



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

**A PUBLICIDADE TESTAMENTÁRIA: A NECESSIDADE DE
RESTRIÇÃO ENQUANTO VIVO O TESTADOR**

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Yuri Amorim da Cunha

Orientadora: Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas

Coorientadora: Professora Mestre Ana Sofia Silva

Número do Candidato: 20151569

Março de 2019

Lisboa

A todos aqueles que torceram e contribuíram com a minha formação e meus caminhos.

AGRADECIMENTOS

À Professora Mestre Ana Sofia Silva.

À Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas.

Aos meus pais e irmão.

Aos docentes que tive em minha vida.

RESUMO

O testamento como instrumento de satisfação de última vontade do testador tem relevante importância no âmbito patrimonial e pessoal, sendo sua utilização manejada por pessoas que pretendem a concretização dos seus desejos e identificar o destino dos seus bens. Com isto dizer que muitos aspectos sensíveis são descritos no documento e por vezes vão ao encontro dos ensejos de terceiros e até dos próprios beneficiários, além de conter informações que podem ser relevantes para eles, de cunho personalíssimo ou patrimonial. Por outro lado, o direito à privacidade do autor do testamento encontra guarida em sede constitucional. Para a adequada compreensão da possibilidade ou não da publicidade do instrumento enquanto vivo o testador, propõe-se o presente trabalho a verificar junto a princípios que regem o ordenamento jurídico quanto ao tema, conjuntamente com as regras, a viabilidade da pretensão de terceiros que requeiram a expedição de certidão do documento, para tanto, houve um estudo sobre a função pública do notário e uma (re)leitura do instituto da interpretação conforme à constituição.

Palavras-chave: Testamento. Publicidade. Princípios. Notários.

ABSTRACT

The testament as an instrument of satisfaction of last will of the testator has relevant importance in the patrimonial and personal scope, being its use managed by people who want the attendance of their desires and the destination of their patrimony. It is hard to say that many sensitive aspects are described in the document and sometimes go against the opportunities of third parties and even the beneficiaries themselves, as well contains information that may be relevant to them, of a very personal or patrimonial subject. On the other side, the right to privacy of the author of the testament is protected by constitutional status. For the adequate understanding of the possibility or not of the publicity of the instrument, while the testator is alive, the present work is proposed to check with the principles that govern the legal order regarding the subject, together with the rules, the viability of the concession to third parties that require the issuance of the certificate of the document, there was a study on the public function of the notary and a (new)reading of the institute of Interpretation in harmony with the Constitution to answer the question.

Keywords: Testament. Publicity. Principles. Notaries.

ÍNDICE

Introdução.....	7
1. Princípios	12
1.1. Conceito	12
1.2. Finalidade	12
1.3. Previsão na Constituição	13
1.4. Aplicabilidade	16
2. Sucessão	17
2.1. Capacidade para testar	22
2.2. Legitimidade para ser herdeiro ou legatário	23
2.3. Fideicomisso.....	27
2.4. Testamento	30
2.4.1. Breve histórico	30
2.4.2. Testamento público	41
2.4.3. Testamento cerrado	42
2.4.4. Testamento particular	44
3. Serviço notarial	46
3.1. Breve histórico	46
3.2. Conceito	47
3.3. Natureza jurídica	53
3.4. Finalidades	57
3.5. Certidão	64
3.5.1. Definição	66
3.5.2. Finalidade	66
3.5.3. Expedição	67
4. Interpretação conforme à Constituição.....	79
4.1. Definição	79
4.2. Utilização	80
4.2.1. Supremo Tribunal Federal.....	80
4.2.2. Tribunais de Justiça	81
4.2.3. Poder legislativo	82
4.2.4. Poder executivo	83
4.2.5. Órgãos administrativos.....	83
Conclusão	93
Referências	102

Introdução

A presente tese de mestrado tem por tema “A Publicidade Testamentária: A necessidade de restrição enquanto vivo o testador”, significa o estudo sobre o acesso ao conhecimento das informações do instrumento em que contido o testamento, sobretudo o público, por terceiros, na hipótese de estar vivo o seu autor.

A questão se impõe porque no Brasil, diversamente de Portugal e outros países da cultura do *civil law*, inexistente lei expressa que aprofunde este assunto, apenas atos normativos de algumas das Corregedorias Gerais da Justiça dos Tribunais de Justiça brasileiros que são encarregados de fiscalizar e orientar a atividade notarial no país.

Nesse sentido, há também entendimento sobre o Provimento n. 35 do Conselho Nacional de Justiça sobre a central de atos notariais em âmbito eletrônico, que inclui parte da sua redação sobre a permissibilidade de conceder a informação sobre a existência de testamento a determinados atores e em situações especiais enquanto vivo o testador, e que alguns Notários se utilizam para negar os pedidos de certidões em seus serviços notariais.

Essa falta de lei em sentido estrito, expressa, e especialmente para tratar do assunto, acarreta problemas de ordem interpretativa e mesmo legais, sendo uma das problemáticas a ser solucionadas, ou ao menos contando com proposta(s) de resolução ao final deste trabalho que se utilizará do método de pesquisa bibliográfico e dedutivo.

Para sanar esse embaraço e outros, esta tese de mestrado contará com quatro capítulos: o primeiro relativo aos princípios que visam otimizar a interpretação do operador do direito na aplicação da norma ao fato concreto, ou mesmo, repelindo-a; o segundo diz respeito ao direito das sucessões, com seus institutos de maior importância para o estudo do tema ora retratado; o terceiro, envolve lições sobre o serviço notarial, demonstrando de forma pontual as atribuições do notário, significativo profissional do direito que é o principal ator de confiança na lavratura de testamentos pelos testadores, e ainda; a técnica utilizada no âmbito jurisdicional da interpretação conforme à constituição, técnica esta de maior relevância para a devida exegese de textos normativos, implicando-lhes a possibilidade de constitucionalidade quando tiverem sentidos polissêmicos, e desses puder se extrair um compatível com o texto constitucional e sem alterar a vontade do legislador.

Assim, no primeiro capítulo serão apresentados o conceito de princípios, rememorando-o, a finalidade que os torna tão fundamentais para compreender o sentido e alcance de determinada norma, a previsão dos que são diretamente ligados a solução principiológica da problemática principal aqui tratada e que têm menção no texto da

Constituição, tais como publicidade, privacidade, intimidade e propriedade privada, e a sua aplicabilidade.

Nesse sentido, a publicidade será encarada ao longo do trabalho do ponto de vista pessoal dos interessados e do testador, bem como na seara do notário. Ao passo que o será na do testador, a privacidade e intimidade, ainda que com consequências indiretas a outras pessoas. Já quanto à propriedade privada, será trabalhada em uma frente global, porém, com foco no interessado em conhecer as diretrizes testamentárias. Como se verá, tais princípios são indissociáveis das situações propostas, que poderão ser resolvidas com a sua atenção.

O capítulo atinente à sucessão, que será abordada de uma forma genérica, é dedicado ainda ao tratamento de alguns institutos pontuais como o fideicomisso, e um pouco mais detidamente com relação ao testamento, que terá uma explanação em linhas gerais, já que objeto do estudo deste trabalho, sendo feita menção a períodos históricos do seu desenvolvimento, tratadas das suas espécies ordinárias brasileiras, quais sejam: o público, cerrado e particular, sendo que este último não possui correspondência na codificação privada portuguesa.

Para, por conseguinte, tratar-se da capacidade, ou legitimidade conforme o entendimento, de ser o autor da deixa pós-morte, tanto do ponto de vista mental quanto etário, recordando-se que em razão da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei Federal n. 13.146, de 06 de julho de 2015, a parte geral das capacidades no Código Civil Brasileiro sofreu alterações expressivas, remodelando-se o modelo até então existente.

E no campo do testamento, além disso, na qualidade de receptores das benesses ou incumbências descritas no testamento, terá um olhar sobre a qualidade de herdeiros ou legatários e até os reflexos de tal qualidade para fins de publicidade testamentária ou não enquanto vivo o testador.

No terceiro capítulo será tratado sobre o serviço notarial, ou seja, a atividade desempenhada pelo profissional do direito conhecido como notário, pessoa em colaboração com o Estado que tem por finalidade a promoção da segurança jurídica dinâmica, e consequentemente da paz social enquanto prestador de assessoria aos interessados de forma imparcial sobre os fatos, atos e negócios jurídicos que pretendem formalizar juridicamente.

De modo que, será exposta relevância desse profissional desde os tempos mais remotos, seu surgimento em civilizações antigas que iniciaram um processo social que tornara as sociedades mais complexas, em que era necessária a intervenção de um terceiro que contasse com a confiança delas para concretização de atos civis e comerciais.

Será lembrada a conceituação de tal, posto que apesar de antiga profissão, muitas pessoas desconhecem o verdadeiro sentido do mesmo, compreendendo-o muitas vezes como mero burocrata, e para se distanciar dessa falsa premissa, será feita uma análise da sua natureza jurídica. Esta que é *sui generis* e não encontra paradigma quando se trata de pessoas singulares, afinal, a função é pública e o exercício dela é privado.

As finalidades são retratadas tendo em vista que o notário é pessoa que tem a competência fixada pela legislação tanto brasileira quanto lusitana para a elaboração do testamento público, a forma mais utilizada para instrumentalizar a vontade de pessoas que querem deixar delineados os seus desejos pós-morte, tanto de cunho patrimonial, como também de desejos pessoais.

E esses propósitos estão diretamente vinculados a princípios que o notariado do tipo latino, adotado tanto no Brasil quanto em Portugal, têm que se ater, mostrando-se verdadeiro agente promovedor de atos existentes e válidos ante a necessidade de observância das prescrições legais e o tratamento igualitário que tem de dar aos usuários de seu serviço.

Nesse sentido, será feita uma incursão no instrumento que possibilita o conhecimento da sua arte, da ciência do seu trabalho, que é por meio das certidões expedidas dos seus livros e arquivos, cuja tendência é ser digital ante o avanço tecnológico que se tem experimentado nos últimos anos.

Assim a definição desse certificado de informações revestido de fé pública em decorrência de ser pessoa de confiança do Estado, mostra-se salutar para a compreensão da sua finalidade que é basicamente de possibilitar a terceiros interessados ter sabedoria das informações constantes de seus atos notariais, em que terceiros, senão as próprias partes o procuram e requerem a expedição da mesma.

Todavia, atentando-se aos princípios da intimidade e privacidade, e eventualmente de lei ou mesmo de ato normativo proibindo a emissão desse documento, será respondida ou cotejada hipóteses sobre a possibilidade ou não do fornecimento dela de tal modo que a expedição pode ser restringida ou não a determinada pessoa ou pessoas.

A competência para emissão do documento e de aferir a sua viabilidade, correção e oportunidade é do notário que tem em suas notas o instrumento lavrado, ainda que em outra época e perante outro notário tenha sido o testamento público lavrado naquela notaria, bem como outras espécies de atos notarias, diante disso, a sua constante atualização técnico-científica como será apresentado se mostra importante.

Tanto que, deverá conforme a legislação em vigor proceder a identificação dos legitimados a requerer / requisitar a ciência da existência de testamento público ou a

aprovação de testamento cerrado quando a solicitação constar da Central Eletrônica de Serviços Notariais Compartilhados, instituída pelo Provimento n. 18, de 28 de agosto de 2012. Ou ainda, na eventual hipótese de alteração da legislação corrente, ou se seguir as normas administrativas expedidas pelas Corregedorias Gerais da Justiça que assim regulamentaram, mitigar quem possa ter acesso ao próprio instrumento, tendo também a opção, se assim entender, de se valer de princípios constitucionais para restringir o círculo de legitimados a requerer a certidão do testamento, como se estudará. Levando-se em consideração que o Brasil, diversamente de Portugal, não tem lei específica tratando do assunto.

Além disso, haverá incursão sobre o prazo e momento para se requerer dito documento, que embora o prazo de praxe seja de cinco dias, ante os meios tecnológicos terem avançado e as serventias notariais estarem acompanhando ao menos em parte essa evolução, tem sido mais célere na prática. Além do que, haverá uma análise para a possibilidade ou não de expedição da certidão para casos excepcionais, e para isso e para que se possa contribuir para um estudo, serão analisados contextos e sua adequação a constitucionalidade e legalidade do pedido.

O último capítulo, a sua banda, abordará a técnica da interpretação conforme à Constituição, citando brevemente seu histórico, em especial os lugares do seu provável surgimento, haverá também uma definição acerca do instituto interpretativo, utilizado para dar guarida constitucional a dispositivos legais que de acordo com o sentido adotado poderá ser tido por constitucional, inexistindo a margem para sua declaração de inconstitucionalidade.

Assim, para fins de se descobrir a possibilidade ou não da interpretação conforme à Constituição, é necessário o seu estudo para verificar a hipótese de aplicação do mesmo para solucionar a questão da viabilidade de emissão de certidão de testamento enquanto esteja vivo o testador.

Afinal, o uso da técnica é hodiernamente adotada por Tribunais Constitucionais em vários países, também sendo possível que tal técnica seja utilizada por Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal sobretudo para o controle de constitucionalidade das normas da sua competência, embora o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça em território brasileiro tenham dado maior aplicabilidade da técnica, mesmo porque órgãos que recebem uma enorme carga de recursos de todo o Brasil em razão das suas competências.

Além disso, haverá averiguação das possibilidades de utilização das decisões da interpretação conforme na própria atividade principal dos órgãos legislativos e executivos quando da análise de projetos de leis, como no caso dos primeiros, e na execução da atividade

administrativa no caso dos segundos da técnica, a menos amparados por decisões em processos com efeito *inter partes* que seus órgãos consultores jurídicos emprestem para as situações congêneres referida interpretação evitando a subsunção de forma inconstitucional.

E o mesmo se diga com relação aos órgãos administrativos, e apesar dos serviços notariais serem taxados no Brasil como atividade *sui generis*, a sua essência de função pública é eminentemente administrativa, daí porque saber se existe a possibilidade de utilização da técnica conforme a constituição.

E não só, posto que ante a referida técnica ter sido idealizada e desenvolvida pela doutrina no âmbito judicial, há de se responder se é possível adaptá-la aos órgãos administrativos, dentre eles o ofício do Notário, se isso é dispensável ou se se trata de uma confusão, tendo em vista que a técnica em tese é inaplicável a seara administrativa, além da do que pode ou não existir o entendimento que basta a devida utilização da hermenêutica jurídica para afastar interpretações “inconstitucionais”.

Dessa forma, serão feitas as aludidas análises na conclusão a fim de responder a principal celeuma proposto, que é o da possibilidade ou não de se conceder a publicidade testamentária enquanto vivo o testador.

1. Princípios

1.1. Conceito

O direito na era contemporânea rege-se por normas, que são regras e princípios, e de acordo com J. J. Gomes Canotilho “O **direito** compreende-se como um *meio de ordenação* racional e vinculativa de uma comunidade organizada e, para cumprir esta função ordenadora, o direito estabelece *regras e medidas*, prescreve *formas e procedimentos* e cria *instituições*”.¹

Para a finalidade de ordenação e bom convívio social, finalidade do direito, trata-se da necessidade ou não da restrição da publicidade do instrumento do testamento, enquanto vivo o testador, em Portugal tem-se por lei que apenas este pode solicitar certidão do testamento depositado junto ao Registo competente, ao passo que no Brasil por normativa também é vedada tal expedição a qualquer pessoa, salvo por requisição judicial ou do *Parquet* e ainda quando solicitada pelo próprio testador.

A questão que se impõe é saber se os princípios que “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”² contribuem para esclarecer se a posição adotada é a que melhor atende as necessidades da sociedade e se há a possibilidade de otimizar, ainda, as regras hoje existentes. Afinal, pode existir direito de terceiros em conhecer o património do testador para satisfazer obrigações contraídas por ele e que são de difícil satisfação pelos meios ordinários.

Lembra-se que a matriz dos ordenamentos constitucionais português e brasileiro repousa sob o princípio da dignidade da pessoa, cujo sentido desta última já tinha a seguinte leitura por São Tomás de Aquino, influenciado por Aristóteles, “a dignidade do homem advém do fato de ele ser imagem de Deus”.³

1.2. Finalidade

Destaca-se que dentre as funções dos princípios está que para os positivistas “são constituídos em fonte de integração das lacunas da lei ou como fonte supletória da falta de normas para resolver os conflitos jurídicos”.⁴

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5.

² Robert Alexy *apud* JUSTEN FILHO, Marçal – **Curso de Direito Administrativo**. 5.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51. ISBN 978-85-02-08635-7.

³ Santo Tomás de Aquino *apud* GUERRA, Sidney – **Direitos Humanos: Curso Elementar**. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 51-52. ISBN 978-85-02-62622-5.

⁴ LOUREIRO, Luiz Guilherme – **Manual de Direito Notarial: da Atividade e dos Documentos Notariais**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 127. ISBN 978-85-442-0575-4.

No caso de Portugal, onde existe lei formal regulando a situação da publicidade do teor do testamento, se mostra ao menos no âmbito administrativo, inviável a obtenção de certidão do testamento, entretanto, sob o prisma do direito brasileiro em que há apenas provimento do Conselho Nacional de Justiça a respeito da vedação de certidão informando a existência ou não da informação de testamento público ou aprovação de testamento cerrado, portanto, de regra de caráter administrativo para fins de regulação da Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados, tem-se a possibilidade de em tese ser feito o requerimento para a obtenção da certidão na própria Notaria, salvo se o Notário entender por aplicar por analogia a vedação do Provimento n.º 18, de 28 de agosto de 2012.

No Estado de São Paulo, todavia, existe a possibilidade de o interessado requerer ao juiz corregedor permanente do Notário que recusou a emissão da certidão, tal expedição, conquanto demonstre justo interesse [item 152 das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo].⁵

1.3. Previsão na Constituição

Tal celeuma deve ser analisada sob o manto dos princípios da publicidade, privacidade, intimidade e propriedade privada.

A maioria dispostos no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, que está inserido no título II que trata dos direitos e garantias fundamentais e insertos no capítulo de direitos e deveres individuais e coletivos, tamanha as respectivas relevâncias, como se apercebe:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Inciso X: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

A publicidade, a seu turno, é corolário dos serviços e funções públicos, consubstanciando-se as notariais em funções públicas conferidas no Brasil a particulares em

⁵ CORREGEDORIA Geral da Justiça do Tribunal de Justiça de São Paulo – Provimento nº 58/89: Normas de Serviço: Cartórios Extrajudiciais: Tomo II. São Paulo: Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, 2017 [Em linha]. [Consult. 07 Mai. 2017]. Disponível em <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=108260>.

colaboração com o Poder Público, ante o que dispõe o *caput* do art. 236, da Constituição Federal brasileira.

Logo, irradia-se para esta atividade no âmbito da Constituição, os princípios concernentes à administração pública estampados no art. 37: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, **publicidade** e eficiência e, também, ao seguinte [...]”.

Destaca-se que conforme Michele Natale citada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro que em Estados Democráticos [como é o caso brasileiro] as decisões políticas via de regra são públicas, com exceção das que reflitam no campo da segurança pública enquanto não cessar o perigo.⁶

Nesse mesmo sentido, a princípio são os atos judiciais e os atos administrativos, pois adverte Bobbio quanto a sistemas jurídicos democráticos “o caráter público é a regra, o segredo a exceção”.⁷

Quanto ao tema da publicidade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro o desenvolve com base no princípio da transparência, que para a qual trata-se de princípio maior em que o da publicidade está inserido, e ensina:

“tem-se a impressão de que a publicidade é um princípio mais amplo, no qual se insere a transparência. Na realidade, a idéia de transparência é mais ampla do que a de publicidade. A transparência também não é sinônimo de publicidade. Ela tem um sentido muito mais amplo, porque abrange os princípios da publicidade, da motivação, da participação, do devido processo legal; nela se insere o direito à informação, o direito à obtenção de certidão, o direito de acesso ao processo”.⁸

Defende aludida autora que “sendo a publicidade um princípio de natureza constitucional, o sigilo somente é possível nas hipóteses previstas na Constituição. A lei

⁶ NATALE, Michele *apud* PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di – Alcance do Princípio da Publicidade das Funções Públicas: Transparência e Sigilo. In MORAES, Alexandre, coord. - **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009. 202 p. ISBN 978-85-224-5293-4. Cap. 10, p. 201-215.

⁷ Bobbio, Norberto *apud* PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di – Alcance do Princípio da Publicidade das Funções Públicas: Transparência e Sigilo. In MORAES, Alexandre, coord. - **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009. 202 p. ISBN 978-85-224-5293-4. Cap. 10, p. 201-215.

