



TESTAMENTO CERRADO E UMA VISÃO ATUAL ACERCA DA SUA VULNERABILIDADE

ARAN, Thaís Aran¹
ROSSO, Angela Maria²
JOHANN, Marcia F.C.R³
LUSA, Matheus⁴
MACALEI, Nicole⁵

RESUMO: O trabalho faz uma análise do testamento cerrado a partir de sua origem e previsão legal, também aborda os elementos necessários para a validade do instituto bem como seus riscos e vantagens. Por fim analisa tal instituto em relação à disposição da vontade do testador ao optar por essa modalidade testamentária, bem como, sua viabilidade diante do avanço tecnológico.

PALAVRAS-CHAVE: Testamento Cerrado, Sigilo, Vulnerabilidade, Propriedade, Privacidade.

1. INTRODUÇÃO

O testamento cerrado é uma das modalidades de sucessão testamentária prevista no Código Civil Brasileiro e que apresenta algumas características peculiares em relação a sua validade.

O trabalho consistente em uma revisão bibliográfica pretende trazer uma visão geral em torno do instituto jurídico através da apresentação sintética de aspectos relacionados a sua previsão legal, entendimento doutrinário e jurisprudencial. Além disso, buscou-se discutir as peculiaridades da modalidade ampliando a discussão para compreender como a tecnologia pode auxiliar na minimização de sua vulnerabilidade.

Assim, após conceituar o testamento cerrado, analisa-se a sua vulnerabilidade que se coloca como um obstáculo ao respeito das disposições de última vontade do testador o que impacta diretamente nos direitos constitucionais à privacidade e a propriedade.

2 CONCEITO, PREVISÃO LEGAL E REQUISITOS DE VALIDADE

A doutrina conceitua o Testamento Cerrado, Místico ou Nunciação Implícita como “uma peculiar modalidade testamentária, escrita pelo próprio autor (ou por alguém, a seu pedido) e, por ele, assinada, com conteúdo absolutamente sigiloso” (Gagliano, 2017, p. 343).

Originado da tradição romano e lusitana, surgiu da necessidade que as pessoas tinham de testar em tempos de guerra quando o sucedido às portas da morte desejava fazer suas disposições

de última vontade, tal modelo testamentário, foi incorporado no Código Civil de 1916 em seus artigos 1638 e seguintes com a previsão de sua revogação no artigo 1749 (Simão, 2015). Em que pese raramente usada - segundo Farah (2014) apenas 1% dos testamentos feitos no Brasil se recobrem dessa forma legal - optou o legislador por manter a existência legal do testamento cerrado quando da elaboração da atual codificação civil em 2002 no artigo 1868 e seguintes.

A modalidade sigilada de testar apresenta requisitos peculiares de validade que em não sendo cumpridos fielmente tornam o documento absolutamente nulo (Tartuce, 2018). Tais pressupostos de validade encontram-se dispostos expressamente no artigo 1868 do Código Civil, a saber:

O testamento escrito pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo, e por aquele assinado, será válido se aprovado pelo tabelião ou seu substituto legal, observadas as seguintes formalidades:

- I - que o testador o entregue ao tabelião em presença de duas testemunhas;
- II - que o testador declare que aquele é o seu testamento e quer que seja aprovado;
- III - que o tabelião lavre, desde logo, o auto de aprovação, na presença de duas testemunhas e o leia, em seguida, ao testador e testemunhas;
- IV - que o auto de aprovação seja assinado pelo tabelião, pelas testemunhas e pelo testador.

O artigo 1869 da mesma lei adiciona que o tabelião deve começar o auto de aprovação imediatamente após a última palavra do testador. Gagliano (2017, p. 345) salienta que “a intenção é de que o testamento seja feito pelo próprio testador, manuscrito, aceitando-se a forma mecânica (datilografada ou digitada), desde que seja numerada e autenticada pelo próprio subscritor”, alerta, o autor, contudo que não se exige que seja dado conhecimento a terceiro ou mesmo ao tabelião acerca de seu conteúdo, uma vez que a lei não menciona a necessidade de que se proceda a leitura do documento e prossegue “as testemunhas também presenciam apenas a existência do testamento e o seu registro pelo tabelião, e não o seu conteúdo”. Também é importante a regra prevista no artigo 1801, I do Código Civil, que prevê que a pessoa que a rogo do testador escrever o documento, não poderá ser nomeado nem herdeiro, nem legatário.

