partilhas na Sucessão Legítima e Testamentária* — Forense, 1980, p. 309:

“O testamento, como, aliás, todo ato jurídico, pode ser nulo por falta de capacidade do testador, por ser ilícito ou impossível o seu objeto, por não ser feito pela forma prescrita, que for de sua substância, por preterição de formalidade essencial e por declaração expressa de lei.

Pode a nulidade ser absoluta ou relativa, mas de qualquer modo ela vicia o ato, desde o seu início, ainda que somente decretável pelo juiz, cuja sentença faz retroagir a sua eficácia até a constituição do ato.

Qualquer interessado ou os órgãos do Ministério Público podem alegar a nulidade, no momento em que tiver conhecimento dela. Ao juiz cabe decretá-la, quando conhecer do ato ou dos seus efeitos e as encontrar comprovadas. Não lhe é lícito supri-la ainda que a requerimento ou com o assentimento das partes”.

E, mais adiante (p. 312), arremata:

*“A nulidade, quer seja por causa intrínseca ou extrínseca, é absoluta e deve ser pronunciada **ex-officio** pelo juiz, quando conhecer do ato. Não pode supri-la.”*

Logo, de início, afasta-se a necessidade de remeter os interessados, impugnantes do testamento na primeira oportunidade que dele tomaram conhecimento, quando da sua apresentação no inventário, para a ação ordinária.

O Juiz deveria ter decretado a nulidade quando provocado.

Não o fez.

Pode fazê-lo, a nosso pensar, o Tribunal, porque o testamento é nulo *ex-radice*, como se demonstrará.

Duas são as nulidades, a nosso entender: a primeira, extrínseca, diz respeito à testemunha que teria firmado a rogo do testador, impossibilitado de fazê-lo.

Quer a lei:

"Art. 1.633 — Se o testador não souber, ou não puder assinar, o oficial assim o declarará, assinando, neste caso, pelo testador, e a seu rogo, uma das testemunhas instrumentárias".

Frise-se: uma das testemunhas instrumentárias.

Pelo que se observa do testamento lavrado (fls. 18v.^o) foram testemunhas instrumentárias: 1) — Antonio Soares Guilherme; 2) — Ismar Guimarães Sardenberg; 3) — Eliza Costa do Nascimento; 4) — José Eduardo Scisionio Vieira; 5) — Pedro Ramos Filhos.

Entretanto, a rogo do testador assinou *Celina Campos Carvalho*, que não está arrolada dentre as testemunhas testamentárias.

Isso não foi pronunciado pelo Juízo quando da apresentação do testamento, nem mesmo tendo o Ministério Público, pela ilustrada Curadora, apontado tal nulidade, de causa extrínseca.

Induz, portanto, tal preterição de forma prescrita em lei em nulidade absoluta, pronunciável *ex-officio* pelo Juiz. Se não o fez o juiz da instância primária, deve fazê-lo o Colegiado.

Esse o primeiro aspecto.

Mas, *d. venia*, o pior, o inadmissível, vem agora.

Está escrito isso no testamento:

"... Então, na presença das testemunhas, o outorgante testador, Aurelio do Nascimento Travassos que se encontrava no pleno exercício de suas faculdades intelectuais, segundo o meu e o parecer das testemunhas, livre de todo e qualquer induzimento ou coação, com gesto no olhar e usando o aperto de mão resolveu fazer o seu como manifestação de última vontade, revogatório de qualquer outro anterior. Respondendo as perguntas formuladas, respondendo com o gesto da maneira seguinte: que tem 65 anos de idade Assim o disse e me pediu que lhes lavrasse este testamento que lido em voz alta a ele outorgante testador que em tudo dava impressão nítida de entender, como manifestação de última vontade,

(fls. 18/v.^o)

Diz o Código Civil, no seu art. 1.635, que "considera-se habilitado a testar publicamente aquele que puder fazer de viva voz as suas

declarações, e verificar, pela sua leitura, haverem sido fielmente exaradas”.

Isso é de clareza tão pura, é tão indiscutível que a doutrina não discrepa.