⁸ NATALE, Michele *apud* PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di – Alcance do Princípio da Publicidade das Funções Públicas: Transparência e Sigilo. In MORAES, Alexandre, coord. - **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009. 202 p. ISBN 978-85-224-5293-4. Cap. 10, p. 201-215.

infraconstitucional não pode prever hipóteses novas de sigilo, mas apenas disciplinar o sigilo previsto na Constituição”.⁹

Assim, a análise do texto constitucional é essencial para aferição da possibilidade ou não da publicidade testamentária, devendo a interpretação recair sobretudo no inciso X do art. 5º, onde consta “são invioláveis a intimidade, a vida privada [...]”.

Além disso, a concepção mais moderna da doutrina brasileira no campo do estudo do direito administrativo sobre o princípio da publicidade fazer parte do princípio da transparência tem implicações no estudo do direito notarial, tendo em vista que o Tabelião, ou Notário, é particular em colaboração com o Estado no exercício de uma função pública, como visto.

Isso ocorre porque o princípio da transparência é mais amplo do que o da publicidade, porquanto abrange não apenas a publicidade em si, mas o devido processo, o direito de petição, dentre outros, tendo o doutrinador Wallace Paiva Martins Júnior, inclusive, reputado este como verdadeiro princípio em detrimento do princípio da publicidade, para quem este é em realidade, subprincípio.¹⁰

No que se refere ao princípio da propriedade privada, este está previsto no título VII que dispõe sobre a ordem econômica e financeira, cujo capítulo I no qual está inserido prevê os princípios gerais da atividade econômica.

Logo, colaciona-se o teor a respeito do mesmo que consta do art. 170 “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: II – propriedade privada; III – função social da propriedade privada”.

Assim, a análise que passamos a fazer, inicia-se pela propriedade, cujo conceito da palavra em si é “*a relação entre uma pessoa e um objecto de modo a permitir a esta pessoa e a proibir a qualquer outra o livre uso e a posse do objecto, sem violação das leis e da justiça e da equidade moral*”.¹¹

⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di – Alcance do Princípio da Publicidade das Funções Públicas: Transparência e Sigilo. In MORAES, Alexandre, coord. - **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009. 204 p. ISBN 978-85-224-5293-4. Cap. 10, p. 201-215.

¹⁰ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva *apud* PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di – Alcance do Princípio da Publicidade das Funções Públicas: Transparência e Sigilo. In MORAES, Alexandre, coord. - **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009. 203 p. ISBN 978-85-224-5293-4. Cap. 10, p. 201-215.

¹¹ HUME, David – **Tratado da Natureza Humana**. Trad. Serafim da Silva Fontes. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016. 365 p. Título original: *A Treatise of Human Nature*. ISBN 978-972-31-0936-8.

No que tange ao princípio económico da propriedade privada ele se delineia como a qualidade de determinada pessoa, seja ela singular ou coletiva de apreender juridicamente determinado bem sob seu domínio, considerando-se titular do mesmo.

A luz de que, a função social da propriedade privada se revela como a caracterização do uso dela conforme os anseios da sociedade, imprimindo-se um uso consciente de acordo com as normas ambientais, trabalhistas, tributárias, dentre outras, em especial na sua utilização no âmbito habitacional ou de geração de riquezas [no viés económico].

1.4. Aplicabilidade

A aplicabilidade dos princípios como visto decorre do fato de serem comandos de otimização do ordenamento jurídico, e como observado, disporem de núcleos fundamentais da ciência jurídica para a promoção do bem comum, finalidade do direito, e ainda sob a égide da tradicional teoria da tripartição de poderes, em que os poderes executivo, legislativo e judiciário possuem funções típicas, a sua observância se mostra razoável, senão essencial para solucionar a lacuna legal existente no Brasil a respeito da impossibilidade ou possibilidade de expedição de certidão de testamento enquanto vivo o testador.

Não apenas os princípios são utilizados para colmatar lacunas, como a analogia e os costumes,¹² sendo também parte da política legislativa e judiciária o estudo de ordenamentos jurídicos alienígenas importando soluções estrangeiras na sua forma genuína ou implementando alterações para o contexto nacional.

Ademais, na situação brasileira em que existe uma forte atuação institucional por parte do Conselho Nacional de Justiça, órgão que compõe o Poder Judiciário brasileiro [art. 92, inciso I-A, da Constituição Federal], há de se verificar com base nos princípios constitucionais a constitucionalidade e legalidade da sua atuação, tendo em vista sua incumbência de órgão fiscalizador e regulatório, que parece algumas vezes exceder tais competências e centralizar na competência do Poder Legislativo quando da regulamentação de matérias notariais e registrais, entre outras.

Diante dessa celeuma, a visão do Supremo Tribunal Federal, é a de que referido órgão possui competência para editar normas, porquanto sua competência é para editar atos normativos primários, ou seja, sua competência legislativa decorre do art. 103-B, §4º, da Constituição Federal, como decidido na ação declaratória de constitucionalidade n. 12¹³.

¹² Art. 4 do Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942.

¹³ BRITTO, Carlos relat. – Acórdão do Supremo Tribunal Federal no processo ADC 12 MC, de 16 de fevereiro de 2006.

2. Sucessão

A designação sucessão pode ter diversos sentidos conforme a situação a ser utilizada, para o fim deste trabalho, qual seja, no panorama jurídico, genericamente corresponde a alteração da titularidade de determinado bem jurídico.

Há, desta forma, que em sentido amplo ela pode ocorrer em vida pela doação ou *post mortem*, neste caso em decorrência do princípio da *saisine*, para Rita Lobo Xavier, tem-se que “A realidade é hoje a de que a sucessão representa primariamente uma transmissão de valores patrimoniais, a sucessão está centrada na necessidade de <<reutilização>> dos bens”.¹⁴

Isso se explica além de outros motivos, pela necessidade do Estado de garantir as pessoas património para lhe manter em funcionamento e continuar a consecução da finalidade para o qual foi criado, se toda pessoa que falecesse deixasse os bens para ele, não haveria sustentabilidade no sistema económico adoptado pela grande parte das nações, o capitalismo, mesmo porque inviável a manutenção de um corpo de profissionais mantidos pelo Estado para cuidar da identificação dos óbitos e a formalização da alteração de titularidade para este.

Tampouco seria viável se todos os bens fossem revertidos a *res nullius*, o que acarretaria um caos social na hipotética possibilidade de apreensão por qualquer indivíduo dos bens do moribundo, bem como na deterioração do património [apesar de acontecer esporadicamente tal situação] de pessoa falecida que não teve sua morte observada.

A morte, por sua vez, é o termo inicial da sucessão, a qual pode ter vários sentidos, sendo que no jurídico extingue os direitos de personalidade.

Como bem observa António Menezes Cordeiro

“Todos os seres vivos têm uma duração limitada. Ao longo de mais de três bilhões de anos de evolução, nunca a vida terrestre produziu seres com períodos ilimitados de vida ou, sequer, muito alongados: o prolongamento da vida iria prejudicar os seres mais jovens, impedindo ou dificultando a sobrevivência da espécie. Noutros termos: as espécies mais capazes são as que têm um ciclo reprodutivo eficaz, o que logo põe em crise aquelas cujos indivíduos perduram, no tempo”.¹⁵

Carla Modina Ferrari e Vitor Frederico Kümpel lembram que “A morte como evento biológico, é objeto de estudo pela medicina propriamente pela tanatologia – o estudo

¹⁴ XAVIER, Rita Lobo – **Planeamento Sucessório e Transmissão do Património à margem do Direito das Sucessões**. Porto: Universidade Católica Editora Porto, 2016, p. 26. ISBN 978-989-8835-08-6.

¹⁵ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil IV: Parte Geral: Pessoas**. 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 511. ISBN 978-972-40-6804-6.

científico da morte”.¹⁶ Para a tanatologia a morte é “um processo longo e graduado em etapas”.¹⁷

Em face da complexidade que envolve o tema, referidos autores destacam no panorama brasileiro o momento considerado morte pelo legislador para fins de transplante de órgãos, e com isso propiciar segurança jurídica a equipe médica, evitando que a mesma seja responsabilizada criminalmente:

“No âmbito jurídico-penal, o critério para aferição do momento da morte é fixada pelo art. 3º da Lei nº 9.434/1997, para qual o óbito é determinado pela extinção das funções encefálicas, cujo procedimento de detecção está previsto na Resolução nº 1.480/1997 do Conselho Federal de Medicina. Muito embora haja muita confusão sobre o assunto, o direito civil não considera morte o exato momento da cessação da função cerebral. O direito penal só criou essa ficção jurídica para que não ocorresse a deterioração dos órgãos, propiciando a necessária retirada do corpo do sujeito, a fim de ser transplantado no beneficiário. O direito civil, porém, entende que existem três funções vitais: respiratória, circulatória e cerebral. Só é possível falar em morte no exato momento em que cessa a última das três funções vitais da pessoa”.¹⁸

Assim, “o Direito apela à Medicina, embora tenha de valorar a resposta desta”.¹⁹ Ao explicar o referido facto jurídico, António Menezes Cordeiro afirma o seguinte:

“Tradicionalmente, a morte natural era associada à paragem do coração. Podia, contudo, suceder que a paragem cardíaca não fosse definitiva ou que se mantivessem batimentos imperceptíveis. A morte passou assim, a ser determinada pela cessação da função respiratória ou pelo desaparecimento dos reflexos oculares”.²⁰

Essa exposição do Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa perdurou, como o próprio autor cita, até o problema que surgiu com os transplantes, cuja solução no direito brasileiro, já foi mencionada, tendo o ilustre António Cordeiro Menezes reconhecido que as inúmeras funções vitais do organismo não acabam no mesmo momento, e que, o cérebro é o órgão diretriz da pessoa, em decorrência de dá-la a consciência e a inteligência, logo,

¹⁶ FERRARI, Carla Modina; KÜMPEL, Vitor Frederico – **Tratado Notarial e Registral vol. II**. São Paulo: YK Editora, 2017, p. 124. ISBN 978-85-68215-13-5.

¹⁷ *Ibidem*, p. 124.

¹⁸ *Ibidem*, p. 124.

¹⁹ CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de Direito Civil IV: Parte Geral: Pessoas**. 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 513. ISBN 978-972-40-6804-6.

²⁰ *Ibidem*, p. 513.

inutilizado este, inutilizada fica a pessoa, embora outros órgãos perdurem “em vida” por mais tempo e podendo ser transplantados.²¹

Em razão da celeuma, em Portugal foi editada a Lei n.º 141/99, de 28 de agosto que em seu artigo 2º delimitou o momento do fato jurídico “A morte corresponde à cessação irreversível das funções do tronco cerebral”.

E face a relevância médica na detecção da morte, provavelmente diante dos avanços tecnológicos, o diploma legal no artigo 3.º/11 estabeleceu que compete “à Ordem dos Médicos definir, manter atualizados e divulgar os critérios médicos, técnicos e científicos de verificação da morte”.²²

Portanto, a sucessão é conjecturada para atender a finalidade de satisfação humana, de utilizar-se dos bens para a promoção da sua vida no âmbito pessoal e económico, fatores que induzem as pessoas a amealharem património a fim de deixar seus descendentes em uma situação estável ou propiciá-los condições para experimentar um novo patamar socioeconómico. E ao Estado, que angaria em forma de impostos parcela desse património.

Por isso “o Direito, embora respeitando a memória dos falecidos, acata a morte como um dado definitivo, regulando, todavia, as situações patrimoniais, de modo a subsistirem sem sobressalto”.²³

David Hume ao tratar da propriedade e da riqueza em sua obra *Tratado da Natureza Humana* professa que “a mais estreita, e que de entre todas as outras mais comumente [sic] produz a paixão e o orgulho e [sic] a da *propriedade*”.²⁴

A previsão da sucessão por causa da morte é acolhida na ampla maioria dos ordenamentos jurídicos contemporâneos em razão da adoção do sistema capitalista, além do que dito alhures. Esse instituto está vinculado intimamente com o direito à propriedade privada estabelecido pela Constituição da República Portuguesa no art. 62.º, n. 1, o qual prevê, inclusive de forma expressa a tutela da transmissão por morte: “A todos é garantido à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição.”, tendo disposição que a respalda.

De igual norte existe menção na Constituição da República Federativa do Brasil que destaca no art. 170 “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na

²¹ *Ibidem*, p. 513-514.

²² *Ibidem*, p. 514.

²³ *Ibidem*, p. 512.

²⁴ HUME, David – **Tratado da Natureza Humana**. 4.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 365. Título original: *A Treatise of Human Nature*. ISBN 978-972-31-0936-8.

livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: II – propriedade privada”.

Tem-se nisso, que o direito à propriedade privada é um direito constitucional, assim como a sucessão por morte, seja para os seus descendentes ou para outros entes, desde que respeitada a sucessão legítima na hipótese de existir herdeiros necessários do falecido, quando parcela do patrimônio será vertido a estes, o que levanta uma séria discussão acerca da constitucionalidade dessa previsão do Código Civil Português e até mesmo brasileiro, pelo conflito de interesses do testador que conquistou o patrimônio mas não tem plena possibilidade de disposição dele e a regra legal que para proteger os herdeiros, a limita, existindo daí um confronto entre autonomia privada e proteção aos herdeiros necessários.

Desta forma, há um claro confronto entre a autonomia e autodeterminação do titular dos bens com a restrição ao seu direito constitucional de transmitir em vida ou por morte tais bens como bem lhe aprouver.

Esse ponto é interessante porque existe um confronto de carácter individual e familiar, se assemelhando ao objeto central que trata acerca da possibilidade de publicidade ou não do testamento, porquanto o interesse em tomar ciência do conteúdo do testamento em muito aproveita os herdeiros pela própria natureza do ser humano que possui como característica básica a curiosidade.

Embora haja essa controvérsia, até o presente momento não há qualquer declaração de inconstitucionalidade do dispositivo da Codificação Privada, seja no Brasil, seja em Portugal, embora se parta da premissa de que em Portugal a porcentagem de reserva do patrimônio aos herdeiros legítimos é desproporcional, conforme se averigua das previsões do art. 2.159º, n. 1 e do art. 2.161º, n. 1, como exemplos.

No Brasil, a título de comparação, a legítima é restrita a metade do patrimônio do *cujus* independente da concorrência sucessória, nesse sentido: art. 1.846 do Código Civil Brasileiro “Pertencem aos herdeiros necessários, de pleno direito, **a metade dos bens da herança, constituindo a legítima**”. (Grifou-se)

Além disso, houve completa equiparação por parte do Supremo Tribunal Federal entre os institutos do casamento com a união estável, tornando o convivente um herdeiro necessário em que pese a ausência de previsão legal.

Nesse sentido a união de facto em Portugal [2020º do Código Civil Lusitano] conhecida no Brasil como união estável [art. 1.723 do Código Civil Brasileiro e 226, §3º da Constituição Federal brasileira] conta atualmente com uma decisão para fins sucessórios

emblemática, tendo a Suprema Corte brasileira decidido por equiparar os direitos sucessórios dos conviventes com os dos cônjuges, assim:

“Ementa: Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Aplicação do artigo 1.790 do Código Civil à sucessão em união estável homoafetiva. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesas [sic] consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011) 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso. 3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 4. Provimento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.

(RE 646721, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017).²⁵

A decisão é baseada principalmente nos princípios da dignidade da pessoa, da igualdade e da proporcionalidade, além da “vedação ao retrocesso”, com a devida vênia, deve ser criticada. A Corte maior brasileira equiparou dois institutos de direito de família que são distintos com base em princípios abertos, de fácil elasticidade, com isso existe uma potencial confusão passível de ocorrer, haja vista que muitas uniões deixarão de ser formalizadas para permanecerem factuais, gerando demandas judiciais para o reconhecimento delas após a morte de um dos companheiros.

Logo, entende-se que as diferenças dos institutos deveriam permanecer inalteradas tal como idealizados. A decisão do STF, como dito, oportuniza a possibilidade de se criar uma

²⁵ BARROSO, Roberto relat. – Acórdão do Supremo Tribunal Federal no RE com o número 646721, de 10 de maio de 2017.

enxurrada de ações judiciais, pondo em risco o sistema já debilitado do Poder Jurisdicional, em que pese a existência de previsões administrativas de reconhecimento de união estável.

2.1. Capacidade para testar

O testamento como ato [negócio jurídico] personalíssimo que é, com reflexos patrimoniais e extrapatrimoniais depende de determinado discernimento do seu autor, no caso do testamento o legislador brasileiro entendeu que a pessoa com 16 anos de idade tem a devida aptidão para redigir ou recitar tal documento.²⁶ Já os que não podem testar, pela Codificação Privada brasileira são os incapazes, que com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência são apenas os menores de 16 anos e aqueles que no momento da lavratura do testamento estiverem privados do pleno discernimento.²⁷

Quanto a esta última parte, deve-se compreender o sentido de “não tiverem o pleno discernimento”, como toda situação psíquica que interfira no normal desenvolvimento do raciocínio do testador, assim, aqueles que estiverem sob efeito de drogas [tanto de medicamento quanto de entorpecentes], álcool e outras substâncias que exponham o intelecto do testador, e embora haja uma nova compreensão do estágio atual de pessoas com deficiência mental, é importante ter em mente que na elaboração do testamento público ou aprovação do testamento cerrado, deve o Tabelião arguir o testador para conferir se mesmo que portador de moléstia intelectual, este consegue ter compreensão e emitir a sua vontade de forma clara e livre, sob pena de ser lavrado um testamento público ou aprovado os autos de um testamento cerrado inexistentes, por ausência de manifestação de vontade.

Quanto a coação e outros vícios de vontade, os atos ilícitos porventura presentes deverão ser analisados sob a égide da teoria que os norteia [os vícios de consentimento] para verificar a hipótese de anulabilidade ou mesmo nulidade do instrumento.

Em Portugal a capacidade para testar segue a regra,

“Tal como a capacidade matrimonial, também a capacidade testamentária é a regra e a incapacidade a exceção. Por isso, o art. 2188º determina que podem testar todos os indivíduos que a lei não declare incapazes de o fazer. E são incapazes de testar os menores não emancipados e os interditos por anomalia psíquica (art. 2189º)”²⁸

²⁶ Art. 1.860, parágrafo único do Código Civil Brasileiro.

²⁷ Art. 1.860, *caput* do Código Civil Brasileiro.

²⁸ DIAS, Cristina Araújo – **Lições de Direito das Sucessões**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 229. ISBN 978-972-40-6691-2.

Portanto, no país lusitano a capacidade para testar se inicia com 18 anos [art. 122.º conjugado com o art. 123.º, ambos do Código Civil Português], salvo se emancipado for o menor.

Por fim, recorda-se que “em matéria testamentária, as pessoas colectivas carecem de capacidade, salientando o art. 2188º que apenas ‘os indivíduos’ têm capacidade testamentária”.²⁹

2.2. Legitimidade para ser herdeiro ou legatário

A legitimidade para suceder decorre da lei, e no direito das sucessões a legislação vigente no momento da morte do testador quanto a esse atributo deve ser observada, por expressa proibição constitucional prevista no art. 5º, inciso XXXVI, conforme a Magna Carta brasileira que veda a retroatividade da lei, bem como do que consta no art. 6º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, guardada as particularidades dos efeitos no âmbito do direito de família que são distintos da questão sucessória:

“RECURSO ESPECIAL - PROCEDIMENTO DE INVENTÁRIO - SUCESSÃO LEGÍTIMA E TESTAMENTÁRIA - EXCLUSÃO DE NETAS BIOLÓGICAS - ADOÇÃO SIMPLES REALIZADA POR TERCEIRO SEM PARENTESCO COM A DE CUJUS - TRIBUNAL A QUO QUE MANTEVE A DECISÃO DE EXCLUSÃO ANTE A APLICAÇÃO DAS REGRAS ATUAIS QUANTO AO INSTITUTO DA ADOÇÃO - INSURGÊNCIA DAS EXCLUÍDAS.

Hipótese: Discussão acerca da aplicação, à adoção realizada sob a vigência do Código Civil de 1916, do regime atual da adoção, que rompe completamente os vínculos com a família biológica, a inviabilizar a habilitação das adotadas como herdeiras legítimas da avó biológica.

1. Viabilidade de apreciação da violação ao artigo 6º da LINDB por via de Recurso Especial. Alegação de afronta ao direito adquirido por aplicação da lei ao caso concreto, e não por comando legal que determinasse a retroatividade da lei. Precedentes.

2. A capacidade para suceder e o direito à herança são aferidos conforme a lei do tempo da abertura da sucessão, nos termos do artigo 1.787 do Código Civil de 2002. Inexistência de direito adquirido à sucessão.

3. Inexistência de violação a ato jurídico perfeito. A adoção no caso concreto foi feita no intuito de acolher as recorrentes em nova família. Impossibilidade de realizar a adoção em outra modalidade que não a simples, uma vez que o adotante não tinha, em 1977, outra possibilidade legal, considerando as condições das adotadas.

