

Testamento nulo por inobservancia dos arts. 1.632, n. II e 1.634 do Código Civil — Praso de prescrição da ação de nulidade do testamento

Prof. DOLOR BARREIRA

I — Do testamento público de d. Antônia Maria de Jesús, que me foi apresentado, consta que a testadora fez, perante as cinco testemunhas aí mencionadas, as suas declarações de última vontade, as quais lhes foram lidas, e por elas convenientemente assinadas.

II — O referido testamento foi lavrado a 25 de julho de 1942 corrente; mas, logo no dia 31 do mesmo mês, uma das testemunhas instrumentárias, Francisco Antônio de Oliveira, em documento a mim também apresentado, declara o seguinte:

“Eu, Francisco Antônio de Oliveira, abaixo assinado, para os fins de direito, e na qualidade de uma das testemunhas *que não estiveram presentes ao acto e lavratura* da escritura de testamento de d. Antônia Ferreira da Silva, mais conhecida por Antônia Maria de Jesús, que por m’o ter pedido o sr. Colombo Tau-maturgo, 1.º tabelião interino deste termo, *assinei tal escritura de testamento na própria padaria* da qual sou empregado, de propriedade de meu pai, Raimundo Antônio de Oliveira, onde o citado oficial público compareceu *desacompanhado da testadora e*

das testemunhas instrumentárias, sobraçando um livro, sem que eu visse o mesmo escrever nele a referida escritura, que, com ceteza, fôra lavrada no seu próprio cartório, á revelia das partes, isto é, na ausência da testadora e das testemunhas a que venho de aludir”.

III — Quer-se saber se, tendo-se em vista o conteúdo do testamento e a transcrita declaração, está satisfeito o requisito do n. II do art. 1.632, do Código Civil, sendo, portanto, valido o testamento, ou, ao contrário, não o está, e é ele nulo.

Respondo: — O Código Civil brasileiro diz, no seu artigo 1.632:

“São requisitos *essenciais* do testamento público:

II — que as testemunhas assistam *a todo o acto*”.

Comentando êsse artigo, ensina Clóvis Bevilacqua:

“As testemunhas hão de assistir ao acto *do começo ao fim, sem interrupção, vendo, ouvindo e compreendendo o testador*, certificando-se de que a escritura contém, exatamente, a vontade por êle expressa”. (Cod. Civ. Com., vol. 6.^o, pág. 88).

Vide, no mesmo sentido, Itabaiana de Oliveira — Elementos de Direito das Sucessões, § 383, n. II, pág. 234 da 2.^a edição; Tito Prates, Sucessão Testamentária, n. 126, pág. 266; Carvalho dos Santos, Cód. Civ. Int., vol. XXIII, pág. 10.

Vide, ainda, Carlos Maximiliano, *in verbis*:

“Basta *uma* das testemunhas não estar presente quan-

do o acto começa, ausentar-se antes de todos subscreverem, *não assistir a uma parte*, ou deixar de assinar, *para o testamento ser nulo...* Como fiscais que são, impostos por lei, precisam estar presentes, *em corpo e espírito, atentas, do princípio ao fim, desde que o disponente inicia as suas declarações*, ou leitura em voz alta do esboço ou minuta, *até que se recolha a última assinatura*". (Direito das Sucessões, vol. 1.^o, n. 394, pág. 44).

IV — Ora, do testamento em apreço não consta, absolutamente, que as *cinco* testemunhas, que o assinaram, *tivessem assistido a todo o acto*, como a lei, segundo se viu, peremptoriamente, determina (Cód. Civ., art. 1.632, ns. I e II combinados).

Entretanto, "essa circunstância *deveria ficar certificada, pelo escrivão, no contexto do instrumento, para a sua validade*" (Ac. do Tribunal da Relação de Minas Gerais, de 14 de Junho de 1919, *in* Rev. de Dir., vol. 56, pág. 196). E o acordam do Tribunal de Alagoas, de 27 de janeiro de 1933, é ainda mais incisivo, decidindo:

"E' nulo o testamento, quando do respectivo instrumento não consta terem as testemunhas assistido a todo o acto, nem é especificada dita formalidade" (*in* Rev. de Jur. Bras., vol. 21, pág. 349).

V — E' certo que se diz, no testamento em questão, que as disposições foram feitas e o testamento foi lido perante as cinco testemunhas. Tal afirmativa, máxime tendo deixado o oficial de *especificar* (como adiante se mostrará) essa formalidade, contra o preceito imperativo do art. 1.634 do Código Civil, não autoriza, porém, a se concluir que, em verdade, *todo o acto, do seu começo ao seu fim, sem qualquer interrupção, tivesse sido assistido, em corpo e espírito*, pelas referidas cinco testemunhas.