É fato, contudo que a jurisprudência vem relativizando a efetiva necessidade de cumprimento de algumas das formalidades, nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“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 da existência de fato concreto, passível de colocar em dúvida a própria faculdade que tem o testador de livremente dispor acerca de seus bens, o que não se faz presente nos autos.” (STJ, Ac. unân. 3a T., REsp. 1.001.674/SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 5.10.10, DJe 15.10.10).

“Testamento cerrado. Auto de aprovação. Falta de assinatura do testador. Inexistindo qualquer impugnação à manifestação da vontade, com a efetiva entrega do documento ao oficial, tudo confirmado na presença das testemunhas numerárias, **a falta de assinatura do testador no auto de aprovação é irregularidade insuficiente para, na espécie, causar a invalidade do ato.** Art. 1.638 do Código Civil. Recurso não conhecido” (STJ, REsp 223.799/SP, 4.^a Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18.11.1999, DJ 17.12.1999, p. 379).

O posicionamento jurisprudencial influenciou o legislador na elaboração do Código de Processo Civil de 2015 ao ponto de em seu artigo 735 fixar a seguinte disposição legal: “Recebendo testamento cerrado, o juiz, se não achar vício externo que o torne suspeito de nulidade ou falsidade, o abrirá e mandará que o escrivão o leia em presença do apresentante”. Ou seja, se não ficar evidente a existência de nulidade ou falsidade, respeitar-se-á a vontade do testador, sendo este também o entendimento doutrinário (Gagliano, 2017).

2.1 Vantagens e Riscos

Como visto, a validade do testamento cerrado se condiciona ao preenchimento de determinados requisitos legais em virtude dos quais surgem vantagens e riscos na utilização do referido instituto. Entende a doutrina que é o sigilo em torno do conteúdo sua maior vantagem Farah (2014). Para Simão (2015) é esta razão pela qual a escolha pelo testamento cerrado se sobrepõe às modalidades ordinárias testamentárias, porque nem o Tabelião nem as testemunhas têm conhecimento de seu conteúdo. Gagliano (2017) ao analisar o artigo 1.864 do Código Civil salienta que o Cartório somente realiza o registro do testamento cerrado, ficando a guarda deste documento sob responsabilidade do próprio testador o que caracteriza ao menos em tese seu absoluto sigilo. Para Tartuce (2018) o artigo 735 do Código de Processo Civil prioriza o sigilo do testamento cerrado ao estabelecer que a análise do aspecto externo do testamento cerrado é fator determinante na identificação de nulidade ou falsidade. Assim, a garantia de que as cláusulas não estão anotadas em livro público permite maior liberdade de testar sendo este o diferencial em relação ao testamento público (Nader, 2016). Tartuce (2018) ainda destaca que o segredo traz como vantagem a preservação dos vínculos sociais, uma vez que afasta pessoas que eventualmente estariam com exclusivo interesse no patrimônio do testador.

Os riscos de violação, todavia fazem contraponto à vantagem do sigilo. Sobre tal aspecto, dispõe Paulo Nader (2016) que o testamento cerrado perde para o testamento público, pois se o instrumento for extraviado ou destruído, quando da abertura da sucessão, não haverá meios de se recuperar a declaração de última vontade do sucedido. Entendimento reforçado por (2015) ao ressaltar que a vulnerabilidade do testamento cerrado consiste na facilidade com que pode ser

revogado. Para Tartuce (2018) é esta a interpretação permitida pelo artigo 1.972 do Código Civil, caso o testamento seja aberto ou danificado pelo testador ou outro indivíduo, mesmo que com consentimento do testador, ocorrerá sua revogação tácita.

2.2 O respeito à última vontade do testador e a viabilidade do testamento cerrado

A vontade do testador está diretamente vinculada aos direitos fundamentais de privacidade e propriedade, constitucionalmente previstos no artigo 5, incisos X e XXII da Constituição Federal respectivamente. Quanto ao direito à propriedade, ele possui previsão infraconstitucional, no artigo 1.228, do Código Civil: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

Por serem direitos fundamentais devem ser objeto de proteção legislativa e jurídica máxima, assim, é importante destacar que o requisito de não violação é salutar para se respeitar a vontade do testador (Gagliano, 2017). Nesse sentido a jurisprudência:

A análise da regularidade da disposição de última vontade (testamento particular ou público) deve considerar a **máxima preservação do intuito do testador**, sendo certo que a constatação de vício formal, por si só, não deve ensejar a invalidação do ato, máxime se demonstrada a capacidade mental do testador, por ocasião do ato, para livremente dispor de seus bens. Precedentes do STJ. (STJ, Ac. unân. 4a T., REsp. 1.073.860/PR, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. 21.3.13, DJe 1.4.13).