3.1. Não há direito adquirido ao regime anterior de adoção. Conforme a doutrina e a jurisprudência pátrias, institutos ou conjunto de regras podem ser alterados pelo

²⁹ CARVALHO, Cunha Nunes de; PITTA, Pedro – **Direito das Sucessões: Lições, Exercícios e Jurisprudência**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 171. ISBN 978-972-40-6975-3.

legislador, modificando os efeitos presentes e futuros de atos passados 3.2 Ocorrência da retroatividade mínima ou eficácia imediata das disposições constitucionais sobre Direito de Família. A Constituição determinou, por meio do artigo 227, § 6º, a igualdade entre filhos, mesmo que havidos por adoção. Eficácia imediata das normas constitucionais.

3.3 A aplicação do dispositivo constitucional impede que as recorrentes utilizem o regime anterior da adoção para figurarem como herdeiras da avó biológica.

4. Recurso especial DESPROVIDO.

(REsp 1116751/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 07/11/2016)”.³⁰ (Grifou-se)

De tal sorte que a sucessão pode ser legítima, conhecida como legitimária em Portugal, quando for *ab intestato* ou testamentária em que se institui herdeiros e/ou legatários, porém, com restrição na indicação de certas pessoas neste caso, por entender o legislador que a nomeação delas em testamento comprometeria a sua higidez porquanto pudesse ser o seu autor compelido a indicá-los contra sua vontade em decorrência de coação física ou emocional, por exemplo.

E isso está intrinsecamente ligado ao princípio da autonomia da vontade, tendo Günter Ellscheid com propriedade contextualizado tal princípio ao lembrar Kant e ao afastar o homem dos ideais da verdade de fé concebidos pelas religiões, relata:

“A veracidade ou correcção só se produz naquilo a que Kant chama o <<pensar por si mesmo>>. Por isso, a partir do momento em que se fala de direito verdadeiro ou correcto no contexto do entendimento moderno de verdade, isso traduz a pretensão de autonomia do ser racional homem e o apelo que seja ele próprio a verificar e compreender aquilo que é declarado como correcto”.³¹

Portanto, o testador para ter respeitado o princípio da autonomia da vontade para poder testar de forma livre e consciente acerca de seus bens e outras previsões de caráter não patrimonial deve ter a exata compreensão do que perpassa, devendo as testemunhas apenas testemunhar a vontade emanada por ele, além do tabelião, no caso do testamento ser público, e como profissional do direito imparcial não poderá influenciar ela, apenas dar as diretrizes legais para que o ato solene seja feito de modo incólume e respeite todos os preceitos legais,

³⁰ BUZZI, Marco relat. – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no REsp com o número 1116751/SP, de 27 de setembro de 2016.

³¹ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried org. – **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Trad. António Manuel Espanha. 3.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015. 221 p. Título original: Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart. ISBN 978-972-31-0952-8.

motivo pelo qual o legislador confere independência ao mesmo, tendo previsto a obrigação de ser imparcial e não constando-o da lista de legitimados a suceder.

Há os casos também de exclusão da sucessão, os quais devem ser observados, que são a deserdação ou indignidade estipulados pelos arts. 1.962³², 1.963³³, 1.814³⁴, todos do Código Civil.

Na hipótese de deserdação, esta deve estar prevista no testamento, conforme estipula o art. 1.964 do Código Civil Brasileiro “Somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento”.

Consoante lição de Mauro Antonini, o testador

“Basta apontar a hipótese legal, sem necessidade de narrar o fato que lhe deu causa, com suas circunstâncias. É possível, portanto, ao testador deserdar herdeiro necessário simplesmente dizendo, por exemplo, que sofreu ofensa física dele. O fato deverá ser comprovado, no entanto, com suas circunstâncias, na ação que se segue à abertura da sucessão, indispensável para o aperfeiçoamento da deserdação. Somente a causa apontada pelo testador autoriza a deserdação, ainda que existam outras que também poderiam, em tese, se tivessem sido declinadas no testamento, justificar a mesma pena. A ofensa física, no exemplo apontado, deverá ser anterior ao testamento, pois a deserdação pode se referir a fatos ocorridos antes do testamento”.³⁵

Em razão disso na ação de deserdação a ser promovida no prazo decadencial de até 4 anos após o falecimento do testador, deverá o legitimado comprovar a causa da deserdação para que o herdeiro necessário não tenha direito à herança do autor.

³² Art. 1.962 do Código Civil. “Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto; IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade”.

³³ Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta; IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

³⁴ Art. 1.814 do Código Civil. “São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade”.

³⁵ ANTONINI, Mauro. Livro V: do Direito das Sucessões. In, PELUSO, Cezar., coord. – **Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência**. 6.ª ed. Barueri, SP: Manole, 2012, p. 2.229. ISBN 978-85-204-3371-3. Livro V, p. 2.133-2.362.

E neste contorno, há de se lançar a hipótese da publicidade testamentária enquanto vivo o testador porquanto dada a oportunidade dos herdeiros ou interessados na decretação da deserdação desde logo puderem promover a produção da prova necessária ou atos tendentes a manutenção da prova para tal finalidade.

No entanto, por outro lado, existe a possibilidade do herdeiro necessário citado no testamento como apto a ser deserddado de passar a ameaçar o autor do testamento ou mesmo lhe fazer mal, o que resultará em um reflexo que se distancia do desiderato do direito que é a pacificação das relações sociais e manutenção da paz.

E mesmo que se diga que a cognoscibilidade prévia poderia contribuir com o contraditório do “acusado”, em um primeiro momento não se vislumbra que este princípio ínsito aos ordenamentos jurídicos das modernas democracias é desrespeitado, posto que a prova do fato que enseja a indignidade ou deserdação cabe a quem aproveita o seu reconhecimento e só será utilizada após o falecimento do autor do testamento, momento que proposta a ação, durante a tramitação do processo haverá prazo para este se manifestar e apresentar as provas que dispõe para provar sua inocência.

Por ultimato, vislumbra-se que no Brasil foi adotada previsão diversa da do ordenamento jurídico português onde se vislumbra que as hipóteses de deserdação carregam maior facilidade para o seu reconhecimento, tendo em vista que as hipóteses normalmente foram constatadas previamente em processos judiciais findos³⁶, igualmente nos casos de indignidade.³⁷ O que poderia ser replicado no âmbito brasileiro para facilitação do atendimento da declaração de deserdação emitida pelo testador, afinal, segundo visto na doutrina, a hipótese da ofensa física sequer se faz necessária condenação criminal.³⁸

³⁶ Artigo 2166.º do Código Civil Português: “1. O autor da sucessão pode em testamento, com expressa declaração da causa, deserddar o herdeiro legítimário, privando-o da legítima, quando se verifique alguma das seguintes ocorrências: a) Ter sido o sucessível condenado por algum crime doloso cometido contra a pessoa, bens ou honra do autor da sucessão, ou do seu cônjuge, ou de algum descendente, ascendente, adoptante ou adoptado, desde que ao crime corresponda pena superior a seis meses de prisão; b) Ter sido o sucessível condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas; c) Ter o sucessível, sem justa causa, recusado ao autor da sucessão ou ao seu cônjuge os devidos alimentos. 2. O deserddado é equiparado ao indigno para todos os efeitos legais”.

³⁷ Art. 2.034.º do Código Civil Português: “Carecem de capacidade sucessória, por motivo de indignidade: a) O condenado como autor ou cúmplice de homicídio doloso, ainda que não consumado, contra o autor da sucessão ou contra o seu cônjuge, descendente, ascendente, adoptante ou adoptado; b) O condenado por denúncia caluniosa ou falso testemunho contra as mesmas pessoas, relativamente a crime a que corresponda pena de prisão superior a dois anos, qualquer que seja a sua natureza; c) O que por meio de dolo ou coacção induziu o autor da sucessão a fazer, revogar ou modificar o testamento, ou disso o impediu; d) O que dolosamente subtraiu, ocultou, inutilizou, falsificou ou suprimiu o testamento, antes ou depois da morte do autor da sucessão, ou se aproveitou de algum desses factos”.

³⁸ ANTONINI, Mauro. Livro V: do Direito das Sucessões. In, PELUSO, Cezar., coord. – **Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência**. 6.ª ed. Barueri, SP: Manole, 2012, p. 2.297-2.298. ISBN 978-85-204-3371-3. Livro V, p. 2.133-2.362.

2.3. Fideicomisso

Instituto previsto no ordenamento jurídico brasileiro e português de direito sucessório, o fideicomisso, revela-se como a possibilidade de previsão de substituição [fideicomissária] estabelecida no Código Civil Brasileiro [entre os arts. 1.951 a 1.960] e na Codificação Civil portuguesa, a qual traz a sua noção descrita no art. 2286º

“Diz-se substituição fideicomissária, ou fideicomisso, a disposição pela qual o testador impõe ao herdeiro instituído o encargo de conservar a herança, para que ela reverta por sua morte, a favor de outrem; o herdeiro gravado com encargo chama-se fiduciário, e fideicomissário o beneficiário da substituição”.

É relevante destacar que no Código Civil Português o instituto se encontra melhor explicitado já que conta com artigos que detêm a indicação do que se trata abaixo da sua numeração, costume legislativo que o Brasil pode adotar, e uma diferença presente na forma de disposição da matéria se refere a possibilidade de substituição em relação ao fideicomisso, que de forma clara, trata da substituição plural que pode ocorrer tanto quanto aos fideicomissários como com relação aos fiduciários [art. 2287º]:

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA. FIDEICOMISSO. FIDEICOMISSÁRIO PREMORIENTE. CLÁUSULA DO TESTAMENTO ACERCA DA SUBSTITUIÇÃO DO FIDEICOMISSÁRIO. VALIDADE.

COMPATIBILIDADE ENTRE A INSTITUIÇÃO FIDUCIÁRIA E A SUBSTITUIÇÃO VULGAR. CONDENAÇÃO DE TERCEIRO AFASTADA. EFEITOS NATURAIS DA SENTENÇA.

1. Se as questões trazidas à discussão foram dirimidas pelo tribunal de origem de forma suficientemente ampla, fundamentada e sem omissões, deve ser rejeitada a alegação de contrariedade do art. 535 do Código de Processo Civil.

2. A sentença não prejudica direitos de pessoa jurídica que não foi citada para integrar a relação processual (CPC, art. 472). Como ato estatal imperativo produz, todavia, efeitos naturais que não pode ser ignorados por terceiros.

3. O recurso de apelação e a ação cautelar são instrumentos processuais distintos e visam a diferentes objetivos. O ajuizamento de ambos para questionar diferentes aspectos do mesmo ato judicial não configura preclusão consumativa a obstar o conhecimento da apelação.

4. De acordo com o art. 1959 do Código Civil, "são nulos os fideicomissos além do segundo grau". A lei veda a substituição fiduciária além do segundo grau. O fideicomissário, porém, pode ter substituto, que terá posição idêntica a do substituído, pois o que se proíbe é a sequência de fiduciários, não a substituição vulgar do fiduciário ou do fideicomissário.

5. A substituição fideicomissária é compatível com a substituição vulgar e ambas podem ser estipuladas na mesma cláusula testamentária. Dá-se o que a doutrina denomina substituição compendiosa. Assim, é válida a cláusula testamentária pela qual o testador pode dar substituto ao fideicomissário para o caso deste vir a falecer antes do fiduciário ou de se realizar a condição resolutiva, com o que se impede a caducidade do fideicomisso. É o que se depreende do art. 1958 c.c. 1955, parte final, do Código Civil.
6. Recurso especial de Nova Pirajuí Administração S.A. NOPASA a que se dá parcial provimento.
7. Recurso especial de Anita Louise Regina Harley a que se dá parcial provimento. (REsp 1221817/PE, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 18/12/2013)”.³⁹

Outro excerto que se propõe acerca do tema:

- “CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NO JULGADO TESTAMENTO. SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA. CONDIÇÕES. CONSERVAÇÃO DO BEM E RESTITUIÇÃO. REEXAME DE CLÁUSULAS TESTAMENTÁRIAS. ÓBICE DA SÚMULA 5.
1. Prevê o art. 535 do CPC a possibilidade de manejo dos embargos de declaração para apontar omissão, contradição ou obscuridade na sentença ou acórdão, não se prestando este recurso, portanto, para rediscutir a matéria apreciada.
 2. Para caracterização do instituto da substituição fideicomissária é preciso a identificação dos seguintes requisitos, a saber: a) caráter eventual; b) que os bens sejam sucessivos; c) capacidade passiva do fiduciário e do fideicomissário; c) [sic] obrigação de conservar a coisa fideicomissada para, posteriormente, restituí-la ao fideicomissário.
 3. Na via especial, é vedada a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido.
 4. Recurso especial não conhecido.
- (REsp 757.708/MG, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 26/02/2009)”.⁴⁰

Portanto, como visto, para o Superior Tribunal de Justiça, os requisitos da substituição testamentária são os seguintes a) caráter eventual; b) que os bens sejam sucessivos; c) capacidade passiva do fiduciário e do fideicomissário; d) obrigação de conservar a coisa fideicomissada para, posteriormente restituí-la ao fideicomissário.

Há de se fazer uma crítica apenas a indicação de capacidade passiva do fideicomissário, porquanto, na realidade, trata-se de hipótese de legitimação, ao menos conforme aqui entendido, tendo em vista que no direito brasileiro a possibilidade é

³⁹ GALOTTI, Maria Isabel relat. – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no REsp com o número 1221817/PE, de 10 de dezembro 2013.

⁴⁰ MATHIAS, Carlos Fernando relat. – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no REsp com o número 757.708/MG, de 10 de fevereiro de 2009.

circunscrita a prole eventual de determinada pessoa, e não a qualquer pessoa, como ocorre na hipótese de capacidade.

Ressalta-se, outrossim, que o art. 1.952 do Código Civil Brasileiro estabelece

“A substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador. Parágrafo único. Se, ao tempo da morte do testador, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicometidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário”.

Pela redação do caput do artigo acima temos duas possibilidades de interpretação do que significa “não concebido” para fins de substituição fideicomissária, a primeira é a ideia do nascituro, ou seja, não pode encontrar-se em gestação no útero materno, ao passo que a segunda interpretação é proibição de nascimento com vida.

Auxilia na explicação acerca do referido dispositivo, Mauro Antonini, para quem

“Trata-se da **mais relevante inovação** do atual Código Civil em relação ao fideicomisso. Somente a **prole eventual** de alguém poderá ser instituída como fideicomissário. É preciso, além disso, o fideicomissário não ter sido concebido ao tempo da morte do testador. Se já tiver nascido, não se cuidará mais de substituição fideicomissária. A disposição será preservada não como originalmente idealizada pelo testador, mas como usufruto”.⁴¹

Parece claro que o objetivo do legislador foi resguardar o concepturo, apenas tratando de outra forma o nascido com vida ao tempo da morte do testador, para quem transmuda-se o instituto jurídico de fideicomisso para usufruto, restando ainda beneficiado.

É interessante, ainda, o debate doutrinário entre a doutrina concreta e naturalística e a abstrata e positivista apresentada por Pierangelo Catalano, o qual cita Teixeira de Freitas e as ideias em torno da utilização dos termos nascituro, nascido e pessoa, bem como as diferenças quanto ao assunto oriundas da doutrina germânica, baseada no pandectismo, e da ibérica, com aspiração justiniana, ligando o autor a esta, as opções feitas pelos países latinoamericanos de

⁴¹ ANTONINI, Mauro. Livro V: do Direito das Sucessões. In, PELUSO, Cezar., coord. – **Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência**. 6.ª ed. Barueri, SP: Manole, 2012, p. 2.292. ISBN 978-85-204-3371-3. Livro V, p. 2.133-2.362.

uma forma geral, inclusive o Brasil, demonstrando ele que a tendência dos romanistas e civilistas são pela utilização da expressão pessoa para os concebidos e ainda não nascidos.⁴²

Esse embate terminológico é vinculado a problemática de quando se inicia a personalidade jurídica do ser humano, se é na data da concepção, do nascimento com vida ou outro momento qualquer.

O fato é que no Brasil são três as principais correntes que tentam explicar isso, a natalista, da personalidade condicional e a concepcionista, sendo que as mesmas são importantes para aferir a efetividade da substituição fideicomissária e outros direitos decorrentes da sucessão porquanto vigora no país o princípio de origem francesa *saisine* que considera transmitidos os bens e direitos assim que o autor da herança falece.

Portanto, pode ter implicações na transmissão dos bens e direitos conforme a teoria adotada, pois a teoria natalista considera a personalidade jurídica adquirida apenas com o nascimento da pessoa com vida, ao passo que a personalidade condicional assegura os direitos patrimoniais até o seu nascimento com vida e por fim a teoria concepcionista considera adquirida a personalidade jurídica desde o momento da concepção.

2.4. Testamento

2.4.1. Breve histórico

O direito romano atribuiu ao testamento a maior relevância em termos sucessórios, tanto que segundo John Gilissen as obras jurídicas clássicas da época praticamente não tratavam acerca da sucessão *ab intestato* [sem testamento], fundando-se em alguns historiadores, apesar de aparentemente não concordar com os referidos, ele cita que os romanos sempre conheceram o testamento, inclusive que a origem deste instituto jurídico em Roma estaria vinculada aos Etruscos.⁴³

Salienta, ademais, que na época da vigência da Lei das XII Tábuas, o testamento se dava por uma espécie de declaração emitida perante a assembleia do povo, existindo o testamento comicial [feita a declaração perante o comício curiato] e o testamento militar [feita na presença dos companheiros de armas].⁴⁴

Ensina que

⁴² CATALANO, Pierangelo – **Diritto e Persone I**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990, p. 195-196. ISBN 88-348-0078-8.

⁴³ GILISSEN, John – **Introdução Histórica ao Direito**. Trad. António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 8.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016. 689 p. Título original: *Introduction Historique au Droit*. ISBN 978-972-31-0193-5.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 689.

“A seguir aparece a *mancipatio familiae* e o testamento *per aes et libram* (= por bronze e balança): o testador transmitia o seu património a um intermediário, um *familiae emptor* (adquirente do património), por uma alienação (*mancipatio*) diante de um pesador (*libripens* = o que segura a balança) e cinco testemunhas, seguida de uma declaração oral da vontade do testador que o *emptor* devia executar. Mais tarde, o testador escreve a sua vontade em tabuinhas que apresenta fechadas às testemunhas, ao *libripens* e ao *familiae emptor*, que então, passa a ser apenas um mandatário”.⁴⁵

Tal figura do *familiae emptor* nos dias atuais, guardadas as diferenças, lembra do instituto do fideicomisso, em que existe o fiduciário, sendo ele assemelhado a uma espécie de mandatário.

No período áureo dos romanos, durante seu Império, o testamento perdeu a formalidade exacerbada que o acompanhava no direito romano antigo, passando a ser feita uma declaração por parte do testador, pela qual instituía seu herdeiro e era feita perante sete testemunhas.⁴⁶

Logo, se nota que desde essa sociedade antiga, o testamento possui a característica da formalidade, sendo nos dias atuais um dos atos mais formais existentes.

Ainda nessa época do Império Romano, existia a figura do testamento nuncupativo, podendo ser este exclusivamente oral, ou ainda, sendo consagrado pela remissão por parte do testador a tabuinhas de cera contendo-o escrito, assim, havia apenas uma confirmação de que o que constava escrito, eram suas disposições de última vontade.⁴⁷

Insta destacar que o testamento particular ou privado, sem consentâneo nos dias atuais em Portugal, mas com previsão no ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com o multicitado John Gilissen apareceu mencionado em uma Constituição de 439 d.C., o qual era apresentado aberto ou fechado perante sete testemunhas e havia a subscrição do testador ao final do documento, com a indicação de que se tratava das suas disposições testamentárias, com a consequente aposição de selos das testemunhas em seguida na acta.⁴⁸

E, tal autor ensina que

⁴⁵ *Ibidem*, p. 689.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 689.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 689.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 689.

“O elemento essencial de todo o testamento romano é a instituição de herdeiro (*instituto heredis*): o testador devia designar expressamente uma ou mais pessoas chamadas a receber o seu património, ou seja, o conjunto dos seus bens; podia acessoriamente encarregar os herdeiros instituídos da execução dos legados a favor de terceiros”.⁴⁹

Por fim quanto aos romanos, a curiosidade é aguçada porque ainda com base no referido autor, ninguém em Roma podia testar acerca de parcela do património, ou era sobre o todo, ou sobre nada.⁵⁰ O que se distingue dos sistemas jurídicos ocidentais atuais.