Verdade é que o decreto do Tribunal de Palermo, de 7 de

agosto de 1885, decidiu que a menção de que o testamento público foi lido “*na presença CONTINUA das testemunhas*” demonstra que as testemunhas estiveram presentes, não só à leitura, *mas à formação do acto inteiro* (apud Cândido de Oliveira Filho, Prática Civil, vol. II, pág. 221).

Essa menção, porém, não foi sequer feita no testamento que analisamos.

VI — Admita-se, *ad argumentum*, que as supra indicadas declarações do oficial possam equivaler à afirmativa de que as cinco testemunhas instrumentárias assistiram *a todo o acto testamentário*.

Segue-se daí, porventura, que semelhante afirmativa seja indestrutível e se deva ter a formalidade por inatacavelmente observada? Por outros termos, segue-se daí que se não possa provar o contrário?

Não.

Em *parecer*, emitido a 30 de dezembro de 1933, doutrina Clóvis Bevilacqua:

“E’ nulo o testamento público em que as testemunhas não assistem a todo o acto (Cod. Civ., art. 1.632, II, combinado com o art. 1.634, paragrafo único).
.....

“*A falta de assistência das cinco testemunhas instrumentárias inquina de nulidade o testamento.*

“E’ certo que o tabelião tem fé pública e declarou que as testemunhas estiveram presentes a todo o acto (no caso de que se trata, como se viu, não existe essa declaração). MAS ESSA FÉ ATRIBUIDA ÀS DECLARAÇÕES DO OFICIAL PÚBLICO SE DESTROE.
.....

“Não se trata de formalidade cuja execução caiba ao tabelião e sim de formalidade que diz respeito às próprias testemunhas, cujo cumprimento lhes é imposto por lei. O testamento afirma que elas estiveram presentes a todo o acto, *mas elas, interrogadas, declaram o contrário. Provado que a verdade está com elas, falta ao testamento uma formalidade, sem a qual não pode subsistir.*

.....

“No caso presente, *houve falta, muito embora se mencionasse a formalidade como cumprida* (na hipótese vertente — não se perca de vista — nem essa menção foi feita, segundo se mostrou). *A menção da formalidade não sana sua falta, provando-se que se deu, como também o cumprimento da formalidade, se não mencionado, é tido por não existente*”. (Apud Carvalho dos Santos, Cod. Civ. Int., vol. XXIII, páginas 11 e 12).

Vide, igualmente, o parecer de Mendes Pimentel, de 15 de dezembro de 1933, apud Carvalho Santos, obra e loc. citados.

VII — Ora, interrogada, a testemunha instrumentária, Francisco Antônio de Oliveira, assevera, segundo se vê do documento apresentado, que não esteve presente ao acto e lavratura do testamento, tendo-o assinado, depois, na padaria, de que é empregado, a pedido do tabelião, que aí comparecera, acompanhado da testadora e das demais testemunhas.

Mantida, na acção de nulidade de testamento, que se possa propôr, a asseverativa dessa testemunha, certo que é, conforme acentua Mendes Pimentel, no citado parecer, “que nenhuma disposição legal existe vedando o acesso ao pretório da testemunha para confirmar ou *infirmar* o instrumento que subscre-

veu”, não pode haver dúvida de que se anulará o questionado testamento, por inobservância da formalidade *essencial* do n. II, do art. 1.632, do Código Civil, quando determina que *todas as cinco testemunhas* assistam a todo o acto.

O depoimento dessa testemunha — diga-se de passagem — só deixará de prevalecer, se se apurar irrecusavelmente a sua falsidade.

VIII — Dir-se-á que, no caso a respeito do qual se pronunciaram Clóvis Bevilacqua e Mendes Pimentel, quatro das testemunhas depuzeram em juízo que não assistiram à elaboração do testamento.

Isso, porém, em nada prejudica a valia da nossa conclusão, pois a falta de assistência por quatro como *apenas por uma* invalida o testamento, porquanto o que a lei exige *essencialmente* é que *todas as cinco assistam a todo acto* (Cód. Civ., artigo 1.632, n. II).

IX — Mas não é só.

O testamento de que se trata ainda é nulo, por inobservância do art. 1.634 do Código Civil. Mostremos.

Como se vê do contexto do testamento, o oficial público aí apenas declara: “Foram praticadas, acto continuo, todas as formalidades prescritas pelo art. 1.632, números I, II, III e IV e seu parágrafo único do Código Civil, de cujo cumprimento eu, tabelião interino, dou fé”.

