

Remessa das partes às vias ordinárias. Vontade do testador. Prevalência. Recurso improvido.

- Na interpretação das exigências testamentárias, deve prevalecer a vontade do *de cujus*, desde que verificada a presunção de legitimidade daquele ato e a capacidade mental do testador.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.10.145626-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Henriqueta Queiroz Barreira - Apelados: Frederico Khoury Sabino e outro, Antônio Augusto Guerra Limões - Relator: DES. BARROS LEVENHAGEN

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sob a Presidência do Desembargador Manuel Saramago, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 11 de agosto de 2011. - *Barros Levenhagen* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, por Antônio Augusto Guerra Limões, o Dr. Leandro Penna Pessoa.

Proferiram sustentações orais, pela apelante, a Dr.ª Tereza Cristina Monteiro Mafra e, por Ethel Romero Reis e outros, o Dr. José Rubens Costa.

DES. BARROS LEVENHAGEN - Trata-se de apelação aviada contra a sentença prolatada pelo Magistrado Agnaldo Rodrigues Pereira às f. 161/166-TJ dos autos da ação de abertura, registro e cumprimento de testamento particular, deixado por Carlos Hermínio Barreira, que ordenou o registro, arquivamento e seu cumprimento, na forma da lei, remetendo-se uma cópia para a repartição fiscal.

Inconformada e pugnando pela sua reforma, Henriqueta Queiroz Barreira recorre às f. 183/198-TJ, alegando ser a única herdeira necessária, na qualidade de genitora do *de cujus*. Afirma que o testamento contém vícios impeditivos a sua confirmação. Alega que o testamento foi escrito, mediante processo mecânico, por pessoa diversa do falecido, conforme depoimento da testemunha Reinaldo Augusto Coelho (f. 109). Sustenta a existência de indícios de que a assinatura do testador não seja autêntica e que a sentença padece da nulidade, por cerceamento de defesa, haja vista que, apesar de requerida a produção de perícia grafotécnica, o Juízo *a quo* não apreciou o requerimento. Sustenta que não foi cumprido

Testamento particular - Procedimento de abertura, registro e cumprimento - Perícia grafotécnica - Falsidade - Inexistência de indícios - Vontade do testador - Prevalência

Ementa: Sucessões. Apelação cível. Procedimento de abertura, registro e cumprimento de testamento particular. Perícia grafotécnica. Inexistência de indícios de falsidade.

o requisito legal da leitura do testamento perante três testemunhas, conforme depoimento de Reinaldo Coelho e que duas das testemunhas não assinaram o documento na frente do testador. Aponta a existência de rasuras no testamento, feitas por pessoa diversa do testador, o que é vedado pelo § 2º do art. 1.876 do Código Civil. Ao final, pugna pelo provimento do apelo, para que seja cassada a sentença e, caso ultrapassada a preliminar, que seja reformada a sentença.

Contrarrazões trazidas às f. 203/225-TJ, manifestando-se o apelado pela confirmação da sentença primeva.

Manifestação ministerial apresentada às f. 305/315-TJ, opinando o Procurador de Justiça Paulo Roberto Moreira Cançado, em preliminar, pela cassação da sentença, por cerceamento de defesa e, no mérito, pelo provimento parcial do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso voluntário, por atendidos os pressupostos que regem sua admissibilidade.

Preliminar de nulidade da sentença.

De plano, cumpre apreciar a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, ao argumento de que, apesar de requerida a produção de perícia grafo-técnica, o Juízo *a quo* não apreciou o requerimento.

Eventual discussão sobre a autenticidade da firma aposta pelo testador caracteriza questão de alta indagação, de imprópria discussão em sede de procedimento de jurisdição voluntária, importando a remessa das partes às vias ordinárias, para que, em jurisdição contenciosa, através da ação cabível, debatam a questão.

Some-se, ainda, que não há imputação expressa de falsidade da assinatura, mas simples ilação a propósito de que teria o testador alegadamente rubricado e não assinado o documento.