No que concerne ao direito germânico e de povos da época da Alta Idade Média, não existia a figura do testamento entre os Germanos, Francos, Saxões e Alamanos, por outro lado, entre povos romanizados, ainda que com origem germânica, dentre eles os Visigodos e os Burgúndios utilizava-se de tal instituto pela influência jurídica romana, tendo ela praticamente desaparecido no Ocidente entre os séculos IX e XI.⁵¹

Assim, em razão da “inexistência” durante o período da Idade média do instituto do testamento, são citados como institutos alternativos por John Gilissen e que foram utilizados pelo povo germânico e outros para dispor do património:

“1) Os pactos sucessórios, pelos quais uma pessoa dispõe dos seus bens em vida, suspendendo no entanto a execução da alienação até o momento da sua morte (doações mútuas entre esposos, doação *post obitum*, chamada das filhas à sucessão, etc.).

2) A partilha pelo ascendente, pela qual este determina, em vida, as partes que hão-de caber a cada um dos seus herdeiros;

3) O *gairethinx* (ou *thingatio*), espécie de instituição de herdeiro feita em assembleia pública (*thing*), que se encontra entre os Lombardos; parece-se com uma adoção enquanto cria uma filiação fictícia; de resto, a superveniência de um filho faz desaparecer os efeitos do *gairethinx*, do mesmo modo que a ingratidão, se esta corresponde às condições que permitem a deserdação de um filho legítimo.

4) A <<afatomia>> é uma instituição dos Francos, longamente descrita na Lei Sállica sob o título De *adfathamire*; na Lei ripuária ela toma a forma de *adoptio in hereditare*. O disponente faz comparecer um terceiro perante o *mallus*, transmitindo-lhe simbolicamente o seu património ao atirar-lhe uma palha. O disponente desfaz-se assim irrevogavelmente do seu património, pelo que se não trata de um testamento. O terceiro toma posse dos bens, instalando-se na casa do disponente e comendo aí juntamente três hóspedes. Doze meses depois (provavelmente a partir da morte do *de cuius*), o terceiro entrega os bens às pessoas designadas expressamente pelo disponente. Essa instituição faz pensar no testamento romano *per aes et libram*; com efeito, ela apresenta-se como uma alienação fictícia dos bens (cf. o *familiae emptor* romano), com a obrigação para o terceiro de transmitir os bens a uma pessoa determinada. A afatomia desaparece muito rapidamente; ainda se encontram alguns vestígios dela no séc. VIII, mas não já na época carolíngia. Talvez(embora isto seja

⁴⁹ *Ibidem*, p. 690.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 690.

⁵¹ *Ibidem*, p. 690.

duvidoso) a função do intermediário se reencontre na função atribuída ao *ellemosynarius* (=esmoler), ou seja, ao executor testamentário da Baixa Idade Média”.⁵²

Por seu turno, a baixa idade média e a época moderna contemplam o renascimento do testamento, o qual reapareceu no final do século XI, sendo tal instrumento jurídico galgado um grande apelo no século XII e no século XIII se demonstrando presente em grande número nas cidades e, posteriormente, no campo.⁵³

A justificativa apresentada para tal acontecimento por John Gilissen está baseada em uma série de fatores, como: “desenvolvimento de uma sociedade mais individualista, rompendo os quadros rígidos da solidariedade familiar e do feudalismo; desenvolvimento de uma riqueza mobiliária entre os mercadores das cidades nascentes; influência das cruzadas; influência do direito canónico”.⁵⁴

Insta se esclarecer que no período das cruzadas existia duas modalidades de doações muito parecidas com a ideia do testamento, uma delas dizia respeito a doação com condição suspensiva, que apenas com a morte do donatário o património seria transferido e a com a condição resolutiva, em que se dava em doação determinado bem a terceiro e apenas se aperfeiçoava o acto [em sentido amplo] no caso do cruzado perecer durante a saga.⁵⁵

E a principal expoente do ressurgimento e do desenvolvimento do testamento foi a Igreja Católica, sendo esta responsável por extrair do direito romano e inserir no direito canónico diversos pormenores da sucessão testamentária, sob a alegação de que aquele que morresse sem testamento estaria fadado ao pecado.⁵⁶

Para isso, flexibilizou as regras para o surgimento do testamento, como a redução do número de testemunhas, que passaram a ser 2 ou 3 apenas.⁵⁷

O testamento nuncupativo, oral, foi pouco utilizado na baixa idade média, inclusive tendo países que sequer o utilizaram, assim, o testamento escrito por acto público ponderou sobre aquele tipo, e era lavrado perante “ou o cura, os escabinos ou um notário, com a presença de duas ou três testemunhas”.⁵⁸

⁵² *Ibidem*, p. 690-691.

⁵³ *Ibidem*, p. 691.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 691.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 691.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 691.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 691.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 692.

O testamento hológrafo ou particular, o qual se caracterizava por ser escrito, datado e assinado pelo próprio testador, e que no direito brasileiro atual é admitido e pode ser escrito por outrem, desde que lido e assinado pelo testador, era na forma de carta selada [selo do testador] na Baixa Idade Média e, durante os séculos XV e seguinte o selo foi sendo substituído pela subscrição [assinatura].⁵⁹

Ao turno que o testamento cerrado pouco se desenvolveu no antigo direito, face as formas “especiais” que eram realizados com frequência, tais como militares, dos cegos, dos pestilentos, *ad pias causa*, dentre outros.⁶⁰

Ainda, nessa época, nos países de direito escrito, tinha-se que o testamento era válido apenas quando fosse instituído herdeiro, enquanto nos países de direito costumeiro a assertiva não era verdadeira, ou seja, nestes o simples legado a alguém consubstanciava um testamento válido, sendo comum a nomeação de um executor para o testamento e considerado possível o testador testar apenas em parte acerca dos seus bens.⁶¹

No que tange a proteção de herdeiro, tem-se que no direito romano clássico, este

“acabou por proteger os filhos e os ascendentes contra o abuso da deserdação: estes tinham direito, enquanto herdeiros legítimos⁶², ao quarto da sua parte hereditária *ab intestato* (a quarta legítima). Se um herdeiro era privado do seu quarto, podia fazer anular o testamento pelo *querela inofficiosi testamenti*”.⁶³

Além disso, em determinados casos, o Imperador da época, Justiniano, elevava a legítima para um terço, ou mesmo, metade da herança.⁶⁴

John Gilissem, recorda que nas regiões de direito escrito a legítima foi retomada, sendo que nas de uso do direito costumeiro, existia a reserva, a qual também tinha por pressuposto a proteção da família, com provável origem franca, variava entre dois terços e quatro quintos, esta proporção em Paris.⁶⁵

Refere que isso se dava para resguardar às linhagens, a linha sucessória [familiar], sendo que o testador apenas podia dispor dos bens próprios na proporção fora da reserva, e se

⁵⁹ *Ibidem*, p. 692.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 692.

⁶¹ *Ibidem*, p. 692.

⁶² Leia-se necessários no Brasil.

⁶³ *Ibidem*, p. 692.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 692.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 692.

ultrapassasse a limitação, os herdeiros poderiam somente propor uma acção de redução, mostrando-se assim que não caberia a anulação do testamento.⁶⁶

Porém, destaca que as regras eram bastante variáveis conforme a região flamenga, tanto que em algumas existia a quota disponível de bens adquiridos e móveis, os quais poderiam ser livremente dispostos, sendo que havia até a inexistência dessa previsão, se aplicando a regra da legítima romana, tal como no Luxemburgo.⁶⁷

Já nos séculos XIX e XX, o Código Civil Francês baseado em boa parte na *ordonnance* do Chanceler Daguessau de 1735, concebeu três formas de testamento: o hológrafo que deveria ser inteiramente escrito pelo testador, com a indicação da data e a assinatura lançada pelo próprio testador; o por acto público, também conhecido por autêntico, o qual era recepcionado por dois notários e duas testemunhas ou um notário e quatro testemunhas; bem como, o cerrado, apresentado fechado e selado a um notário, devendo ter sido escrito ou não pelo testador, mas por ele subscrito perante seis testemunhas inicialmente, tendo o número sido reduzido a duas ou a nenhuma se fosse apresentado perante dois notários.⁶⁸

O conteúdo do testamento no “sistema do *Code civil*, inspirado no antigo direito costumeiro, é muito liberal; o princípio é o da liberdade absoluta de expressão”.⁶⁹

Interessante a observação de Jonh Gilissen de que “Não é necessária a instituição de herdeiro, contrariamente ao direito romano. Qualquer disposição testamentária é um legado, quer se trate de um legado universal (art. 1003.º), de um legado a título universal (art. 1010.º), quer de um legado a título particular (art.º 1014.º)”.⁷⁰

Além disso, o princípio *nemo partim testatus* pelo qual se tinha que testar acerca de todo o património foi relegado, deixando de ser aplicado, portanto, para a parte do património que não havia disposição testamentária, a sucessão se regia pelas regras da sucessão *ab intestato*.⁷¹

No contexto da revolução francesa, as transformações por esta engendradas quanto ao testamento, que admitido, foi com relação a igualdade entre os herdeiros legítimos, assim, apesar de aceito por uma questão de liberdade individual, esta não foi plena, sendo aparada para que não favorecesse o filho primogénito ou relegasse a filha à deserdação, para isso, houve previsão pelas leis de Março de 1793 e do Nívos do ano II de uma reserva hereditária,

⁶⁶ *Ibidem*, p. 692-693.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 693.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 693.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 693.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 694.

⁷¹ *Ibidem*, p. 694.

sendo que foi estabelecida uma quota disponível de um décimo a um sexto, no primeiro caso se existisse herdeiros na linha directa, e no segundo, se houvesse apenas herdeiros na linha colateral.⁷²

Com o advento do Código Civil Francês de 1804, por outro lado, os autores “mostraram-se menos favoráveis aos herdeiros reservatários, ou seja, mais favoráveis à liberdade de testar”.⁷³

Assim,

“Fundiram a reserva com a legítima (arts. 913.º ss.); como no direito romano, a reserva é actualmente uma parte da sucessão; mas tendo desaparecido a distinção entre bens próprios e adquiridos, a reserva é calculada sobre o conjunto dos bens; a sua quota varia em função do número dos descendentes”.⁷⁴

Como no ordenamento jurídico brasileiro e português atual, se o testador avançar a parte reservada aos herdeiros legítimos, incumbe a estes uma acção de redução, não sendo possível a anulação do testamento.⁷⁵

No tocante ao conceito de testamento nos dias atuais, o Código Civil Português no art. 2.179.1 apresenta a definição legal de testamento, por ele “Diz-se testamento o acto unilateral e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou de parte deles.”

O Código Civil Brasileiro, a seu turno, no art. 1.858 destaca que “O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo”.

Observa-se com Jorge Duarte Pinheiro, que pode ser tanto enquadrada para a definição legislativa portuguesa que ele faz alusão, quanto para a brasileira, que “A noção legal não é inteiramente rigorosa.”⁷⁶

Pedro Pitta e Cunha Nunes de Carvalho chamam atenção para o artigo do Código Civil Português supracitado ao destacar que no n. 2, há a ressalva de que o testamento pode tratar de matérias de carácter não patrimonial e apenas destas, quando então, para eles, terá natureza

⁷² *Ibidem*, p. 694.

⁷³ *Ibidem*, p. 694.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 694.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 694.

⁷⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito das Sucessões Contemporâneo**. 2.^a ed. Lisboa: AAFDL editora, 2017, p. 83. ISBN 978-972-629-092-6.

de “acto revestido de forma testamentária”, já que entendem que a função do testamento em si é distribuir bens, considerando-o negócio jurídico essencialmente patrimonial.⁷⁷

Essa posição, contudo, em uma leitura contemporânea acerca da posição do indivíduo e do patrimônio deve ser revista, por já não atender a sistematização constitucional dada pela Constituição a legislação ordinária, posto que por uma leitura constitucional o ser humano está no centro e no ápice do ordenamento jurídico, enquanto o patrimônio revela-se auxiliar da formação e desempenho da dignidade daquele que o detém, assim, em não tendo nada, nada impede de se ter um testamento para replicar seus desejos mais profundos e verdadeiros após a sua morte, igualmente por aquele que proprietário de bens e direitos acata a opção de partilha promovida pela sucessão legítima [legítima no Brasil], portanto, entende-se que deve haver uma releitura do conceito de testamento, inclusive legal, para que passe a ter uma conotação essencialmente humana ao revés da patrimonialista.

Concorda-se, desse modo, com Cristina Araújo Dias quando esta ensina que “o testamento é um ato de disposição de bens. Porém, e apesar de esse ser o seu conteúdo típico, não⁷⁸ parece correto caracterizar o testamento apenas pela referência à disposição de bens, podendo dizer-se que o testamento tem também um conteúdo atípico e diverso”.⁷⁹ E complementa aludida autora “pode o testador utilizar o testamento para fazer disposições de caráter não patrimonial, mesmo que nele não figurem disposições de caráter patrimonial”. A qual cita exemplos “É o caso das disposições a favor da alma (art. 2224º), da instituição de fundação (art. 185, nº 1), do destino último do cadáver do testado (art. 3º, nº 1, al. a), do Decreto-lei nº 411/98, de 30 de dezembro), da perfilhação (art. 1853º, al. b)), da designação do tutor ou revogação da tutela (art. 1928º, nº 3)”.⁸⁰

Concorda-se, sobretudo, com Jorge Duarte Pinheiro quando afirma “que o testamento é uma figura com cariz unilateral que se destina a produzir efeitos por morte do seu autor”.⁸¹, lembrando-nos da saudosa lição de Jorge Oliveira Ascensão que esclareceu que o testamento é “o negócio jurídico unilateral pelo qual alguém procede a disposições de última vontade”.⁸²

⁷⁷ CARVALHO, Cunha Nunes de; PITTA, Pedro – **Direito das Sucessões: Lições, Exercícios e Jurisprudência**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 159. ISBN 978-972-40-6975-3.

⁷⁸ DIAS, Cristina Araújo – **Lições de Direito das Sucessões**. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 226. ISBN 978-972-40-6691-2.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 226.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 226.

⁸¹ PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito das Sucessões Contemporâneo**. 2.ª ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2017, p. 83. ISBN 978-972-629-092-6.

⁸² ASCENSÃO, J. Oliveira *apud* PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito das Sucessões Contemporâneo**. 2.ª ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2017, p. 83. ISBN 978-972-629-092-6.

Diante disso, não há que se vincular a ideia de testamento a ato essencialmente patrimonialista.

De qualquer sorte, em que pese a divergência quanto a natureza patrimonialista do testamento, lança-se o conceito do mesmo pelos autores Pedro Pitta e Cunha Nunes de Carvalho que o definem como “negócio jurídico unilateral ‘mortis causa’ que consubstancia as disposições de última vontade do seu autor”, fato que os fazem concluir pela possibilidade de livre revogabilidade.⁸³

Percebe-se daí, que a natureza jurídica do testamento é de negócio jurídico, tanto “que, como tal, está sujeito ao regime geral dos negócios jurídicos. Porém, pela sua natureza o testamento é um negócio jurídico com particularidades...”⁸⁴

Tanto que ressalva-se a irrevogabilidade do testamento com relação a perfilhação, nesse sentido Jorge Duarte Pinheiro pontua tal fato ao citar o art. 1858.º do Código Civil Português.⁸⁵ Com correspondência no Código Civil Brasileiro, em seu art. 1.610, o qual dispõe “O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento”.

Quanto as características desse negócio, a primeira refere-se à unilateralidade que significa a dispensa da necessidade de receptividade por terceiro, ou seja, nas palavras de Jorge Augusto Pais de Amaral “significa que a declaração de vontade do testador não necessita de ser dirigida e levada ao conhecimento de determinada pessoa”.⁸⁶

Prova cabal disso, é a proibição de testamento de mão comum, assim “Não podem testar no mesmo acto duas ou mais pessoas, quer em proveito próprio, quer em favor de terceiro (art. 2181.º)”.⁸⁷

A possibilidade de testamento de mão comum mitigaria o escopo da presente tese, de se chegar a uma conclusão acerca da possibilidade ou não de publicidade enquanto vivo o testador, haja vista que o conteúdo do testamento seria conhecido por terceiro que não o Notário, portanto, restaria inócua a pesquisa, pois existiria a possibilidade de ciência das cláusulas por terceiro, inclusive, potencial beneficiário.

⁸³ CARVALHO, Cunha Nunes de; PITTA, Pedro – **Direito das Sucessões: Lições, Exercícios e Jurisprudência**. Coimbra: Almedina, 2017, p. 159. ISBN 978-972-40-6975-3.

⁸⁴ DIAS, Cristina Araújo – **Lições de Direito das Sucessões**. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 225. ISBN 978-972-40-6691-2.

⁸⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte – **O Direito das Sucessões Contemporâneo**. 2.ª ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2017, p. 83. ISBN 978-972-629-092-6.

⁸⁶ AMARAL, Jorge Augusto Pais de Amaral – **Direito da Família e das Sucessões**. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 370. ISBN 978-972-40-6742-1.

⁸⁷ TELLES, Inocêncio Galvão – **Sucessão Testamentária**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 18. ISBN 978-972-32-1404-8.

Com relação a essa proibição, ela também está prevista no Código Civil Brasileiro, no art. 1.863, onde consta “É proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo”.

Não destoia disso, o Código Civil Espanhol, o qual dispõe: “Artículo 669. No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero”. Em tradução livre “Não poderão testar duas ou mais pessoas conjuntamente, ou em um mesmo instrumento, seja em favor recíproco, ou em benefício de terceiro”.

Com interessante norma extra espacial, ainda que desprovida de coercitividade no território estrangeiro, o Código Civil do país ibérico ainda proíbe que os cidadãos espanhóis testem dessa forma, nesse sentido: “Artículo 733. No será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el artículo 669, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la nación donde se hubiese otorgado”.⁸⁸

Todavia, na segunda disposição transitória do Código Civil Espanhol, é considerado válido e eficaz o testamento lavrado em mancomunhão sob a égide da legislação anterior, pela qual se regerá, dessa forma:

Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas. En su consecuencia serán válidos los testamentos, aunque sean mancomunados, los poderes para testar y las memorias testamentarias que se hubiesen otorgado o escrito antes de regir el Código, y producirán su efecto las cláusulas *ad cautelam*, los fideicomisos para aplicar los bienes según instrucciones reservadas del testador y cualesquiera otros actos permitidos por la legislación precedente; pero la revocación o modificación de estos actos o de cualquiera de las cláusulas contenidas en ellos no podrá verificarse, después de regir el Código, sino testando con arreglo al mismo.⁸⁹

⁸⁸ Com a seguinte tradução livre “Artigo 733. Não será válido em Espanha o testamento mancomunado, proibido pelo artigo 669, que os espanhóis outorguem em país estrangeiro, ainda que autorizem as leis da nação onde tenha sido outorgado”.

⁸⁹ Em tradução livre “Os atos e contratos celebrado ao tempo do regime da legislação anterior, e que sejam válidos de acordo com ela, surtirão todos seus efeitos segundo a mesma, com as limitações estabelecidas em estas regras. Em consequência serão válidos os testamentos, ainda que mancomunados, os poderes para testar e as disposições testamentárias que tiverem sido outorgadas por escrito antes da regência do Código, e produziram seu efeito as cláusulas *ad cautelam*, os fideicomissos para aplicar os bens segundo instruções reservadas do testado e qualquer outros atos permitidos pela legislação precedente; mas a revogação, modificação destes atos ou de qualquer das suas cláusulas não poderá se verificar, depois da regência deste Código, senão testando de acordo com ele”.

Logo, em Espanha é possível o testamento ser mancomunado nesse caso, e quando as relações jurídicas sejam regidas por direito legal da região na qual as partes sejam residentes, como em Aragão, a título exemplificativo, onde não importa mais se os testadores em mancomunhão são casados como também são levados em consideração os que tenham descendentes comuns, vislumbra-se a aplicação de direito de região autónoma no julgado que analisou recurso de cassação perante o Tribunal Supremo e que tratou dentre outras impugnações, de tal tema. A propósito:

“ROJ: STS 4927/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4927

- Nº de Resolución: **488/2015**
- Tipo Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**
- Municipio: **Madrid**
- Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**
- Nº Recurso: **281/2014**
- Fecha: **15/09/2015**
- Tipo Resolución: **Sentencia**

RESUMEN: Derecho civil autonómico: Ley 1/1999 sucesiones de Aragón. Testamento mancomunado con institución recíproca de heredero (Pacto al más viviente). Validez de la institución y derecho de los legitimarios”.^{90 91}

Visto isso, e como mencionado anteriormente, a discussão sobre a admissibilidade do testamento em mancomunhão transcende a mera problemática envolvendo conflito de

⁹⁰ ORDUNÃ MORENO, Francisco Javier relat. – Acórdão do Tribunal Supremo com o número 488, de 15 de setembro de 2015 [Em linha]. [Consult. 30 Jul. 2018]. Disponível em <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/2fd2950a7ad2a27d/20151211>.