3. ANÁLISES E DISCUSSÕES

Ao enfrentar o tema Testamento Cerrado e a sua viabilidade prática centrada no aspecto vulnerabilidade, Lôbo (2016, p.233), destaca que não existe exigência legal de que seja manuscrito, mas ressalta “o uso do computador, todavia, leva ao risco da quebra do sigilo, desejado pelo testador, em face de intrusão perpetrada por terceiros aos arquivos nele contidos”. Borges (2016, p.8) atenta às novas tecnologias apresenta a criptografia como solução para este problema, em seu entendimento, o emprego das novas tecnologias tem a capacidade de suprimir o maior problema ligado à validade dos testamentos cerrados, assim, defende a autora que:

Seria possível enviar para o tabelião um testamento cerrado através de documento digital, em que o conteúdo permanecesse oculto para o mesmo, pois, somente teria o tabelião o acesso ao conteúdo escrito digitalmente, caso possuísse chave para decodificar a criptografia contida no documento. Após receber o documento digital e codificado poderia o tabelião certificar o recebimento de documento e opor sua assinatura digital e armazenar o documento digital recebido em banco de dados próprio ou até mesmo em um banco de dados federal. (BORGES, 2016, p.10).

Entretanto, faz a ressalva de que não há previsão legal para a feitura de testamentos cerrados na modalidade exclusivamente digital, contudo, uma atualização legislativa ou de

entendimento fundamentada na Medida Provisória 2002/2 tornaria tal procedimento possível, uma vez que há documentos eletrônicos e físicos possuem o mesmo valor probatório. Nos termos expostos por Borges (2016), seria necessário existir um armazenamento seguro de forma que o conteúdo do documento permanecesse sigiloso, dessa forma tornar-se-ia possível trazer a segurança jurídica que embora imprescindível para a espécie se vê hoje prejudicada, conforme Farah (2014).

Tartuce (2018) corrobora com a necessidade de modernização a ponto de questionar a necessidade da judicialização do procedimento, sopesando que o Código de Processo Civil de 2015 perdeu a oportunidade de tornar o procedimento de abertura do testamento cerrado extrajudicial.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora a modalidade de sucessão testamentária seja pouco utilizada no país conforme faz questão de ressaltar toda a literatura consultada, é necessário que se discutam as peculiaridades do Testamento Cerrado visto que o seu maior problema é a facilidade com que pode ser invalidado.

Colocar novas tecnologias a serviço desta espécie de testamento parece ser a melhor saída para viabilizá-la de fato, pois se dificultariam violações acidentais ou mesmo aquelas derivadas de má-fé e assim o cidadão teria garantias de que seus direitos constitucionais de privacidade e propriedade formalizados em suas disposições finais de vontade fossem respeitados.

REFERÊNCIAS

BORGES, Liseux. Testamento cerrado: readaptado, refletido e redemocratizado na era digital. **Revista IBDFAM Famílias e Sucessões**, v.14, p. 117-138, Mar/Abr, 2016.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão de decisão que negou provimento ao agravo regimental. Recurso Especial nº 1.001.674. Maria Luiza Emmendoerfer e Vocações Sacerdotais da Congregação dos Padres do Sagrado Coração de Jesus- Seminário Corupá e Gerd Edagar Baumer, Ingo Lemcke e outros. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. 05/05/2011. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1001674&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>
Acesso em: 15 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão de decisão que não conheceu o recurso e não reconheceu a invalidade do testamento cerrado. Recurso Especial nº 223.799. Nelson Gasque Cardoso e Jose Gasque Ferreira. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. 17/12/1999. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=223799&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>.
Acesso em: 15 abr. 2019.

FARAH, Elias. Testamento Cerrado. Necessidade de novas regras legais. **Revista dos Tribunais**, vol. 33/2014 p. 45-53. Jan/Jun, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de direito civil v.7: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOBO, Paulo, 2016. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2016.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SIMÃO, José Fernando. **Do testamento cerrado e sua regulamentação**. Disponível em:
https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/101395/testamento_cerrado_regulamentacao_simao.pdf. Acesso em: 25 mar 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito das Sucessões v6: direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.