A prova pretendida, portanto, revela-se descabida nesta sede.

Em razão do exposto, rejeito a preliminar.

DES. ANDRÉ LEITE PRAÇA - Senhor Presidente.

Já tinha examinado os precisos memoriais que gentilmente me foram oferecidos pelas partes, mas, diante de tudo que foi colocado na tribuna, vejo-me forçado a pedir vista dos autos e solicito que me seja encaminhada cópia de todas as manifestações feitas da tribuna.

Súmula - PEDIU VISTA O REVISOR, APÓS O RELATOR REJEITAR A PRELIMINAR.

Notas taquigráficas

Assistiram ao julgamento, pela apelante, o Dr. Guilherme da Matta Vasconcellos e, pelos apelados, os Drs. José Júlio Lafayette e Leandro Penna Pessoa.

DES. MANUEL SARAMAGO (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na Sessão do dia

04.08.2011, a pedido do Revisor, após votar o Relator rejeitando a preliminar.

Com a palavra o Des. André Leite Praça.

DES. ANDRÉ LEITE PRAÇA - Solicitei vista dos autos na última sessão de julgamento, para melhor examinar a matéria debatida, depois das judiciosas sustentações orais feitas na tribuna pelos dignos procuradores das partes.

Pois bem.

Após nova análise do feito, cheguei à mesma conclusão do eminente Desembargador Relator, motivo pelo qual o acompanho, inclusive quanto à preliminar.

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - Acompanho o Relator.

DES. BARROS LEVENHAGEN - Mérito.

Impende observar, de plano, haver o testamento ora impugnado sido firmado em 7 de janeiro de 2010 (f. 10/17), sendo, portanto, regido pelo Código Civil em vigor.

O art. 1.876 do referido diploma normativo arrola os seguintes requisitos de validade do testamento particular:

Art. 1.876. O testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico.

§ 1º Se escrito de próprio punho, são requisitos essenciais à sua validade seja lido e assinado por quem o escreveu, na presença de pelo menos três testemunhas, que o devem subscrever.

§ 2º Se elaborado por processo mecânico, não pode conter rasuras ou espaços em branco, devendo ser assinado pelo testador, depois de o ter lido na presença de pelo menos três testemunhas, que o subscreverão.

Os requisitos essenciais de validade do testamento são aqueles descritos no § 2º do art. 1.876, alhures transcrito, e somente em relação a eles poderá se manifestar o magistrado, no procedimento de abertura, registro e cumprimento de testamento.

O citado procedimento, cuja natureza jurídico-processual é de jurisdição voluntária, está disciplinado pelos arts. 1.133 e 1.126, ambos do CPC:

Art. 1.126. Concluídos os autos, o juiz, ouvido o órgão do Ministério Público, mandará registrar, arquivar e cumprir o testamento, se lhe não achar vício externo, que o torne suspeito de nulidade ou falsidade.

Parágrafo único. O testamento será registrado e arquivado no cartório a que tocar, dele remetendo o escrivão uma cópia, no prazo de 8 (oito) dias, à repartição fiscal.

Detectada a existência de vício externo, cuja importância sirva a embasar suspeita de nulidade ou falsidade, caberá ao magistrado remeter as partes às vias ordinárias para que seja apreciada a higidez do ato de disposição de última vontade. Mas esta não é, *data venia*, a hipótese em epígrafe.

No caso dos autos, observa-se que o testador, ante a proximidade de submeter-se a delicada cirurgia cardíaca, cuidou de definir sua sucessão, alinhando disposições para que fossem cumpridas suas últimas vontades. A propósito, sabe-se que,

em matéria testamentária, a interpretação deve ter por fim o intuito de fazer prevalecer a vontade do testador, a qual deverá orientar, inclusive, o magistrado quanto à aplicação do sistema de nulidades, que apenas não poderá ser mitigado diante da existência de fato concreto, passível de colocar em dúvida a própria faculdade que tem o testador de livremente dispor de seus bens, o que não se faz presente nos autos (STJ - AgRg no Ag 570748/SC - Relator: Ministro Castro Filho - Terceira Turma - Data de julgamento: 10.04.2007 - Data da publicação/Fonte: DJ de 04.06.2007, p. 340; RNDJ v. 92, p. 97).