⁹¹ ROJ: STS 4927/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4927

- Nº da Resolução: 488/2015
- Tipo de Órgão: Tribunal Supremo. Sala do Civil
- Município: Madri
- Ponente: FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO
- Nº Recurso: 281/2014
- Data: 15/09/2015
- Tipo da Resolução: Sentença

RESUMO: Direito civil autónomo: Lei 1/1999 sucessões de Aragão. Testamento mancomunado com instituição recíproca de herdeiro (Pacto ao sobrevivente). Validez da instituição e direito dos legitimários.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier relat. – Acórdão do Tribunal Supremo com o número 488, de 15 de setembro de 2015 [Em linha]. [Consult. 30 Jul. 2018]. Disponível em <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/2fd2950a7ad2a27d/20151211>.⁹¹

interesses na feitura do documento, ela também está no campo do embate entre a publicidade ou não do testamento enquanto vivo o testador.

Afinal, quando da realização do testamento em mancomunhão há ciência de mais um ator do que o de costume sobre o conteúdo nele exposto, conferindo margem a propagação das informações para terceiros que pode aviltar o direito do testador à preservação da sua intimidade.

Porém, sabido que essa publicidade é restrita pelas dimensões da complexidade que as sociedades hoje adquiriram, inclusive pela grande massa que habita ao mesmo tempo o planeta por condições de vida que elevaram a longevidade, sendo dentre outros pela questão da confiabilidade e necessidade de consulta de informações que até os dias atuais os registos públicos e as notas se perpetuam.

Por outro norte, embora o ato seja personalíssimo, o facto é que, salvo o testamento cerrado, os testamentos público e particular sempre precisaram por imposição legal, ressalvada a hipótese de apreciação judicial do testamento particular sem testemunhas em que na própria cédula testamentária o testador indica motivos excepcionais [art. 1.879, do Código Civil Brasileiro] ser confirmado pelo juízo, de testemunhas e do próprio Notário. Todavia, este tem por dever legal a guarda de informações adquiridas pelo exercício do seu ofício [art. 30, inciso VI, da Lei Federal n. 8.935, de 18 de novembro de 1994].

2.4.2. Testamento público

Forma de testamento existente no Brasil e em Portugal, o testamento público é o lavrado por Notário conforme a vontade do testador, está previsto no art. 1.864 e seguintes do Código Civil brasileiro e no art. 2205º do Código Civil Lusitano.

Para Joaquim Seabra Lopes, “É *público* o testamento escrito por notário no seu livro de notas (art. 2205º CC), estando sujeito ao cumprimento dos requisitos gerais dos instrumentos notariais”.⁹²

⁹² LOPES, Joaquim Seabra – **Direito dos Registos e do Notariado**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 613. ISBN 978-972-40-5748-4.

2.4.3. Testamento cerrado

Forma de testamento existente no Brasil e em Portugal, o testamento está previsto no art. 1.868 e seguintes do Código Civil Brasileiro e no art. 2206º e seguintes do Código Civil Lusitano.

Inocêncio Galvão Telles o conceitua como aquele que “é escrito e assinado pelo testador ou escrito por outra pessoa a rogo do testador e por este assinado, devendo o testador rubricar as folhas que não contenham a sua assinatura”.⁹³

Já Joaquim Seabra Lopes afirma tratar-se de testamento cerrado “quando é escrito e assinado pelo testador ou por outra pessoa a seu rogo, ou escrito por outra pessoa a rogo do testador e por este assinado”.⁹⁴

Deve necessariamente tanto em um quanto no outro país ser aprovado por Notário, que “é uma aprovação de simples *deliberação*, como tal destinada, não a examinar e aprovar as cláusulas do testamento (o seu conteúdo), mas a anotar e corrigir *irregularidades puramente formais*, como palavras cortadas ou entrelinhadas, borrões ou anomalias semelhantes”.⁹⁵

Salienta-se que a aprovação é feita por intermédio de um auto, chamado de auto de aprovação, com a assinatura do Notário, bem como de duas testemunhas na realidade brasileira.

Tamanha é a relevância, que o crivo qualificatório do Notário pode impedir irregularidades formais invalidando o testamento, assim como fraudes. Nesse sentido, ratifica o exame de qualificação a judicatura:

“Tabelionato de notas. Testamento cerrado - ata de aprovação - testemunhas - ausência. Disparidades. Segurança jurídica.

2VRPSP - Pedido de Providências: 1019801-74.2017.8.26.0005

Localidade: São Paulo Data de Julgamento: 13/06/2018 Data DJ: 13/06/2018

Relator: RENATA PINTO LIMA ZANETTA

Lei: LO - Novo CPC - 13.105/15 ART: 485 INC: I

Tabelionato de notas. Testamento cerrado - ata de aprovação - testemunhas - ausência. Disparidades. Segurança jurídica.

íntegra

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - COMARCA DE SÃO PAULO - 2ª VARA DE REGISTROS PÚBLICOS

⁹³ TELLES, Inocêncio Galvão – **Sucessão Testamentária**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 45. ISBN 978-972-32-1404-8.

⁹⁴ LOPES, Joaquim Seabra – **Direito dos Registos e do Notariado**. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 613. ISBN 978-972-40-5748-4.

⁹⁵ TELLES, Inocêncio Galvão – **Sucessão Testamentária**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 46. ISBN 978-972-32-1404-8.

Processo nº: 1019801-74.2017.8.26.0005

Classe - Assunto Pedido de Providências - Liminar

Requerente: C.J.S.

Vistos.

Cuidam os autos de procedimento instaurado com o desiderato de compelir a Tabeliã de Notas do Distrito de Ermelino Matarazzo, da Capital, “a lavrar desde logo o auto de aprovação do pretendido testamento cerrado, na presença das testemunhas e o leia em seguida ao testador e testemunhas”, além de indenização por danos morais hipoteticamente decorrentes da recusa de realização do ato na Unidade de Serviço. Houve emenda à inicial (fls. 20/21).

A Notária justificou o ocorrido, esclarecendo, em síntese, que a pessoa que compareceu à Serventia portando o testamento cerrado foi Celia Pereira de Souza, mas não estava acompanhada de testemunhas. Disse que usuária solicitou o reconhecimento de firma da testadora Corina de Jesus Souza, por autenticidade, no documento que chamou de testamento cerrado. A interessada então, teria sido encaminhada à presença da Tabeliã que lhe informou que “no testamento cerrado não se reconhece firma”, havendo necessidade da lavratura de uma ata de aprovação. Aduziu que a requerente foi orientada a retornar com as testemunhas para viabilizar a realização do ato.

Ainda segundo a Titular, o documento juntado às fls. 09/10 não condiz com o que lhe foi exibido para reconhecimento de firma, porquanto naquele constava como testemunhas advogados com escritório em Guaianazes. Acrescentou, outrossim, que as disparidades nas datas contidas no instrumento, por si só, caracterizam um óbice à qualificação positiva para a lavratura da ata de aprovação (fls. 33/34).

A interessada manifestou-se, pleiteando a inclusão de uma terceira testemunha no testamento, em substituição da segunda folha do instrumento (fls. 37/38). A representante do Ministério Público ofertou parecer, opinando pela extinção do feito, ante a inexistência de providências a serem adotadas (fls. 44/46).

É o breve relatório. DECIDO.

Estribada no discorrido, infiro que Corina de Jesus Souza, representada por sua filha Celia Pereira de Souza, ajuizou ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por danos morais contra a Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabeliã de Notas do Distrito de Ermelino Matarazzo, da Capital, objetivando compelir a Delegatária “a lavrar desde logo o auto de aprovação do pretendido testamento cerrado, na presença das testemunhas e o leia em seguida ao testador e testemunhas”.

A demanda foi originalmente distribuída ao MMº Juízo da 4ª Vara Cível do Foro Regional de São Miguel Paulista, o qual se declarou incompetente para apreciar o pedido cominatório, dando ensejo à remessa dos autos a este Juízo Corregedor Permanente.

Pois bem.

Na linha do parecer ofertado pela ilustre representante do Ministério Público, tenho que assiste razão à Tabeliã. Isso porque, a Delegatária justificou que a filha da interessada compareceu à Serventia para solicitar reconhecimento de firma por autenticidade da testadora, Corina de Jesus Souza, em testamento cerrado, desacompanhada das testemunhas.

Além disso, as disparidades detectadas nas datas apostas no instrumento, por si só, constituíram o óbice à qualificação positiva para a lavratura da ata de aprovação almejada.

Ora, como é cediço, o testamento cerrado abarca manifestação de vontade do testador que é testemunhada pelas pessoas que comparecem ao ato da lavratura da respectiva ata. Afinal, a ata de aprovação caracteriza ato notarial que garante a vontade do testador manifestada perante às testemunhas e declarada ao Notário. Desta feita, a rigorosa observância da forma mostra-se essencial à validade do ato.

Oportuno acrescentar que, quando promove a qualificação, o Tabelião realiza o estudo da documentação aferindo a possibilidade de sua aprovação em cotejo com o princípio da legalidade, com vistas a preservar a essência do ato praticado.

No caso telado, inobstante a motivação da recusa da Tabeliã tenha inicialmente decorrido da ausência das testemunhas, verificou-se, a posteriori, que a contradição dos termos do documento carreado ao feito, concernente às datas diversas para a manifestação da vontade, deixam evidente que a primeira folha foi redigida em um momento e a segunda folha em outro. Tal situação reflete, por si só, que o instrumento não se coaduna com o princípio da segurança dos registros públicos, justificando, pois, a acertada recusa da Notária em realizar o ato.

Isto posto e por tudo mais que nos autos consta, com destaque para a manifestação da ilustre representante do Ministério Público, acolho as explicações apresentadas pela Tabeliã e, por conseguinte, indefiro o pedido cominatório veiculado na inicial, julgando o processo extinto, com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do [Código de Processo Civil](#).

Custas “ex lege”.

Ciência à interessada, por e-mail, à Tabeliã e ao Ministério Público.

Comunique-se a decisão à Egrégia Corregedoria Geral da Justiça, por e-mail, servindo a presente sentença como ofício.

P.I.C.”.⁹⁶

2.4.4. Testamento particular

O testamento particular, por seu turno, não tem correspondência no ordenamento jurídico lusitano, pelo que só há no Brasil e se mostra de pouca utilização prática, além de não garantir a devida segurança, tendo em vista que elaborado pelo testador ou por alguém a seu pedido, mas sempre assinado, e se próprio punho, também por ele lido, não fica registrado em nenhum órgão registal, indicativo do motivo de sua inexistência no país europeu, ademais, tampouco é redigido ou aprovado por Notário que na qualidade de profissional do direito tende a prever todos os requisitos essenciais para a validade do testamento.

Mas é claro, que o testador que optar pelo testamento particular pode contar com a assessoria de advogado para tanto, se assim desejar, o que lhe trará maior segurança jurídica

⁹⁶ ZANETTA, Renata Pinto Lima relat. – Sentença da 2ª Vara de Registros Públicos de São Paulo no processo de Pedido de Providências com o número 1019801-74.2017.8.26.0005, de 13 de junho de 2018.

na redação do negócio jurídico unilateral, sem contar, contanto, com a possibilidade de seus herdeiros ou legatários encontrarem o instrumento facilmente.

De acordo com Arthur Kaufmann a “Segurança jurídica pode significar duas coisas: 1. segurança *através do direito*, e portanto segurança face ao roubo, homicídio, furto, incumprimento do contrato; 2. segurança do *próprio direito*, garantia da sua cognoscibilidade, aplicabilidade, efectividade”.⁹⁷

Logo, as três testemunhas obrigatórias para comprovarem a existência do testamento particular e acompanharem a leitura do conteúdo do mesmo são essenciais para a sua confirmação em juízo, estando insertas na segunda ideia de segurança jurídica de Arthur Kaufmann, devendo o testador ter especial cuidado na escolha delas e no armazenamento de tal documento para que sua vontade manifestada em vida não seja em vão quando da sua morte pela não localização do mesmo ou eventual desconhecimento do paradeiro das testemunhas.

⁹⁷ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried org. – **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Trad. António Manuel Espanha. 3.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 281. Título original: Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart. ISBN 978-972-31-0952-8.

3. Serviço notarial

3.1. Breve histórico

Toda instituição e função jurídica nasce de uma necessidade da sociedade, os notários são tão antigos que remontam a antigas civilizações, tanto que “É provável que a atividade notarial seja uma instituição que antecede a própria formação do Direito e do Estado”.⁹⁸

Felipe Leonardo Rodrigues e Paulo Roberto Gaiger revelam que existe relatos da existência dos notários desde 3.500 anos antes de Cristo nas civilizações sumérias e de 3.200 anos antes de Cristo na egípcia.⁹⁹

A figura do notário, ainda que embrionária, surgiu provavelmente devido ao desenvolvimento das comunidades, as quais foram ficando mais complexas ao longo do tempo pelo aumento populacional das aldeias que, por conseguinte tornaram-se núcleos urbanos como vilas e em sequência cidades.

As sociedades assim se tornaram mais complexas, passaram de núcleos familiares em que todos se conheciam, bem como dos fatos pela publicidade da enunciação por viva voz ou por costumes culturais para sociedades cada vez mais populosas que praticavam o escambo dos produtos excedentes, inclusive fazendo troca com outros povos.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Loureiro expõe

“A vida em sociedade, pois, foi tornando evidente a necessidade de um sistema cada vez mais sofisticado de certeza e publicidade de situações jurídicas, de tal forma que as pessoas pudessem conhecer e planejar a vida social e econômica com segurança e estabilidade: a propriedade e o refúgio familiar, a produção dos bens de subsistência, a troca de produtos excedentes, entre outros, constituíam bens e valores vitais para os indivíduos em uma sociedade emergente”.¹⁰⁰

Frente a essa nova realidade, surgiu nas mais variadas civilizações profissionais redatores dos atos e negócios jurídicos das partes, ainda que com um modesto conhecimento do direito, ou mesmo inexistente, mas que tinham a confiança do povo que em sua grande parte tomado pela ignorância não sabiam ler tampouco escrever.

⁹⁸ Décio Antonio Erpen apud RODRIGUES; Felipe Leonardo; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger – **Tabelionato de Notas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 15. ISBN 978-85-02-19546-2.

⁹⁹ RODRIGUES; Felipe Leonardo; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger – **Tabelionato de Notas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 15. ISBN 978-85-02-19546-2.

¹⁰⁰ LOUREIRO, Luiz Guilherme – **Manual de Direito Notarial: da Atividade e dos Documentos Notariais**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 40. ISBN 978-85-442-0575-4.

Assim, houve a necessidade da chancela a partir de determinado momento dos atos e negócios jurídicos por profissionais indicados ou vinculados ao poder político da época, ainda que destacadamente privado, surgindo daí práticos e, posteriormente, especialistas da interpretação, delineamento e aplicação do direito com o escopo de revestir o ato ou negócio jurídico de autenticidade, ou seja, eis que a fé pública, ainda que incipiente, era dada por um terceiro imparcial.¹⁰¹

3.2. Conceito

O serviço notarial é exercido pelos Notários, também conhecidos no Brasil, como Tabeliães de Notas, ele é um “*tertium genus*, uma vez que se posiciona entre o jurista estatal (magistrado, promotor de justiça etc.) e o jurista privado (advogado, consultor jurídico)”.¹⁰²

As notas são um serviço público de organização técnica e administrativa destinado a conferir a cognoscibilidade por terceiros de atos que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, segurança jurídica e eficácia.¹⁰³

Esse profissional, relata Luiz Guilherme Loureiro

“Trata-se de um jurista a quem o Estado delega fé pública, de forma que o documento por ele redigido é considerado autêntico e não pode ser recusado pelos demais órgãos do Estado ou impugnado pelos particulares, a não ser pela via judicial, e que tem por atribuições assegurar a segurança do tráfico econômico e a validade e eficácia dos atos e negócios jurídicos”.¹⁰⁴

Nesse sentido dispõe o inciso II do art. 19 da Constituição da República brasileira que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios recursar fé aos documentos públicos.

São diversos os modelos de notariado pelo mundo, como o notariado de base judicial e administrativa, o do tipo anglo-saxão e o do tipo latino ou da *civil law*, sendo este último tipo o adotado na maior parte dos países, inclusive por Brasil e Portugal.

¹⁰¹ LOUREIRO, Luiz Guilherme – **Manual de Direito Notarial: da Atividade e dos Documentos Notariais**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 40. ISBN 978-85-442-0575-4.

¹⁰² *Ibidem*, p. 70.

¹⁰³ Art. 1º c/c art. 6º, II, todos da Lei Federal n. 8.935, de 18 de novembro de 1994.

¹⁰⁴ LOUREIRO, Luiz Guilherme – **Manual de Direito Notarial: da Atividade e dos Documentos Notariais**. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 70. ISBN 978-85-442-0575-4.

Consiste o notariado de base administrativa em funcionários públicos que o exercem em nome do Estado a atividade em repartições públicas ou cartórios específicos, como ocorre em Cuba, o de base judicial é exercido por membros da magistratura, tal como no Estado de Baden, na Alemanha.¹⁰⁵

O notariado do anglo-saxão, típico dos países colonizados pela Inglaterra, e do próprio Reino Unido, se distancia do notariado do tipo latino, pois nos países anglo-saxões “Não há qualquer requisito de conhecimento jurídico ou de qualquer curso superior”.¹⁰⁶ Fato que o reduz a mero autenticador de cópias e reconhecedor de firmas. O ingresso, diversamente dos tipos acima citados é feito usualmente pela comprovação da idoneidade perante secretário de estado ou da casa civil, o qual autorizará a atuação do interessado que formulou o requerimento.¹⁰⁷

Tanto no Brasil quanto em Portugal¹⁰⁸, como mencionado, o tipo é o latino, sendo que este consiste o ingresso nessa função pública tipicamente estatal e delegada a particulares em colaboração com o Estado é mediante concurso público de provas e títulos, decisão tomada pelo legislador para possibilitar os ideais republicanos de meritocracia e isonomia, além de promover a escolha dos melhores profissionais por intermédio do certame, tendo em vista a necessidade de promoção do serviço público de modo adequado e eficiente.

Essa modalidade de ingresso na atividade notarial tem contemplado a melhoria dos serviços prestados a população de uma maneira geral, melhorando-se as estruturas físicas, garantindo-se, comodidade com serviços de apoio, tal como estacionamento gratuitos aos utentes do serviço notarial, mais espaço interno para atendimento ao público, medidas de proteção de dados no ambiente virtual, com a instalação de servidores e cabeamento de rede mais velozes, antivírus corporativo, sistema de backup por mídias removíveis e nas nuvens, além de um melhor preparo dos colaboradores do Notário para uma prestação extrajudicial de modo mais célere, seguro, eficiente e consentâneo com a nova realidade jurídica mormente a orientação por esse profissional de direito em constante aprendizado e atualização, garantindo aos usuários a segurança jurídica a que fazem jus, bem como alternativas jurídicas para

¹⁰⁵ RODRIGUES; Felipe Leonardo; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger – **Tabelionato de Notas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 27. ISBN 978-85-02-19546-2.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 28.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 28.

¹⁰⁸ “O notariado português integra-se no sistema designado por notariado latino que se rege por um certo número de princípios fundamentais entre os quais relevam o reconhecimento de *fé pública* aos atos praticados pelo notário – com as inerentes consequências a nível do valor probatório dos documentos–, e *autonomia funcional*”. LOPES, Joaquim Seabra – **Direito dos Registos e do Notariado**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 559. ISBN 978-972-40-5748-4.

complexidade negocial decorrente da evolução dos atos e negócios econômicos cada vez mais latentes em razão do capitalismo e a ampliação da economia globalizada.

A relevância desse profissional para o campo dos testamentos é enorme porquanto como mencionado é profissional do direito, que domina a seara jurídica, historicamente lhe incumbe a lavratura do testamento, tanto que em Portugal há duas formas de testar, mediante testamento público lavrado pelo Notário ou aprovação do testamento cerrado por ele, ao passo que no Brasil em que pese a existência de três formas, sendo elas o particular, o cerrado e o público, o mais comum é o testamento público elaborado pelo notário.

Isto porque é comum a propositura de ações após o falecimento do testador com o objetivo de anulá-lo, por supostamente lhes faltar os requisitos essenciais que a lei impõe, e que, na maior parte das vezes, na realidade, trata-se de inconformismos de herdeiros para com a destinação do patrimônio, seja quanto a partilha, seja quanto a legados.