Isso, todavia, não preenche, segundo a melhor doutrina e a mais bem orientada jurisprudência, o requisito do citado art. 1.634.

Vejamos.

E’ assim que dispõe este artigo:

“O oficial público, *especificando* cada uma dessas

formalidades, portará por fé, no testamento, haverem sido todas observadas”.

Pois bem: ensina Itabaiana de Oliveira:

“A simples menção de que foram cumpridas todas as formalidades prescritas na lei é *insuficiente*, por não darem a necessária garantia de terem sido todas cumpridas, *uma por uma*. Por isso a menção das formalidades deve ser positiva, isto é, *expressa e individual*, de modo a não deixar dúvida alguma sobre o cumprimento de qualquer das formalidades legais, sem desmentir o próprio acto. Assim o oficial público deverá *reproduzir*, na escritura testamentária, as formalidades exigidas na lei, encerrando o testamento com a declaração de que foram inteiramente cumpridas todas, o que portará por fé” (Elem. de Dir. das Suc., § 383, pág. 236).

Carlos Maximiliano, se possível, é ainda mais terminante, ao assim se expressar:

“O oficial portará por fé haverem sido cumpridas todas as formalidades impostas pelo Código Civil; *não é suficiente aludir às mesmas, de maneira global; HA DE ESPECIFICAR UMA POR UMA. Não basta consignar, por exemplo, que se cumpriram as disposições dos arts. 1.632 a 1.637;... é preciso mencioná-las cumpridamente, sem exceptuar um só, e declarar quaes as que foram rigorosamente satisfeitas*”.

E o notável civilista conclue por estes termos:

“A observância dos requisitos legais *ha de resultar de*

menção explícita; não de simples indução tirada do conjunto do acto” (Dir. das Suc., vol. I, n. 399, págs. 444 e 445).

Vide, no mesmo sentido, Cândido de Oliveira Filho, *Prática Civil*, vol. 11, págs. 246 e 247; Carvalho Santos, *Cód. Civ. Int.*, vol. XXIII, pág. 25.

Quanto à jurisprudência, *vide* acordams do Tribunal de Minas, de 11 de junho de 1919 (na *Rev. Forense*, vol. 32, pág. 156) e de 14 de outubro de 1922 (na mesma *Revista*, vol. 40, pág. 144).

Aliás, a falta de especificação, no final do testamento, relativamente à formalidade da assistência de todas as testemunhas a todo o acto, unida à circunsância, segundo se mostrou, de não autorizarem as palavras do tabelião, no corpo do mesmo testamento, a conclusão de que essa assistência, em tais condições, assim, de facto, se tenha verificado, dão á declaração da testemunha Francisco Antônio de Oliveira a mais irrecusável credibilidade.

Em resumo: o testamento em apreço afigura-se-nos nulo:

- a) por inobservância do art. 1.632, n. II, do Código Civil;
- b) por inobservância do art. 1.634 do mesmo código.

X — O consulente ainda quer saber em quanto tempo prescreve a acção de nulidade do testamento e de quanto deve ser contado o prazo prescricional.

Respondo: — A acção de nulidade de testamento prescreve em trinta anos.

E' o que ensina Clóvis Bevilacqua, com a sua conspícua autoridade:

“A acção de nulidade de testamento prescreve em *trinta anos* (Ord. 4, 97, pr.). E' transmissível aos herdeiros, podendo ser por eles exercida dentro desse prazo, ainda que não tenham dela usado os que a podiam propôr em primeiro lugar” (Dir. das Suc. 3.^a ed., pág. 354, not. 1).

Vide, no mesmo sentido, Itabaiana de Oliveira, obra cit. 2.^a ed., § 954, n. 2.^o, pág. 638.

Ferreira Alves, de seu lado, assim já ensinava:

“A acção de nulidade (de testamento) deve ser intentada, *sob pena de ficar prescrita, dentro do prazo de 30 anos* — Ord. liv. 4, tit. 97, pr.; Melo Freire, liv. 4.^o, tit. 23, § 20; C. Teles, D. das Acções, § 133, not. 272” — (Leis da Provedoria, vol. 1.^o, § 326, página 344).

Esse prazo deve contar-se, no meu entender, da morte de d. Antônio Maria de Jesús.

E' que, só sendo o testamento acto definitivo *depois da morte do testador*, quando sòmente é exequível (Carlos Maximiliano, obra cit., vol. 1.^o, §292, pág. 353), evidente se torna que, só então, poderia a acção ter sido proposta. E é esse o critério genericamente adotado pelo Código Civil (art. 177).

E' o meu parecer. S. M. J.

Fortaleza, 22 de agosto de 1942.