Clóvis Bevilacqua, in *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 1933, Livraria Fco. Alves, Vol. II, terceira edição, p. 96, em observação, ensina:

“O surdo-mudo, por isso que não pode ditar as suas disposições ao oficial, nem, depois, ouvir-lhes a leitura, não pode usar desta forma de testamento, embora saiba ler e escrever. É necessário que o testador possa de viva voz, fazer as suas declarações, e verificar depois, pela leitura, se foram fielmente exaradas. O mudo também se acha privado da faculdade de testar publicamente, por isso mesmo não pode fazer as suas declarações de viva voz”.

(os grifos são do original)

Clóvis Bevilacqua, agora in *Direito das Sucessões*, terceira edição, 1936, Freitas Bastos, p. 214, vai mais além, luvra à dextra no caso em exame, para demonstrar a nulidade absoluta:

“O testador deve fazer as suas declarações, direta e espontaneamente, podendo recorrer a apontamentos, que o orientem, ou limitar-se a ler o que traga escrito. Mas não é admissível que se restrinja a responder às perguntas que lhe faça o tabelião, e muito menos que substitua a linguagem falada, por acenos ou sinais, por mais expressivos que sejam. As disposições devem ser proferidas de viva voz, para que sejam ouvidas pelo tabelião e pelas testemunhas.”

Na mesma linha:

Orlando Gomes, *Sucessões*, Forense, 2.^a Edição, p. 129;
Arnoldo Wald, *Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões*, Ed. Lux, 1962, pp. 108/110;

Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. VI, Forense, 2.^a ed., 1976, p. 159:

“O testador deverá ditar suas declarações, podendo valer-se de notas ou mesmo de minuta inteiramente redigida; ... é essencial a declaração oralmente feita pelo testador.”

"Não se admite seja o testamento escrito mediante respostas às perguntas feitas ao disponente pelo tabelião ou por outra pessoa (testamentum ad interrogationem), esccranoo-se nos ensinamentos de:

Carlos Maximiliano, Direito das Sucessões, volume I, p. 379;

Walter D'Avanzo, Delle Sucessioni, vol. II, n.º 815.

Na *Excelsa Corte*, consoante se encarregou de juntar o agravante (fls. 11/12), o pensamento é o de que a forma prescrita em lei como essencial há de ser considerada o mínimo indispensável à validade do ato.

"RTJ" 75/954

Nesta Eg. 6.^a Câmara Cível, em acórdão unânime, capitaneado pelo Em. Des. *Pedro Américo*, confere-se a seguinte orientação:

"... A lei não dispensa que o testamento seja lavrado na presença do testador de acordo com as suas declarações verbais. Pode valer-se de apontamentos ou de minuta, mas é formalidade essencial a manifestação de sua inteligência volitiva em presença das testemunhas."
(Ementário — Ano 2 / 1981, n.º 3.041)

Em suma, a inteligência pretoriana e doutrinária não discrepa. O testamento há de ser de viva voz (testamento público), pelo testador. Se não o foi, nulo é o testamento, nulidade absoluta, decretável *ex-officio*...

É o caso dos autos, a nosso pensar.

É verdade que, no que pertine à formalidade (causa extrínseca), encontram-se julgados mais liberais, dando pela validade do testamento. Na *"Revista Brasileira de Jurisprudência"*, vol. 81, p. 59, há um julgado do S.T. Federal nesse sentido, num caso em que, como este sob exame, além das cinco testemunhas instrumentárias, uma sexta figura assinando o rogo do testador.

Nessa linha, seria de relevar-se a primeira nulidade apontada. Quanto à segunda, contudo, parece-nos intransponível.

E, finalmente, pode ser decretada a nulidade nos autos do inventário, porque a matéria não carece de alta indagação, de molde a remeter às vias ordinárias. Aliás, dos próprios termos do testamento, vê-se que o testador não ditou, de viva voz, o seu testamento.

Fez um testamento por interrogatório, o que seria suficiente para sua nulidade, mas, pior, obtidas as respostas do testador por acenos, por gestos, por apertos de mão. Isso, *d. venia*, é impossível de prevalecer e o juiz não pode suprir nulidades.

Como se cuida de nulidade absoluta, somos pelo provimento do agravo para que se declare, desde logo, a nulidade do testamento, pelas razões expostas.

Assim opinamos.

R:io de Janeiro, 31 de outubro de 1986.

PAULO FERREIRA RODRIGUES

Promotor de Justiça

Aprovo.

SIMÃO ISAAC BENJÓ

Procurador de Justiça