De qualquer sorte, o Superior Tribunal de Justiça tem consagrado a primazia da vontade do testador quando no instrumento testamentário faltar algum dos requisitos legais, salvo se for de ordem pública, como se pode aperceber do julgado abaixo:

“O propósito recursal volta-se para a análise da validade de testamento público, cujo testador era cego e que não teria cumprido todas as formalidades legais exigidas. Na hipótese, o testamento público, apesar de produzido em cartório, lido em voz alta pelo tabelião na presença do testador e de duas testemunhas, suprimiu a exigência legal de uma segunda leitura e da expressa menção no corpo do documento da condição de cego do testador. Não é desconhecida a jurisprudência do STJ no sentido de que o testamento confeccionado, não obstante a ausência de algum elemento tido como indispensável, reproduz a manifestação de vontade do testador. Esses julgados, não obstante a reiterada insurgência calcada no art. 166, V, do CC/02 (for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade), traduzem a ideia de primazia da manifestação da vontade, quando essa não colide com preceitos de ordem pública. Dessa forma, atendidos os pressupostos básicos da sucessão testamentária – i) **capacidade** do testador; ii) atendimento aos limites do que pode dispor e; iii) lícita declaração de vontade – a ausência de umas das formalidades exigidas por lei, pode e deve ser colmatada para a preservação da vontade daquele que fez o testamento. E diz-se assim, pois as regulações atinentes ao instituto têm por fim teleológico, justamente, a garantia do referido desígnio. Logo, se essa vontade fica evidenciada por uma sucessão de atos e solenidades que coesamente a professam, inclusive, e principalmente, quando já falecido o autor do testamento, não há razão para, em preciosismo desprovido de propósito, exigir o cumprimento de norma que já teve o seu fim atendido. Na hipótese em análise, é certo que as exigências de dupla leitura do teor do testamento (pelo tabelião e por uma das testemunhas) e a confirmação, no próprio instrumento, da condição de cegueira do testador têm por objetivo assegurar, no momento de oposição da assinatura, o espelhamento da pretensão do *de cujus* em relação aos seus bens. Mas, quanto à garantia de que o testamento representa a efetiva declaração de vontade do testador, e que esse tinha plena ciência do que fazia e do seu alcance, fica evidenciada, tanto a **capacidade** cognitiva do testador quanto o fato de que o

testamento, lido pelo tabelião, correspondia exatamente à manifestação de vontade do *de cujus*".¹⁰⁹

Em sentido semelhante, de lavra do mesmo tribunal superior:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE NULIDADE DE TESTAMENTO - INOBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO - FORMALISMO QUE NÃO PODE SE OPOR À VONTADE DA TESTADORA - ALEGAÇÃO DE VÍCIO NO CONSENTIMENTO - INEXISTÊNCIA.

1. O egrégio Tribunal a quo asseverou que a testadora encontrava-se lúcida, com pleno discernimento de seus atos, possuindo, inclusive, pensamento amadurecido sobre testar os seus bens ao tempo da morte.

Sendo assim, para acolhimento do apelo extremo, seria imprescindível derruir a afirmação contida no decisum atacado, o que, forçosamente, ensejaria em rediscussão de matéria fática, incidindo, na espécie, o óbice da Súmula n. 7 deste Superior Tribunal de Justiça, sendo manifesto o descabimento do recurso especial.

2. A Corte local, ao interpretar as disposições de última vontade, considerou não haver qualquer dificuldade sobre o destino dos bens, pois o de cujus dispôs de todos os seus bens. Igualmente, em relação à qualificação dos beneficiários pelo testamento, o Tribunal de origem assentou que estes se encontram suficientemente identificados. Ademais, a instância ordinária considerou inexistir qualquer mácula na entrega da minuta do testamento 2 (dois) dias antes de sua leitura e assinatura, mormente, porque a autora da herança, após a sua leitura ratificou o seu conteúdo na presença das 5 (cinco) testemunhas e do Tabelião, sendo alegada irregularidade insuscetível de viciar a vontade da testadora.

2.1. Nulidade do testamento. Pleito insubsistente. A Corte de origem asseverou que a vontade da testadora foi externada de modo livre e consciente, sendo perfeitamente compreensível e identificável as disposições testamentárias [sic]. Assim, "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." (AgRg no REsp 1073860/PR, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 01/04/2013) 3. No que concerne à impossibilidade de ser a mesma pessoa testemunha, testamenteiro e inventariante, nota-se que o recurso especial encontra-se deficiente, porquanto esta Corte Superior entende que o dispositivo legal tido como violado deve conter carga normativa suficiente a alterar o julgado hostilizado. Na hipótese vertente, o insurgente aponta ofensa à regra jurídica incapaz de exercer modificação no provimento jurisdicional atacado, razão pela qual o apelo extremo é deficiente, nos termos da Súmula n. 284 do STF. Ainda que assim não fosse, o aresto hostilizado está fundado na regra do art. 990, V, do Código de Processo Civil, que não fora objeto de impugnação pelo apelo extremo, motivo pelo qual incide por analogia a Súmula n. 283 do STF.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no REsp 1230609/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 17/09/2013, DJe 02/10/2013)¹¹⁰

¹⁰⁹ ANDRIGHI, Nancy relat. – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no REsp com o número 1.677.931-MG, de 15 de agosto de 2017.

¹¹⁰ BUZZI, Marco relat. – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no AgRg no AgRg no REsp com o número 1230609/PR, de 17 de setembro de 2013.

O facto é que a previsão de aprovação ou elaboração por um notário confere maior segurança para o testador que possivelmente terá sua vontade *post mortem* respeitada e cumprida, justo porque na qualidade de profissional do direito, em regra, cumprirá todos os requisitos previstos em lei, tem por obrigação ser imparcial, além do que, no país sul-americano existe o módulo RCTO [Registro Central de Testamentos “On Line”] de registro de testamento da CENSEC [Central Notarial de Serviços Compartilhados] para pesquisa, e em Portugal há a Conservatória dos Registos Centrais que mantém os registos de testamentos desde 1950.¹¹¹

Desse modo, não há de conceber os erros crassos cometidos na lavratura do testamento público tratado no excerto infra:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TESTAMENTO.

PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. VÍCIOS DO ATO RECONHECIDOS NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CAPACIDADE PARA TESTAR. AUSÊNCIA DE PLENO DISCERNIMENTO (CC/2002, ART. 1.860; CC/1916, ART. 1.627). TESTEMUNHAS TESTAMENTÁRIAS. INIDONEIDADE (CC/2002, ART. 228; CC/1916, ART.

1.650). CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. DEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. INSUCESSO DO APELO ESPECIAL.

QUESTÃO PREJUDICADA.

1. O testamento público exige, para sua validade, que sua lavratura seja realizada por tabelião ou seu substituto legal, na presença do testador e de duas testemunhas que, após leitura em voz alta, deverão assinar o instrumento.

2. É inválido o testamento celebrado por testador que, no momento da lavratura do instrumento, não tenha pleno discernimento para praticar o ato, uma vez que se exige a manifestação perfeita de sua vontade e a exata compreensão de suas disposições.

3. Nos termos do art. 228, IV e V, do Código Civil vigente (CC/1916, art. 1.650), não podem ser admitidos como testemunhas o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes, bem como os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por

¹¹¹ CONSERVATÓRIA dos Registos Centrais [Em linha]. [Consult. 13 Nov. 2017]. Disponível em http://www.irm.mj.pt/sections/irm/a_registral/registos-centrais/existencia-de-testamento

consanguinidade, ou afinidade. In casu, houve violação dos referidos dispositivos legais, na medida em que o testamento público teve como testemunhas um amigo íntimo e a nora da única beneficiária da disposição de última vontade.

4. O acórdão recorrido, com base no exame dos elementos fático-probatórios dos autos, consignou a ausência do pleno discernimento do testador para a prática do ato, bem como reconheceu a interferência da beneficiária na celebração do testamento e o reflexo de sua vontade na do testador, de modo que é inviável, em sede de recurso especial, a revisão de tais questões, haja vista o óbice da Súmula n. 7 desta Corte Superior.

5. Consoante jurisprudência desta Corte, compete ao magistrado, à luz do princípio do livre convencimento motivado, previsto no art. 131 do Código de Processo Civil, decidir quais as provas necessárias para formar sua convicção, razão pela qual não se pode exigir que seja levado em consideração determinado depoimento, mormente quando se tratar daquele prestado pelas testemunhas consideradas inidôneas.

A convicção do julgador deve resultar do conjunto das provas produzidas na demanda.

6. Fica prejudicada a análise da questão relativa ao julgamento extra petita pela antecipação dos efeitos da tutela, tendo em vista o insucesso do recurso quanto às demais questões.

7. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1155641/GO, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 28/09/2012)".¹¹²

A central brasileira, portanto, contém importante função para encontrar os instrumentos de última vontade, se existentes, seja eles únicos ou múltiplos, o qual refletirá na derrogação ou revogação das cláusulas do anterior. Há, ainda, todavia, a impossibilidade de ser solicitada certidão do testamento em si por intermédio dessa central, o que prejudica a vida dos cidadãos, conferindo gastos temporais e financeiros desnecessários, posto que, a certidão é da existência ou não do instrumento desse negócio jurídico unilateral.

Talvez, pela grande questão que recai sobre os legitimados a requererem a certidão do testamento, no Brasil, estão a principio habilitados a solicitar a certidão do testamento qualquer pessoa, desde que a solicitação seja feita diretamente a Notaria na qual está inscrito, a teor do art. 17 da Lei Federal n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, acaso seja entendido que por analogia esse dispositivo é aplicável a atividade notarial, enquanto que pela CENSEC, apesar da regulamentação ser administrativa e aparentemente em contraposição à

¹¹² ARAÚJO, Raul relat. – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no REsp com o número 1155641/GO, de 13 de dezembro de 2011.

lei, apenas o próprio testador o pode, ressalvada requisição judicial ou do Ministério Público, essas hipóteses para quando vivo o testador, quando falecido, além das requisições do Poder Judiciário e do *Parquet*, também o pode o interessado mediante apresentação da certidão de óbito do autor do testamento.¹¹³

3.3. Natureza jurídica

O Serviço Notarial ou Notaria, também conhecido como Cartório de Notas, Ofício de Notas, Tabelionato de Notas, ou simplesmente indicado pela profissão Tabelião ou Notário, como ocorre em São Paulo em que há, por exemplo o “17ª Tabelião de Notas da Capital” é o local ou domicílio profissional do Tabelião ou Notário, o qual com auxílio dos seus colaboradores exerce o seu mister.

Esse profissional é um particular aprovado em concurso público de provas e títulos elaborado pelo Poder Judiciário, no Brasil, que conta na composição da comissão do concurso público com a participação de membros do próprio Poder Judiciário, do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil, de um representante dos Notários e outro dos Oficiais de Registro.

Os concursos públicos são deflagrados com a publicação do edital, que deve ocorrer em até seis meses após a vacância de um serviço notarial ou registral e deve acabar no prazo de um ano, fatos que raramente ocorrem.

São várias fases pelas quais o candidato deve passar, dentre elas: fase objetiva, escrita e prática, entrega da documentação para inscrição definitiva em que irá ser analisada a vida pregressa do candidato, exame psicotécnico para aferir as condições psiquiátricas e psicológicas do concorrente, a fase oral e a fase de títulos, sendo aceitos diplomas de pós-graduação *lato sensu*, mestrado, doutoramento, a comprovação de ministração de aulas por um período mínimo de cinco anos, com ou sem processo seletivo, dentre outros, sendo os citados, como se pode aperceber, visando a escolha de candidatos com conhecimento jurídico elevado e preparados para lidar com o público e suas demandas.

Após a aprovação no certame, os candidatos são convocados pela comissão do concurso para audiência pública para opção das delegações de notas e de registro, cujas escolhas serão feitas pela ordem de classificação, sendo normalmente iniciada pela escolha dos portadores de necessidades especiais concorrentes na remoção, depois da concorrência geral nesta modalidade, conseqüentemente passa-se para a escolha dos portadores de

¹¹³ Art. 5º do Provimento do Conselho Nacional de Justiça n. 18, de 28 de agosto de 2012.

necessidades especiais no critério de ingresso por provimento, por fim, na ampla concorrência por este critério.

Feitas as opções, é marcada outra solenidade para outorga, se esta já não ocorreu na própria audiência de escolha, bem como da investidura no serviço notarial ou registral, a qual admite prorrogação, assim como para entrada em exercício.

Tais atos administrativos acima citados pretendem conceder o tempo necessário para o candidato preparar a sua entrada em exercício de forma regular, sem quebra de continuidade e sem prejuízo a população, pois muitas vezes precisa mudar o local da prestação do serviço para melhor atender os usuários, implantar novo sistema de informação, adquirir novo mobiliário etc.

Dado o termo de entrada em exercício pelo Estado, por intermédio do Poder delegante, Judiciário, o Tabelião ou Notário passará a exercer na qualidade de particular uma função pública em colaboração com o Poder Público, sendo esta a natureza do seu mister, algo sem paralelo no Estado de Democrático de Direito brasileiro, sendo tratada, portanto, como *sui generis*. Contudo, se assemelha a concessão conferida pela Administração, porém, diversamente desta, a delegação notarial ou registral não é conquistada por meio de procedimento licitatório, como visto, mas por concurso público, também não existe contrato nos moldes da concessão.¹¹⁴

¹¹⁴ Ressalte-se, ainda, que já houve julgado em que equiparou as serventias extrajudiciais a verdadeiros órgãos públicos, contudo, confundiu a qualidade dos delegatários com servidores públicos em total descompasso ao estatuído pelo art. 236 da Constituição Federal: “A atividade notarial e registral, ainda que executada no âmbito de serventias extrajudiciais não oficializadas, constitui, em decorrência de sua própria natureza, função revestida de estatalidade, sujeitando-se, por isso mesmo, a um regime estrito de direito público. A possibilidade constitucional de a execução dos serviços notariais e de registro ser efetivada “em caráter privada, por delegação do poder público” (CF, art. 236), não descaracteriza a natureza essencialmente estatal dessas atividades de índole administrativa. – As serventias extrajudiciais, instituídas pelo Poder Público para o desempenho de funções técnico-administrativas destinadas “a garantir a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos” (Lei n. 8.935-94, art. 1º), constituem órgãos públicos titularizados por agentes que se qualificam, na perspectiva das relações que mantêm com o Estado, como típicos servidores públicos. (STF, ADI 1.378 MC, rel. Celso de Mello, j. 30-11-1995)”. Indicando o equívoco: “O art. 40, § 1º, II, da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi conferida pela EC 20/1998, está restrito aos cargos efetivos da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios – incluídas as autarquias e fundações. Os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do poder público – serviço público não privativo. Os notários e os registradores exercem atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público. Não são servidores públicos, não lhes alcançando a compulsoriedade imposta pelo mencionado art. 40 da CF/1988 – aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade.

[**ADI 2.602**, rel. p/ o ac. min. Eros Grau, j. 24-11-2005, P, DJ de 31-3-2006.] = **MS 28.440 ED-AgR**, voto do rel. min. Teori Zavascki, j. 19-6-2013, P, DJE de 7-2-2014 **Vide RE 556.504 ED**, rel. min. Dias Toffoli, j. 10-8-2010, 1ª T, DJE de 25-10-2010”.

GRAU, Eros relat. – Acórdão do Supremo Tribunal Federal na ADI com o número 2.602, de 24 de novembro de 2005.

TOFFOLI, Dias relat. – Acórdão do Supremo Tribunal Federal no RE 556.504, de 10 de agosto de 2010.

ZAVASCKI, Teori relat. – Voto no Acórdão do Supremo Tribunal Federal no MS com o número 28.440, de 19 de junho de 2013.

Nesse sentido, ementa de acórdão do Supremo Tribunal Federal que destaca as peculiaridades da delegação, concessão e permissão:

“Regime jurídico dos servidores notariais e de registro. Trata-se de atividades jurídicas que são próprias do Estado, porém exercidas por particulares mediante delegação. Exercidas ou traspassadas, mas não por conduto da concessão ou da permissão, normadas pelo *caput* do art. 175 da Constituição como instrumentos contratuais de privatização do exercício dessa atividade material (não jurídica) em que se constituem os serviços públicos. A delegação que lhes timbra a funcionalidade não se traduz, por nenhuma forma, em cláusulas contratuais. A sua delegação somente pode recair sobre pessoa natural, e não sobre uma empresa ou pessoa mercantil, visto que de empresa ou pessoa mercantil é que versa a Magna Carta Federal em tema de concessão ou permissão de serviço público. Para se tornar delegatária do poder público, tal pessoa natural há de ganhar habilitação em concurso público de provas e títulos, e não por adjudicação em processo licitatório, regrado, este, pela Constituição como antecedente necessário do contrato de concessão ou de permissão para o desempenho de serviço público. Cuida-se ainda de atividades estatais cujo exercício privado jaz sob a exclusiva fiscalização do Poder Judiciário, e não sob órgão ou entidade do Poder Executivo, sabido que por órgão ou entidade do Poder Executivo é que se dá a imediata fiscalização das empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. Por órgãos do Poder Judiciário é que se marca a presença do Estado para conferir certeza e liquidez jurídica às relações inter partes, com esta conhecida diferença: o modo usual de atuação do Poder Judiciário se dá sob o signo da contenciosidade, enquanto o invariável modo de atuação das serventias extraforenses não adentra essa delicada esfera da litigiosidade entre sujeitos de direito. Enfim, as atividades notariais e de registro não se inscrevem no âmbito das remuneráveis por tarifa ou preço público, mas no círculo das que se pautam por uma tabela de emolumentos, jungidos esses a normas gerais que se editam por lei necessariamente federal. (...) As serventias extrajudiciais se compõem de um feixe de competências públicas, embora exercidas em regime de delegação a pessoa privada. Competências que fazem de tais serventias uma instância de formalização de atos de criação, preservação, modificação, transformação e extinção de direitos e obrigações. Se esse feixe de competências públicas investe as serventias extrajudiciais em parcela do poder estatal idônea à colocação de terceiros numa condição de servil acatamento, a modificação dessas competências estatais (criação, extinção, acumulação e desacumulação de unidades) somente é de ser realizada por meio de lei em sentido formal, segundo a regra de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. (...) Tendo em vista que o STF indeferiu o pedido de medida liminar há mais de dez anos e que, nesse período, mais de setecentas pessoas foram aprovadas em concurso público e receberam, de boa-fé, as delegações do serviço extrajudicial, a desconstituição dos efeitos concretos emanados dos Provimentos 747/2000 e 750/2001 causaria desmesurados prejuízos ao interesse social. Adoção da tese da norma jurídica "ainda constitucional". Preservação: a) da validade dos atos notariais praticados no Estado de São Paulo, à luz dos provimentos impugnados; b) das outorgas regularmente concedidas a delegatários concursados (eventuais vícios na investidura do delegatário, máxime a ausência de aprovação em concurso público, não se encontram a salvo de posterior declaração de nulidade); c) do curso normal do processo seletivo para o recrutamento de novos delegatários.

[[ADI 2.415](#), rel. min. Ayres Britto, j. 10-11-2011, P, *DJE* de 9-2-2012.]

Vide [ADI 4.140](#), rel. min. Ellen Gracie, j. 27-11-2008, P, *DJE* de 20-9-2009”.¹¹⁵

¹¹⁵ BRITTO, Ayres relat. – Acórdão do Supremo Tribunal Federal no processo ADI 2.415, de 10 de novembro de 2011 [Em linha]. [Consult. 16 Nov. 2018]. Disponível em <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=108260>.

Sendo o último fato nocivo a eficiência e continuidade da atividade notarial, haja vista que o equilíbrio econômico-financeiro dos serviços notariais nem sempre é observado quando da edição de leis em sentido estrito, ou com eficácia comparada, como os atos editados pelo Conselho Nacional de Justiça que em nome de princípios constitucionais normalmente conferem gratuidades não previstas em lei, e sequer nestes ou naqueles diplomas há a devida fonte correspondente para bancar tais graciosidades.

E como a atividade notarial é desempenhada por um particular [pessoa singular], que diversamente das pessoas coletivas concessionárias de serviço público não possui crédito subsidiado pelo BNDES [Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social], isto pode ser extremamente danoso, já que todos os gastos lhe incumbem.

As despesas podem ser de três ordens, de instalação, manutenção e investimento. Assim todos os gastos de instalação do serviço com a compra do imóvel ou locação e a reforma para atender aos requisitos legais de acessibilidade, segurança e fácil localização incorrem as suas custas.

Não é diferente as despesas de manutenção, de elevado valor, que dentre outras pode-se mencionar material de expediente, cartuchos de tinta para as impressoras, manutenção destas, dos computadores e outros aparelhos de informática, do prédio onde instalado o serviço, aluguel deste, o pagamento de salários, comissões, encargos trabalhistas e previdenciários dos colaboradores, cursos de formação e aperfeiçoamento destes, além da própria previdência do Tabelião, o recolhimento do seu imposto de renda cuja alíquota normalmente é de 27,5%, o recolhimento de 2 a 5% de Imposto sobre Serviços devidos ao Município, nos locais onde não tem previsão de repasse aos usuários do serviços, taxa do alvará municipal de funcionamento na hipótese de entender o Município a não imunidade desse prestador de serviço público, contador, água, energia, telefone, internet, sistema de informação, backup *online*, dentre outras.