Assim, no tocante à alegação de rasuras no testamento, a matéria foi bem apreciada na decisão recorrida, porquanto os “acréscimos manuscritos das expressões: ‘testamenteiro’, por três vezes, e ‘testemunhas’, não são rasuras e não possuem o condão de anular o testamento, já que são apenas correções e esclarecimento [...]” (f. 164), de forma que não invalidam o documento.

Por outro lado, embora escrito por processo mecânico, não há dúvida de que o testamento representa a última manifestação de vontade do testador, que regularmente o assinou, rogando que a justiça de seu país conferisse ao testamento “inteiro e fiel cumprimento, para os fins legais” (f. 17-TJ).

Registre-se, ainda, que todas as três testemunhas ouvidas em juízo confirmaram o testamento, corroborando a disposição de última vontade firmada pelo testador, conforme exige o art. 1.878 do Código Civil.

Por oportuno, necessário frisar que não serve para nulificar o testamento nem mesmo o fato de uma das testemunhas não ter assinado o documento na presença do testador, porque a lei civilista prevê a hipótese de sua confirmação mesmo que apenas uma testemunha o reconheça, “quando houver prova suficiente de sua veracidade” (art. 1.878, parágrafo único). No caso em comento, inexistente qualquer adinóculo que indique inveracidade do testamento, mormente porque estava o testador no pleno gozo de suas faculdades mentais quando arrolou suas disposições de última vontade.

Em caso análogo (mas sob a égide do CC/1916), pontificou a culta Des. Maria Elza, por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 1.0461.04.023538-8/001:

Non se ignora que o testamento perfaz-se em ato formal e solene, tampouco que as exigências formais trazidas pelo legislador nada mais objetivam senão preservar a coincidência entre a exteriorização da vontade do testador com o seu querer interno.

É dizer, os requisitos formais possuem o escopo precípua de assegurar a liberdade daquele que persegue uma distribuição mais equânime de seu patrimônio, tendo

em vista seus próprios princípios e valores. Em última análise, busca-se a proteção da legitimidade da (última) declaração de vontade do testador.

Entende-se que esse deve ser o pano de fundo para o exame da presente questão, já que a presença das testemunhas se situa exatamente entre os requisitos formais do testamento, tanto que são chamadas de testemunhas instrumentárias.

Nesse passo, é de se indagar se o fato de uma das cinco testemunhas presentes no ato de feitura do testamento público possuiria o condão de *per si* invalidar todo o conteúdo de vontade explicitado pelo testador perante agente dotado de fé pública e demais testemunhas idôneas.

Com esteio na doutrina e jurisprudência mais recentes e flexíveis à interpretação das exigências testamentárias, observa-se que deve prevalecer a vontade do *de cujus*, porquanto não há nos autos nenhum elemento que afaste a presunção de legitimidade daquele ato, tampouco que infirme a capacidade mental do testador.

Aliás, a parte recorrente em nenhum momento levanta tal questão, devendo-se, portanto, prestigiar a livre e espontânea manifestação de vontade, ainda que realizada perante apenas quatro (quatro) testemunhas, até porque o testamento público conta com a presunção de veracidade de documento público. Tal raciocínio visa fazer valer a finalidade do ato, em detrimento do simples rigorismo formal, afastado das especificidades do caso concreto. Essa é a ressalva de Orlando Gomes:

Tais solenidades são indeclináveis. Instituídas imperativamente, não pode o testador prescindir-las, ainda que as circunstâncias dificultem rigorosa observância. Contudo, é condenada na doutrina moderna a exageração do respeito às mínimas exigências de cunho formal, não mais subsistindo a orientação de se interpretá-las literalmente (GOMES, Orlando. Sucessões. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.129).