Por fim, as despesas com investimento para melhoramentos do serviço notarial, sobretudo na ampliação do espaço do acervo que atualmente é uma mescla de virtual com físico, devendo os livros serem impressos ainda que sejam confeccionados e mantidos em ambiente eletrônico, para manutenção em papel também, devendo ser adquiridos de preferência armários corta-fogo, servidor e computadores de última geração etc.

Dessa forma, como dito, recaem todos os gastos sobre a pessoa do Notário, o que pode inviabilizar ou prejudicar a eficiência tão requisitada desses profissionais, ou mesmo inviabilizar o seu mister pelo sucateamento das suas instalações e falta de atualização

científica sua e de seus empregados, em decorrência da falta de reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do serviço.

3.4. Finalidades

O Serviço Notarial ou Notaria corresponde como visto a um serviço público, desempenhado por um profissional do direito que exerce uma função pública, recebendo no Brasil uma delegação do Estado, portanto, sendo ator importante na colaboração deste na realização das suas finalidades estatais em prol da sociedade.

As finalidades dos Notários são diversas, as mais importantes pautam-se em quatro princípios estipulados no art. 1º da Lei Federal n. 8.935, de 18 de novembro de 1994, conhecida como lei orgânica dos notários e registradores.

Em suma, são os princípios da publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, sendo estes entendidos no seu sentido mais amplo, abrangendo também os negócios jurídicos, tendo em vista a possibilidade ou determinação de intervenção desse profissional na instrumentalização da vontade das partes.

Há, portanto, que os Notários praticam atos que devem emanar publicidade, ou seja, cognoscibilidade, que significa o que se pode conhecer, no caso, por terceiros maiores e capazes que estão aptos a solicitar certidão do ato para ciência do seu conteúdo, tanto é assim que, *a priori* as separações e divórcios no âmbito dos processos judiciais são revestidos de sigilo, entretanto, quando formalizados por meio de escrituras públicas, não, consoante se depreende do art. 42 da Resolução n. 35, de 24 de abril de 2007 que disciplina “Não há sigilo nas escrituras públicas de separação e divórcios consensuais”.

Por conseguinte, essa permissibilidade de qualquer terceiro sem demonstrar interesse jurídico na solicitação de certidão de separação ou divórcio que muitas vezes pode conter ainda, a partilha dos bens do casal, é um fator indicativo da suposta possibilidade de se conseguir a certidão de um testamento público.

A questão da publicidade notarial foi debatida em duas oportunidades na Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde foi sugerido que haveria a necessidade de restrição desta quanto as escrituras públicas de inventário, conforme se verifica a seguir:

“Tabelionato de Notas - inventário extrajudicial - publicidade notarial
- limitação.
CGJSP - Processo: 137.937/2017

Localidade: São Paulo Data de Julgamento: 11/08/2017 Data DJ: 10/08/2017
Relator: MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS,
Lei: CPC - Código de Processo Civil - 5.869/1973 ART: 982
Lei: LO - Novo CPC - 13.105/15 ART: 610 PAR: 1
Lei: LO - Novo CPC - 13.105/15 ART: 189

CARTÓRIO DE NOTAS - Sugestão de limitação à publicidade de informações relativas a inventários extrajudiciais - descabimento - Publicidade que rege toda a atividade notarial - Aplicação analógica dos itens 93 e 152 do Capítulo XIV das Normas de Serviço - Via extrajudicial que constitui mera opção dos interessados - Parecer desta E. Corregedoria Geral da Justiça - Proposta novamente rejeitada.

Íntegra

PROCESSO Nº 2017/137937 - SÃO PAULO - CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. - (281/2017-E) - DJE DE 10.8.2017, P. 16.

CARTÓRIO DE NOTAS - Sugestão de limitação à publicidade de informações relativas a inventários extrajudiciais - descabimento - Publicidade que rege toda a atividade notarial - Aplicação analógica dos itens 93 e 152 do Capítulo XIV das Normas de Serviço - Via extrajudicial que constitui mera opção dos interessados - Parecer desta E. Corregedoria Geral da Justiça - Proposta novamente rejeitada.

Vistos.

Trata-se de sugestão formulada pelo MM Juiz de Direito, Ricardo Pereira Júnior, visando à atenuação da publicidade dada as escrituras de inventário lavradas em serventias extrajudiciais.

Sobre a proposta, manifestou-se o Colégio Notarial do Brasil - Seção São Paulo (fls. 13/19).

É o relatório.

Opino.

A sugestão apresentada pelo MM Juiz de Direito já foi objeto de expediente anterior ([2015/189848](#)). Naqueles autos, a sugestão foi rejeitada por parecer proferido pelo MM Juiz Assessor da Corregedoria Geral da Justiça, Dr. Carlos Henrique André Lisboa, acolhido pelo DD Corregedor Geral da Justiça Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, publicado no DJE, de 1/4/2016.

Neste expediente, não foram apresentados novos argumentos e tampouco houve alteração legislativa que justificasse ou autorizasse a modificação da posição já exarada por esta E. Corregedoria Geral da Justiça.

Por isso, transcrevo trecho do parecer que tratou do tema e cujo posicionamento se mantém:

(...) “No que tange ao item “b” - possibilidade de qualquer pessoa obter certidão do ato notarial na serventia extrajudicial - em que pese a sugestão do Colégio Notarial de modificação do regramento do tema (fls. 15/18), a publicidade deve ser mantida de modo irrestrito.

A ampla publicidade dos atos praticados nos tabelionatos de notas, sem a necessidade de se declinar o motivo pelo qual se requer a informação, é princípio que rege toda a atividade notarial. A respeito do tema, ensina Narciso Orlando Neto:

“Além de ser atribuição do Notário, a expedição de certidão é também um dever, à medida que não a pode negar a quem quer que seja. Os livros de notas são públicos, significando que qualquer pessoa tem acesso a seu conteúdo, o que, evidentemente,

não se confunde com acesso físico ao próprio livro" ("Atividade Notarial - Noções", in Introdução ao Direito Notarial e Registral, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 22).

Não obstante as escrituras de inventário não sejam mencionadas especificamente, o item 93 do Capítulo XIV das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral, repetindo diretriz estabelecida na [Resolução nº 35 do CNJ](#), assim dispõe:

93. Não há sigilo nas escrituras públicas de separação e divórcio consensuais. No que concerne às escrituras públicas de testamento, prescreve o item 152 do Capítulo XIV das Normas de Serviço:

152. As certidões de escrituras públicas de testamento, enquanto não comprovado o falecimento do testador, serão expedidas apenas a seu pedido ou de seu representante legal, ou mediante ordem judicial.

O item 93, de modo absoluto, proíbe qualquer forma de limitação à publicidade das escrituras de separação e divórcio.

Já o item 152 admite o sigilo em apenas uma hipótese: certidão de escritura de testamento de pessoa ainda não falecida. Em sentido contrário, comprovado o falecimento do testador, qualquer um, independentemente da demonstração de interesse, pode obter certidão da escritura do testamento.

Desse modo, se a publicidade é absoluta para as escrituras de separação, divórcio e testamento – essa última com uma única e compreensível exceção – não há razão para tratamento diverso em se tratando de escrituras de inventário. Em todos esses casos, a intimidade e a vida privada dos envolvidos são, em algum grau, expostas. Nem por isso resolveu-se limitar a publicidade desses atos a aqueles que demonstrem interesse na obtenção da informação. No confronto entre publicidade e intimidade, optou-se pelo resguardo da primeira.

E assim deve ser também para as escrituras de inventário. Embora sem previsão expressa, a ampla publicidade decorre dos princípios que regem a atividade de notas e da aplicação analógica dos itens 93 e 152 do Capítulo XIV das Normas de Serviço.

Convém ressaltar, por fim, que a lavratura de escritura de inventário era (artigo 982 do antigo [Código de Processo Civil](#)) e continua sendo (artigo 610, § 1º, do novo [Código de Processo Civil](#)) opção das partes interessadas. Assim, se os herdeiros não têm interesse na divulgação de determinada informação, que optem pelo inventário judicial e requeiram a decretação do segredo de justiça (artigo 189 do novo [Código de Processo Civil](#)).

O que não se admite é a criação de um sigilo sui generis, sem autorização legal, dentro de uma atividade que tem a publicidade como característica essencial.

Por todo o exposto, opino pela rejeição da proposta formulada, cientificando-se todos os interessados". (...)

Por essas razões, o parecer que, respeitosamente, submeto à elevada apreciação de Vossa Excelência, é no sentido de se rejeitar, novamente, a sugestão apresentada, cientificando-se os interessados.

Sub censura.

São Paulo, 27 de julho de 2017.

Paula Lopes Gomes

Juíza Assessora da Corregedoria

DECISÃO

Aprovo, pelas razões expostas, o parecer da MMª Juíza Assessora e rejeito a proposta formulada.

Publique-se e oficie-se.

São Paulo,

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS

Corregedor Geral da Justiça”.¹¹⁶

Ainda sobre aludida decisão, apresenta-se abaixo a anterior que expôs os argumentos pelos quais a Juíza Assessora da Corregedoria se reportou:

“Tabelionato de notas. Notário. Tabelião. Certidão de atos notariais - publicidade notarial - inventários extrajudiciais. Segredo de justiça.

CGJSP - Processo: 189.848/2015

Localidade: São Paulo Data de Julgamento: 23/03/2016 Data DJ: 01/04/2016

Relator: Manoel de Queiroz Pereira Calças

CARTÓRIO DE NOTAS - Sugestão de limitação à publicidade de informações relativas a inventários extrajudiciais - descabimento - Publicidade que rege toda a atividade notarial - Aplicação analógica dos itens 93 e 152 do Capítulo XIV das [Normas de Serviço](#) - Via extrajudicial que constitui mera opção dos interessados - Proposta rejeitada.

Nota do editor: v. [Processo 0000349-38.2016.8.26.0100](#), DJe de 29/1/2016.

Íntegra

PROCESSO Nº 2015/189848 - SÃO PAULO - CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - (75/2016-E) - DJe de 1.4.2016, p. 7.

CARTÓRIO DE NOTAS - Sugestão de limitação à publicidade de informações relativas a inventários extrajudiciais - descabimento - Publicidade que rege toda a atividade notarial - Aplicação analógica dos itens 93 e 152 do Capítulo XIV das [Normas de Serviço](#) - Via extrajudicial que constitui mera opção dos interessados - Proposta rejeitada.

Excelentíssimo Corregedor Geral da Justiça,

Trata-se de sugestão formulada pelo advogado Cleiton da Silva Germano, visando à atenuação da publicidade dada as escrituras de inventário lavradas em serventias extrajudiciais. Alega o interessado que os inventários realizados na modalidade extrajudicial podem ser facilmente rastreados, o que expõe indevidamente o patrimônio dos envolvidos. Propõe que tanto o conteúdo da escritura do inventário como sua própria existência sejam divulgados apenas mediante preenchimento de formulário com todos os dados da pessoa a ser pesquisada.

¹¹⁶ CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira relat. – Decisão da Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo no processo com o número 137.937/2017, de 11 de agosto de 2017.

Sobre a proposta, manifestaram-se o Juiz Corregedor Permanente dos Cartórios de Notas da Capital (fls. 8/9) e o Colégio Notarial do Brasil - Seção São Paulo (fls. 13/19).

É o breve relato.

Opino.

Como ressaltado pelo Presidente do Colégio Notarial do Brasil - Seção São Paulo, a sugestão diz respeito a dois pontos distintos:

a) possibilidade de qualquer pessoa efetuar pesquisa sobre a existência de inventários na base de dados da Central de Escrituras de Separações, Divórcios e Inventários - CESDI;

b) possibilidade de qualquer pessoa obter certidão do ato notarial na serventia extrajudicial.

O interessado sugeriu a limitação da publicidade tanto da pesquisa como da obtenção da certidão.

O Corregedor Permanente dos Serviços de Notas da Capital opinou pela manutenção da publicidade de todas as informações.

Já o Colégio Notarial do Brasil - Seção São Paulo se manifestou no sentido de se possibilitar a pesquisa, limitando-se o acesso ao ato notarial em si.

Em relação ao item "a" - possibilidade de qualquer pessoa efetuar pesquisa sobre a existência de inventários na base de dados da Central de Escrituras de Separações, Divórcios e Inventários - CESDI - inviável a alteração pretendida pelo interessado.

O [Provimento nº 18](#) do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu a Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados - CENSEC, composta de vários módulos, dentre os quais a Central de Escrituras de Separações, Divórcios e Inventários - CESDI, preceitua em seu artigo 8º:

Art. 8º. *Poderá qualquer interessado acessar o sítio eletrônico para obter informação sobre a eventual existência dos atos referidos no artigo anterior e o sistema indicará, em caso positivo, o tipo de escritura, a serventia que a lavrou, a data do ato, o respectivo número do livro e folhas, os nomes dos separandos, divorciandos, "de cujus", cônjuges supérstites e herdeiros, bem como seus respectivos números de documento de identidade (RG ou equivalente) e CPF e o (s) advogado (s) assistente (s).*

Pela leitura do dispositivo, resta claro que um dos principais objetivos da criação da Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados - CENSEC foi justamente possibilitar a busca unificada dos atos notariais lavrados em nosso país. E o artigo 8º do [Provimento nº 18](#) do CNJ não restringe de nenhuma forma o acesso a esse tipo de informação, preceituando que qualquer interessado poderá obter informação sobre a eventual existência de escrituras de separação, divórcio e inventário.

Destarte, inviável a modificação pretendida.

No que tange ao item "b" - possibilidade de qualquer pessoa obter certidão do ato notarial na serventia extrajudicial - em que pese a sugestão do Colégio Notarial de modificação do regramento do tema (fls. 15/18), a publicidade deve ser mantida de modo irrestrito.

A ampla publicidade dos atos praticados nos tabelionatos de notas, sem a necessidade de se declinar o motivo pelo qual se requer a informação, é princípio que rege toda a atividade notarial. A respeito do tema, ensina Narciso Orlandi Neto:

"Além de ser atribuição do Notário, a expedição de certidão é também um dever, à medida que não a pode negar a quem quer que seja. Os livros de notas são públicos, significando que qualquer pessoa tem acesso a seu conteúdo, o que, evidentemente, não se confunde com acesso físico ao próprio livro" ("Atividade Notarial - Noções", in Introdução ao Direito Notarial e Registral, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 22).

Não obstante as escrituras de inventário não sejam mencionadas especificamente, o item 93 do Capítulo XIV das [Normas de Serviço da Corregedoria-Geral](#), repetindo diretriz estabelecida na Resolução nº 35 do CNJ, assim dispõe:

93. Não há sigilo nas escrituras públicas de separação e divórcio consensuais.

No que concerne às escrituras públicas de testamento, prescreve o item 152 do Capítulo XIV das [Normas de Serviço](#):

152. As certidões de escrituras públicas de testamento, enquanto não comprovado o falecimento do testador, serão expedidas apenas a seu pedido ou de seu representante legal, ou mediante ordem judicial.

O item 93, de modo absoluto, proíbe qualquer forma de limitação à publicidade das escrituras de separação e divórcio.

Já o item 152 admite o sigilo em apenas uma hipótese: certidão de escritura de testamento de pessoa ainda não falecida. Em sentido contrário, comprovado o falecimento do testador, qualquer um, independentemente da demonstração de interesse, pode obter certidão da escritura do testamento.

Desse modo, se a publicidade é absoluta para as escrituras de separação, divórcio e testamento - essa última com uma única e compreensível exceção - não há razão para tratamento diverso em se tratando de escrituras de inventário. Em todos esses casos, a intimidade e a vida privada dos envolvidos são, em algum grau, expostas. Nem por isso resolveu-se limitar a publicidade desses atos a aqueles que demonstrem interesse na obtenção da informação. No confronto entre publicidade e intimidade, optou-se pelo resguardo da primeira.

E assim deve ser também para as escrituras de inventário. Embora sem previsão expressa, a ampla publicidade decorre dos princípios que regem a atividade de notas e da aplicação analógica dos itens 93 e 152 do Capítulo XIV das [Normas de Serviço](#).

Convém ressaltar, por fim, que a lavratura de escritura de inventário era (artigo 982 do antigo [Código de Processo Civil](#)) e continua sendo (artigo 610, § 1º, do [novo Código de Processo Civil](#)) opção das partes interessadas. Assim, se os herdeiros não têm interesse na divulgação de determinada informação, que optem pelo inventário judicial e requeiram a decretação do segredo de justiça (artigo 189 do [novo Código de Processo Civil](#)).

O que não se admite é a criação de um sigilo *sui generis*, sem autorização legal, dentro de uma atividade que tem a publicidade como característica essencial.

Por todo o exposto, opino pela rejeição da proposta formulada, cientificando-se todos os interessados.

É este o parecer que submeto ao elevado critério de Vossa Excelência.

Sub censura.

São Paulo, 21 de março de 2016.

Carlos Henrique André Lisboa

Juiz Assessor da Corregedoria

CONCLUSÃO

Aprovo o parecer do MM. Juiz Assessor da Corregedoria e, por seus fundamentos, que adoto, rejeito a proposta formulada por Cleiton da Silva Germano.

Publique-se.

Dê-se ciência do teor desta decisão ao proponente e ao Colégio Notarial do Brasil - Seção São Paulo.

São Paulo, 23/03/2016

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS

Corregedor Geral da Justiça.”¹¹⁷

A autenticidade, por sua vez, decorre da necessidade do terceiro com quem se trata ou o público em geral ter um parâmetro de que o documento apresentado pela parte se reveste de confiança, por ser genuíno, evitando-se com isso a ação de falsários, isso decorre pois os instrumentos públicos emanados pelo Notário possuem fé pública, já que esta é conferida por lei ao Tabelião pelo Estado quando da sua escolha. Este foi um dos principais motivos pelo qual o Notário surgiu ainda nos primórdios, dada a complexidade que a sociedade foi alcançando e o desconhecimento com quem se tratava face o aumento populacional.

Ligado ao princípio acima, há o princípio da segurança jurídica, que se pode dizer ser o principal na seara notarial, o motivo da sua existência. Já que se presta o Notário a conferir legitimidade ao ato ou negócio jurídico, tendo para isso de assessorar as partes para ciência da relação jurídica que elas pretendem revestir de forma pública ou que necessariamente esta deve ser optada e observar os princípios e regras do ordenamento jurídicos, posto que sua atuação visa a prevenção de litígios e age como uma justiça preventiva.

Desse modo, o Tabelião indispensavelmente deve denegar atos e negócios jurídicos que sejam contrários a moral, aos bons costumes ou a ordem pública. Assim, não comporta a sua intervenção atos e negócios jurídicos eivados de nulidade e sendo discutível a lavratura de escrituras ou outros atos que podem ser anulados.

Por seu turno, o princípio da eficácia corresponde aos objetivos quistos pelas partes que procuram o Notário, afinal, elas querem que seus atos e negócios jurídicos emanem os efeitos pretendidos, previstos em lei ou conferidos dentro dos ditames legais pelas respectivas autonomias de vontade.

¹¹⁷ *Idem* relat. – Decisão da Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo no processo com o número 189.848/2015, de 23 de março de 2016.

Pode-se dizer, portanto, que o Notário tem como finalidades o assessoramento jurídico das partes, a observância estrita do princípio da legalidade para a instrumentalização de atos e negócios jurídicos dotados de fé pública, garantindo-se a confiança depositada em si pelas partes e pelo Estado, que assegure a coesão do ato jurídico (leia-se em sentido amplo) e em razão disso afaste a possibilidade de litígio entre os envolvidos ou terceiros que podem ter acesso ao instrumento por intermédio do traslado (1ª via) ou das certidões, diminuindo as demandas judiciais e promovendo a paz social por intermédio de uma justiça preventiva. Além de fomentar o tráfico de riquezas e assegurar a observância dos direitos da personalidade ínsitos a cada ser humano.

3.5. Certidão

A certidão é o documento pelo qual se confere publicidade de um ato ou negócio jurídico inscrito nas notas dos Notários, ela é extraída dos livros e documentos arquivados em seu Ofício, materializando a fé pública desse profissional que além dos deveres já citados, possui o de prestar informação mediante requerimento do interessado, desde que tenha legitimidade.