Com esse entendimento, alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: Recurso especial. Testamento particular. Validade. Abrandamento do rigor formal. Reconhecimento pelas instâncias de origem da manifestação livre de vontade do testador e de sua capacidade mental. Reapreciação probatória. Inadmissibilidade. Súmula 7/STJ.

[...]

II - Não há falar em nulidade do ato de disposição de última vontade (testamento particular), apontando-se preterição de formalidade essencial (leitura do testamento perante as três testemunhas), quando as provas dos autos confirmam, de forma inequívoca, que o documento foi firmado pelo próprio testador, por livre e espontânea vontade, e por três testemunhas idôneas, não pairando qualquer dúvida quanto à capacidade mental do *de cujus*, no momento do ato. O rigor formal deve ceder ante a necessidade de se atender à finalidade do ato, regularmente praticado pelo testador. Recurso especial não conhecido, com ressalva quanto à terminologia (REsp 828.616/MG - Relator: Ministro Castro Filho - Terceira Turma - Data de julgamento: 05.09.2006 - Data de Publicação/Fonte: DJ de 23.10.2006, p. 313).

Ementa: Civil. Sucessão. Testamento. Formalidades. Extensão. O testamento é um ato solene que deve submeter-se a numerosas formalidades que não podem ser descuradas ou postergadas, sob pena de nulidade.

Mas todas essas formalidades não podem ser consagradas de modo exacerbado, pois a sua exigibilidade deve ser acentuada ou minorada em razão da preservação dos dois valores a que elas se destinam - razão mesma de ser do testamento -, na seguinte ordem de importância: o primeiro, para assegurar a vontade do testador, que já não poderá mais, após o seu falecimento, por óbvio, confirmar a sua vontade ou corrigir distorções, nem explicitar o seu querer que possa ter sido expresso de forma obscura ou confusa; o segundo, para proteger o direito dos herdeiros do testador, sobretudo dos seus filhos. Recurso não conhecido (REsp 302.767/PR - Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha - Quarta Turma - Data de julgamento: 05.06.2001 - Data de publicação/Fonte: DJ de 24.09.2001, p. 313).

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca da necessidade de que a qualidade da prova produzida deve ser robusta para elidir a idoneidade que se presume do testamento público. Eis o teor da ementa do Recurso Extraordinário nº 9299 de relatoria do então Ministro Afrânio Costa:

Ementa: Testamento público: não é um documento qualquer, facilmente atingível; sua solenidade reveste-o de forma excepcional. Não seria possível deixá-lo à mercê da versatilidade das testemunhas que, simplista ou preconcebidamente, vêm depor coisa diversa do que solenemente afirmaram perante o notário e o próprio testador. A prova para nulidade do testamento deve ser iniludível, completa e perfeita.

Por fim, conforme bem apontado pelo Juízo *a quo*, a tendência à simplificação das formas testamentárias, de sorte a fazer prevalecer a vontade do testador, foi absorvida pelo Código Civil de 2002 em diversos momentos.

Nesse diapasão é o alerta de Caio Mário da Silva Pereira, citando Eduardo de Oliveira Leite, lembrando, inclusive, que, mesmo antes do advento daquele diploma, a jurisprudência já caminhava na linha da preservação da vontade do testador, *litteris*:

Com inteira razão, assinala Eduardo de Oliveira Leite que 'a tendência do direito atual é facilitar o acesso de todos à testamentificação, desde que o outorgante possa, de alguma maneira, exprimir a sua vontade' [...]. Semelhante tendência podia ser detectada, antes do advento do novo Código Civil, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça [...] (*Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 6, p. 227).

Saliente-se que tal referência possui cunho meramente exemplificativo, já que o Código Civil de 2002 abarcou essa nova tendência jurisprudencial acerca das formalidades relativas à confecção do testamento. Afasta-se, portanto, a alardeada existência de contradição na sentença recorrida, já que houve tão somente uma menção a título de corroborar o raciocínio.

Aliás, dentro dessa vertente já se manifestou este Tribunal:

Ementa: Testamento particular. Número de testemunhas instrumentárias. Interpretação mais flexível e tendência do hodierno direito de abrandamento da exigência (de cinco testemunhas). Reflexo direto no novo Código Civil.

1. Embora o Código Civil de 1916, em seu art. 1.645, exija, no testamento particular, a presença de cinco testemunhas instrumentárias, o Código de Processo Civil (art. 1.133) viabiliza interpretação mais flexível, no que concerne ao número dessas testemunhas, permitindo confirmação do testamento, se pelo menos três delas o reconhecerem como autêntico.

2. Ademais, constituiu tendência do hodierno direito o abrandamento da exigência de cinco testemunhas instrumentárias, o que já se refletiu no novo Código Civil em pleno vigor, tanto que se contenta ele com o mínimo de três testemunhas, a teor de seu art. 1.876, §§1º e 2º (TJMG - 4ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 1.0000.00.252817-2/000(1) - Relator: Des. Hyparco Immesi - Data de julgamento: 24.04.2003 - Data de publicação: 18.06.2003).

Tendo em vista todo o quadro descrito, não se pode atribuir a pecha de nulidade ao testamento impugnado, porquanto não se extrai dos autos nenhum elemento apto a questionar a capacidade volitiva do testador, bem como a presunção de regularidade decorrente da fé pública do agente cartorial.

Pensamento contrário violaria a própria razão de ser das formalidades. Se as formas visam preservar a livre manifestação de vontade e não há quaisquer indícios de interferência de terceiros ou vícios intrínsecos naquela expressão, há de se mitigar a preterição de formalidade, cuja finalidade se encontra suprida pelos demais elementos constantes do feito, sob pena de inviabilizar o cumprimento dos desígnios do testador, os quais, por óbvio, não poderão mais ser reproduzidos.

Portanto, "pelo exame cuidadoso dos depoimentos de f. 105/110, conclui-se, de forma indubitável, que o testador estava em seu perfeito juízo, e que elaborou o testamento por livre e espontânea vontade, sendo autêntica a sua assinatura" (f. 132).

Pelo exposto, rejeito a preliminar e nego provimento ao recurso.

Custas recursais, pela apelante.

DES. ANDRÉ LEITE PRAÇA - Com efeito, quanto ao tema ora debatido, não se pode olvidar que o colendo Superior Tribunal de Justiça, mesmo que apreciando casos ainda sob a égide do Código Civil anterior, tem sinalizado que a proteção da segurança jurídica do testamento particular contra fraudes não pode ser levada a extremos tais que, ao invés de resguardar a intenção do testador, em verdade venha a prejudicar o seu cumprimento.

Vejamos:

Civil e processual civil. Testamento particular. Assinado por quatro testemunhas e confirmado em audiência por três delas. Validade do ato. Interpretação consentânea com a doutrina e com o novo Código Civil, art. 1.876, §§ 1º e 2º. Recurso especial conhecido e provido.

1. Testamento particular. Art. 1.645, II, do CPC. Interpretação: Ainda que seja imprescindível o cumprimento das

formalidades legais a fim de preservar a segurança, a veracidade e legitimidade do ato praticado, deve se interpretar o texto legal com vistas à finalidade por ele colimada. Na hipótese vertente, o testamento particular foi digitado e assinado por quatro testemunhas, das quais três o confirmaram em audiência de instrução e julgamento. Não há, pois, motivo para tê-lo por inválido. Interpretação consentânea com a doutrina e com o novo Código Civil, art. 1.876, §§ 1º e 2º.

2. A leitura dos preceitos insertos nos arts. 1.133 do CPC e 1.648 CC/1916 deve conduzir a uma exegese mais flexível do art. 1.645 do CC/1916, confirmada, inclusive, pelo novo Código Civil, cujo art. 1.876, §§ 1º e 2º, dispõe: 'o testamento, ato de disposição de última vontade, não pode ser invalidado sob a alegativa de preterição de formalidade essencial, pois não pairam dúvidas que o documento foi firmado pela testadora de forma consciente e no uso pleno de sua capacidade mental'. Precedentes deste STJ.

3. Recurso especial conhecido e provido (REsp 701.917/SP - Relator: Ministro Luís Felipe Salomão - Quarta Turma - Data de julgamento: 02.02.2010 - Data de publicação/Fonte: DJ de 1º.03.2010).

Ainda:

Testamento particular. Requisito do art. 1645, II, do Código Civil.

Não havendo dúvida quanto à autenticidade do documento de última vontade e conhecida, indubitavelmente, no próprio, a vontade do testador, deve prevalecer o testamento particular, que as testemunhas ouviram ler e assinaram uma a uma, na presença do testador, mesmo sem que tivessem elas reunidas, todas, simultaneamente, para aquele fim.

Não se deve alimentar a superstição do formalismo obsoleto, que prejudica mais do que ajuda. Embora as formas testamentárias operem como *jus cogens*, entretanto, a lei da forma está sujeita à interpretação e à construção apropriadas às circunstâncias.

Recurso conhecido, mas desprovido (REsp 1.422/RS - Relator: Ministro Gueiros Leite - Terceira Turma - Data de julgamento: 02.10.1990 - Data de publicação/Fonte: DJ de 04.03.1991, p. 1983).

E, por fim:

Agravo interno. Ação de anulação de testamento cerrado. Inobservância de formalidades legais. Reexame de prova. Súmula 7/STJ.

I - A questão da nulidade do testamento pela não observância dos requisitos legais à sua validade, no caso, não prescinde do reexame do acervo fático-probatório carreado aos autos, o que é vedado em âmbito de especial, em consonância com o Enunciado 7 da Súmula desta Corte.

II - Em matéria testamentária, a interpretação deve ter por fim o intuito de fazer prevalecer a vontade do testador, a qual deverá orientar, inclusive, o magistrado quanto à aplicação do sistema de nulidades, que apenas não poderá ser mitigado diante da existência de fato concreto, passível de colocar em dúvida a própria faculdade que tem o testador de livremente dispor de seus bens, o que não se faz presente nos autos.

Agravo provido (AgRg no Ag 570748/SC - Relator: Ministro Castro Filho - Terceira Turma - Data de julgamento: 10.04.2007 - Data de publicação/Fonte: DJ de 04.06.2007, p. 340).

Ora, no caso em apreço, como restou claro, o testamento particular em questão atende a todos os requisitos

essenciais postos em lei; primeiro, porque, como bem ressaltou o digno Julgador a quo, os "acréscimos manuscritos das expressões: 'testamenteiro', por três vezes, e 'testemunhas', não são rasuras e não possuem o condão de anular o testamento, já que são apenas correções e esclarecimento"; segundo, porque não há sequer questionamento quanto à autenticidade da manifestação de vontade do testador, embora, é certo, tenha sido aposta no documento apenas uma rubrica, e não uma assinatura completa; terceiro, porque as três testemunhas confirmaram em juízo o testamento, ratificando a manifestação clara de vontade do testador; quarto, porque não se exige que todas as testemunhas estejam reunidas na presença do testador para a leitura do testamento; e quinto, porque, como bem destacou o eminente Relator,

não serve a nulificar o testamento nem mesmo o fato de uma das testemunhas não ter assinado o documento na presença do testador, porque a lei civilista prevê a hipótese de sua confirmação mesmo que apenas uma testemunha o reconheça, quando houver prova suficiente de sua veracidade (art. 1.878, parágrafo único).

É o meu voto.

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.