A questão da legitimidade, porém, não é clara, como pontua Felipe Leonardo Rodrigues:

“A publicidade material dos atos notariais lato sensu está consignada no artigo 1º do Estatuto Notarial (Lei 8.935/94). Característica inerente aos atos notariais em geral. A parte final do inciso II, do art. 6º, do mesmo diploma não esclarece – com precisão – quem são as pessoas interessadas para requerer informações dos protocolos notariais (certidão notarial), sem consignar o motivo ou interesse do pedido”.¹¹⁸

De qualquer sorte:

“O Estado tem o dever de expedir o documento público quando haja sido regularmente solicitado por parte legítima, desde que preenchidas condições de fato

¹¹⁸ RODRIGUES, Felipe Leonardo – **Da Impossibilidade de Expedição de Certidão (Por Simples Requerimento) de Testamento Público** [Em linha]. [sl]:[sn], [sd]. [Consult. 05 Nov. 2018]. Disponível em http://www.notariado.org.br/docs/art_flr_01.pdf.

e de direito exigidas pela lei para emissão do documento. O documento público não é favor ou arbitrária do agente público competente; sua lavratura é direito que o Estado não pode deixar de atender, de nenhum modo, quando atendidos os requisitos da lei”.¹¹⁹

No Brasil, por ausência de um Código do Notariado, sistematização existente em Portugal e em diversos outros países, o Notário deve se ater além da Lei Federal n. 8.935, de 18 de novembro de 1994, conhecida como Lei Orgânica dos Notários e Registradores, e diversos outros diplomas esparsos, a Lei Federal n. 6.015, de 31 de dezembro 1973, designada de Lei de Registros Públicos, a qual em alguns aspectos trata da atividade notarial, e mesmo pode ser aplicada por analogia, por ela tem-se no art. 19 que “Os oficiais e os encarregados das repartições em que se façam os registros são obrigados: 1º lavrar certidão do que lhes for requerido; 2º a fornecer às partes as informações solicitadas”.

Além disso, em referida lei, consta do art. 17, *caput* que “Qualquer pessoa pode requerer certidão do registro sem informar ao oficial ou ao funcionário o motivo ou interesse do pedido”, desse modo, a lei deu larga margem de legitimação para solicitação de certidões perante o Notário, porém, deve ser feita uma adequação à luz da legislação civil e constitucional vigente.

Todavia, não parece ser esse o entendimento de Felipe Leonardo Rodrigues, o qual, ao comentar da falta de previsão expressa de quem é legitimado a solicitar certidão notarial, faz referência à Lei de Registros Públicos, da seguinte forma:

“De forma oposta, a Lei de Registros Públicos que regula a atividade registral foi enfática sobre quais pessoas podem solicitar informações do fólio imobiliário, do assento de registro civil e do registro no oficial de títulos e documentos (art. 17, da Lei 6.015/73). Tal tutela registral depõe que toda e qualquer pessoa, natural ou jurídica, de direito público ou privado, independentemente do interesse podem ser sujeitos requisitantes”.¹²⁰

Portanto, de acordo com aludido autor qualquer pessoa pode solicitar a certidão dessas especialidades registrais, e o quis dizer, pessoa maior. Logo, pela teoria das capacidades, é

¹¹⁹ RODRIGUES; Felipe Leonardo; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger – **Tabelionato de Notas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 64-65. ISBN 978-85-02-19546-2.

¹²⁰ RODRIGUES, Felipe Leonardo – **Da Impossibilidade de Expedição de Certidão (Por Simples Requerimento) de Testamento Público** [Em linha]. [sl]:[sn], [sd]. [Consult. 05 Nov. 2018]. Disponível em http://www.notariado.org.br/docs/art_flr_01.pdf.

absolutamente capaz o maior de 18 anos de idade, desde que não enquadrados nos incisos II, III e IV do art. 4º Código Civil Brasileiro, sendo que o termo para tanto é a data de aniversário em que a pessoa completa a idade, não sendo necessário aferição do horário.

Como o solicitante deve satisfazer o valor dos emolumentos pagos aos notários pela sistemática de considerar tal quantia tributo, na modalidade taxa, há que ter capacidade para o adimplemento, haja vista que se trata de um contrato, sendo nulo se firmado por absolutamente incapaz, ou seja, menor de 16 anos de idade conforme preceitua o art. 166, inciso I do Código Civil Brasileiro, ou ainda, por absolutamente incapaz quando lhe for tolhido esse direito face a decretação de sua interdição, tornando-se anulável o ato, de acordo com o art. 171, inciso I, também do Código Privado brasileiro.

Todavia, no último caso, há a hipótese da confirmação do ato ou negócio jurídico quando existir a confirmação pelo assistente do relativamente incapaz, nos moldes do art. 176 da Codificação Civil brasileira.

3.5.1. Definição

De acordo com Felipe Leonardo Rodrigues “Certidão vem do latim, certitudo, de certus. Trata-se de reprodução literal – total ou parcial – de certo instrumento público ou documento particular arquivados e expedidos por notário competente, a qual faz prova plena”.¹²¹

Recorda referido autor que existe certa diferença entre o primeiro documento extraído do ato notarial e os demais, afirma ele “Em síntese, o traslado é a reprodução do ato-matriz, enquanto a certidão é a certificação do que no ato-matriz se contém”.¹²²

Além disso, “O primeiro, em razão da forma e do modo como é extraída, será sempre em inteiro teor. O segundo, por sua vez, pode ser em inteiro teor ou em breve relato (resumida)”.¹²³

3.5.2. Finalidade

A finalidade da certidão é a comprovação de atos, negócios ou meramente fatos jurídicos através de informações dotadas de fé pública que estão materializadas em um

¹²¹ *Ibidem.*

¹²² *Ibidem.*

¹²³ *Ibidem.*

documento assinado física ou digitalmente por autoridade competente, no caso dos testamentos, pelo Notário ou um de seus colaboradores conforme a regra vigente.

3.5.3. Expedição

A expedição no Brasil pela Lei de Registros Públicos, na hipótese da sua adoção por analogia, é de cinco dias, embora exista normas administrativas das Corregedorias - Gerais da Justiça que estipulam prazo menor, como por exemplo, a do Paraná.¹²⁴

Na prática, as certidões de escrituras públicas, testamentos e outros atos notariais são emitidos no mesmo dia do requerimento, tendo em vista a evolução dos sistemas informatizados que facilitaram o trato das informações sob poder dos notários.

Conforme Felipe Leonardo Rodrigues a certidão “Pode ser extraída por meio de cópia reprográfica ou por meios mecânicos, informáticos ou datilográficos”. Sendo usual, como vimos, a emissão eletrônica.¹²⁵

3.5.3.1. Competência

A competência para expedição da certidão do testamento no Brasil incumbe ao responsável pelo serviço notarial, o qual é denominado notário, que corresponde a um profissional do direito aprovado em concurso público de provas e títulos e é tido como um particular em colaboração com o Estado. Em Portugal, igualmente, o Código do Notariado no art. 4.º, 2, g) estipula tal atribuição aos notários.

3.5.3.2. Legitimado a requerer

O legitimado a requerer “espontaneamente” em Portugal, enquanto vivo o testador, é o próprio testador ou procurador conforme art. 32.º, 2, do Código do Notariado.

De forma semelhante, pela CENSEC, se assemelha a legitimidade para requerer tal documento no Brasil, no caso dos notários brasileiros existe a restrição na expedição de informação quanto a existência ou não de testamento quando solicitada pela CENSEC, que se

¹²⁴ Art. 39 do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná: “As certidões dos atos notariais e registrares serão fornecidas no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, devendo todas as folhas serem subscritas e rubricadas pelos notários e registradores ou seus substitutos.

¹²⁵ RODRIGUES, Felipe Leonardo – **Da Impossibilidade de Expedição de Certidão (Por Simples Requerimento) de Testamento Público** [Em linha]. [sl]:[sn], [sd]. [Consult. 05 Nov. 2018]. Disponível em http://www.notariado.org.br/docs/art_flr_01.pdf.

refere a Central Notarial de Serviços Compartilhados. Sendo possível a solicitação pelo próprio testador [art. 5º, b, do Provimento n. 18, de 28 de agosto de 2012 do Conselho Nacional de Justiça.

Do instrumento do próprio testamento, entende-se que poderá ser requerido por qualquer pessoa, desde que não exista normas da corregedoria local proibindo-se tal emissão.

3.5.3.3. Momento

Na doutrina brasileira existe a distinção de dois instrumentos extraídos das notas do notário, a primeira via é considerada o traslado da escritura pública ou do testamento, é elaborada em sequência ao ato, por seu turno, as demais vias são consideradas certidões.

A distinção na prática não tem muito relevo, porém, o prazo sim, embora não de forma inflexível, pois “A certidão notarial pode ser expedida na mesma data ou em data posterior à do ato-matriz”.¹²⁶

Pelas normas dos serviços extrajudiciais, é comum que se preveja a expedição da certidão em um prazo de 5 dias no máximo, deve ser entendido esse lapso em dias corridos, mas há, regras administrativas como se encontra no Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça do Foro Extrajudicial do Tribunal de Justiça do Paraná¹²⁷ que restringem o prazo para expedição para 24 horas apenas, o que se coaduna com a atual fase da sociedade contemporânea vinculada a celeridade e tecnologia da informação.

Porém, nota-se um descompasso entre a norma administrativa e a Lei de Registros Públicos [se for entendida como a base para referido prazo], ferindo-se em tese o princípio da legalidade que deve basear a ação do administrador, portanto, o modo apesar de positivo para os usuários está em dissonância com aquele diploma legal.

Assim,

“Formalmente deve ser emitida em papel de segurança (v.g. Estado de São Paulo), contendo certificado (dação de fé) na última página, autenticando-se o número total de folhas, rubricando-se todas as demais, bem como respeitar o prazo máximo de 5

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ CORREGEDORIA-GERAL da Justiça do Tribunal de Justiça do Paraná – Provimento nº 249/2013 [Em linha]. Curitiba: Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Paraná, 2018. [Consult. 15 nov. 2018]. Disponível em <https://www.tjpr.jus.br/documents/11900/499063/C%C3%93DIGO+DE+NORMAS+-+ALTERA%C3%87%C3%95ES+-+P+286.2018+-+13.12.2018.pdf/02f94fc4-0f5b-2697-87c5-4217654479ad>.

(cinco) dias, contados da solicitação, obrigando-se o Tabelião à expedição do respectivo comprovante”.¹²⁸

Outro ponto a ser considerado é no tocante a necessidade de conferência do que consta do sistema informatizado com os livros físicos, sendo os últimos os considerados autênticos no ordenamento jurídico brasileiro atual.

Além disso, existe a necessidade de uma análise dos Notários titulares de notarias economicamente deficitárias e que não dispõem de sistema informatizado, os quais são prejudicados com a redução do prazo comum estabelecido pelas normas administrativas.

Face a isso, propugna-se que seja alterada a Lei Federal n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973 para a redução do prazo para expedição da certidão, seja o prazo considerado em dia útil e que posteriormente haja estudo para a criação de um Código do Notariado tal como o de Portugal para facilitar o manuseio e homogeneizar os procedimentos notariais em todo o Brasil, tendo em vista que este possui 26 Estados mais o Distrito Federal, cada qual, praticamente, com normativa própria expedida pelos respectivos tribunais, o que reflete em uma variedade de procedimentos distintos que causam perplexidade aos cidadãos, sobretudo os leigos.

3.5.3.4. Restrição

A restrição da publicidade de atos é baseada sobretudo no amadurecimento das ordenações jurídicas quanto a necessidade de respeito a intimidade e privacidade do indivíduo, evitando-se que o Estado ou a sociedade devasse indevidamente a vida do mesmo. Tercio Sampaio Ferraz Junior reconhece no princípio da exclusividade a possibilidade de evitar isso, para ele, tal princípio “visa assegurar ao indivíduo a sua identidade diante dos riscos proporcionados pela niveladora pressão social e pela incontrastável impositividade do poder público”.¹²⁹

O fato é que a sociedade já há algum tempo vem tendo o direito à intimidade reconhecida individualmente no plano interno e internacional, a propósito: A Declaração de

¹²⁸ RODRIGUES, Felipe Leonardo – **Da Impossibilidade de Expedição de Certidão (Por Simples Requerimento) de Testamento Público** [Em linha]. [sl]:[sn], [sd]. [Consult. 05 Nov. 2018]. Disponível em http://www.notariado.org.br/docs/art_flr_01.pdf.

¹²⁹ JUNIOR FERRAZ, Tercio Sampaio *apud* PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di – Alcance do Princípio da Publicidade das Funções Públicas: Transparência e Sigilo. In MORAES, Alexandre, coord. – **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009. 207 p. ISBN 978-85-224-5293-4. Cap. 10, p. 201-215.

Direitos do Homem do ano de 1948 que em seu art. 12 estabeleceu “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda pessoa tem direito à proteção da lei”.

Antes disso, no Brasil, em 1824, ano da promulgação da Constituição do Império, foi reconhecido quanto ao domicílio, o direito à intimidade da pessoa.¹³⁰

Até a fase atual, muitas Constituições foram promulgadas no Brasil, e os dispositivos alargaram a ideia de intimidade com fim de proteger melhor o indivíduo, como é o caso do art. 5.º, inciso X da Constituição Federal de 1988 [atual] que prevê “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Por outro lado, mas com o objeto de tutela repousando sobre a intimidade, o inciso LX do mesmo artigo, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro “inova ao determinar que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a **defesa da intimidade** ou o **interesse social** o exigirem”.¹³¹ Isso ocorre porque na tradicional concepção processualista, os atos são públicos.

Importa lembrar com Carlos Alberto Bittar e Carlos Alberto Bittar Filho que “Cabe, pois, ao jurisperito, intérprete ou aplicador da lei procurar fazer justiça ou evitar que se perpetue situação injusta”.¹³² Acrescenta-se que incumbe a esses profissionais evitar que a injustiça também ocorra, afinal a prevenção faz parte da manutenção da paz social no plano precedente ao conflito.

Entrementes, “Daí a importância de que se reveste a interpretação do Direito que, por meio de processos diferentes, cuida de definir, em termos claros, o conteúdo de normas, regulamentos, contratos e outras formas de manifestação do direito”.¹³³

Salientamos, dessa forma, o que leciona Rodrigo Augusto de Oliveira acerca da hermenêutica jurídica e aplicação do direito

“Não se confundindo o texto legal com a norma dele extraída (resultado final do processo exegético), por *interpretação jurídica* sempre se entendeu a busca ou a

¹³⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di – Alcance do Princípio da Publicidade das Funções Públicas: Transparência e Sigilo. In MORAES, Alexandre, coord. - **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009. 206 p. ISBN 978-85-224-5293-4. Cap. 10, p. 201-215.

¹³¹ *Ibidem*, p. 206-207.

¹³² BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto – **Direito Civil Constitucional**. 3.ed. São Paulo: RT, 2003, p. 31. ISBN 85-203-2406-1.

¹³³ *Ibidem*, p. 31.

revelação do exato sentido, essência e alcance das expressões do Direito, e não sua construção propriamente dita, cabendo à *hermenêutica* sistematizar os processos voltados à descoberta de tais significados, reuni-los em um todo lógico e fixar as regras, diretrizes e princípios pertinentes, muito embora usualmente se tome as expressões por sinônimo, tampouco se confundindo a *aplicação* do Direito, atividade dependente das anteriores e consistentes em enquadrar um caso da vida na hipótese normativa mais adequada dentre aquelas teoricamente passíveis de incidência”.¹³⁴

Luís Roberto Barroso, por seu turno, frisa que “A *hermenêutica jurídica* é um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do direito”.¹³⁵ Diferenciando-a da interpretação para quem “é atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la incidir em um caso concreto”. Em sequência explica que “A *aplicação* de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua concretização, pela efetiva incidência do preceito sobre a realidade de fato”.¹³⁶

Assim, a interpretação quanto a legislação notarial no Brasil, peca, porque mais dificultosa em razão de não ter dispositivos em forma de lei, tanto que a parte do ordenamento jurídico que trata de notas em Portugal é mais densa que no Brasil, tanto que possui Código próprio para o notariado, ao passo que no país sul-americano é inexistente uma ordenação legislativa nesse sentido, aplicando o intérprete do direito em diversas situações a legislação concernente aos registros públicos, sobretudo a Lei Federal n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

E mesmo se houvesse, assim “com efeito, as disposições de leis obrigam fórmulas gerais, projeções, previsões para o futuro, que nem sempre espelham adequadamente os fins a que se propõem”.¹³⁷ É o caso retratado da publicidade testamentária.

O que causa um imbróglio pelas diferenças do registro para com o notariado, mormente não há uma restrição legal com relação a expedição de certidões envolvendo testamento, pois a regra é a publicidade indireta absoluta, salvo em determinados casos, como, por exemplo no de adoção ou inferência ao estado civil dos pais no registro de nascimento, proteção a testemunhas em colaboração com investigação criminal.

¹³⁴ OLIVEIRA, Rodrigo Augusto de – **A Interpretação Conforme a Constituição e a Separação de Poderes**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, f. 68-69. Tese de Doutorado em Direito.

¹³⁵ BARROSO, Luís Roberto – **Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora**. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 103. ISBN 85-02-04929-1.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 103.

¹³⁷ BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto – **Direito Civil Constitucional**. 3.ed. São Paulo: RT, 2003, p. 32. ISBN 85-203-2406-1.

Nesse sentido, acerca da falta de expressa previsão legal de restrição quanto a emissão de certidão de testamento, Zeno Veloso citado por Felipe Leonardo Rodrigues, obtempera:

“Tal proibição devia existir no direito brasileiro. Vivo, ainda, o testador, somente ele, pessoalmente ou através de procurador, é que poderia obter certidão de seu testamento. Morto o disponente, aí sim, qualquer pessoa teria acesso ao livro notarial, tirando cópia do testamento. Bastaria que exibisse a certidão do registro de óbito do declarante. Afinal, o testamento, embora seja válido desde a sua elaboração, é negócio jurídico cuja eficácia se acha diferida. Os efeitos da testamentificação só se dão post mortem, sendo, ainda, ato essencialmente revogável. Não tem sentido que terceiros (muita vez com interesses escusos) tomem conhecimento das disposições mortuárias, em vida do testador. De lege ferenda, as regras do direito espanhol e português deviam ser trazidas para o nosso direito.”¹³⁸

Lembra-se quanto ao aspeto prático que “Em termos notariais, certidão reprográfica é a cópia fiel do protocolo notarial (livro ou arquivo) existente no Tabelionato de Notas, obtida através de meios seguros e duradouros, assim, espelhando a fidelidade e integralidade do texto reproduzido”.¹³⁹

Assim, pela conjugação da disposição do art. 17 c/c a do art. 19, ambas da Lei Federal n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, qualquer pessoa pode pedir certidão de inteiro teor, resumo ou em relatório [conforme quesitos] sem informar ao Oficial o motivo ou interesse do pedido, sendo este obrigado a lavrar a certidão que lhe foi pedida, consoante redação do item 1º do art. 16 da supracitada lei.

Porém, a simples interpretação literal ou **sistemática** desses artigos parece não resolver a celeuma da publicidade testamentária. Não pode ser aceito o processo hermenêutico gramatical porque existe uma lacuna, bem como o direito desde os tempos mais antigos transmutou-se, não se verifica mais como na Roma antiga, onde predominou “o processo literal: o rigor do *jus civile* impunha uma observância exata de seus termos e a obediência extrema às suas formas de aplicação”.¹⁴⁰

Uma solução poderá ser por intermédio do Conselho Nacional de Justiça [CNJ] órgão integrante do Poder Judiciário, de acordo com o art. 92, inciso I-A da Constituição da República do Brasil, tem dentre as finalidades relacionadas aos serviços notariais o de

¹³⁸ RODRIGUES, Felipe Leonardo – **Da Impossibilidade de Expedição de Certidão (Por Simples Requerimento) de Testamento Público** [Em linha]. [sl]:[sn], [sd]. [Consult. 05 Nov. 2018]. Disponível em http://www.notariado.org.br/docs/art_flr_01.pdf.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto – **Direito Civil Constitucional**. 3.ed. São Paulo: RT, 2003, p. 35. ISBN 85-203-2406-1.

fiscalizar juntamente com os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, o de emitir normatizações administrativas sobre a atividade notarial com base no art. 103-B, §4, incisos I e III da Constituição Federal brasileira, embora haja controvérsia acerca desse poder regulamentador que acaba extrapolando as suas prerrogativas, usurpando a função legislativa do Congresso Nacional, mas que unificaria o entendimento a nível nacional.

O fato é que a questão da restrição da publicidade está vinculada ao tema sigilo, sendo que para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, este pode ser tratado sob dois aspectos:

“(a) O sigilo no âmbito dos direitos individuais, eventualmente restringido por motivo de interesse público; (b) o sigilo no âmbito das funções públicas, como exceção ao princípio da publicidade. No primeiro caso, o sigilo é a regra e a sua quebra constitui exceção; no segundo caso a publicidade é a regra e o sigilo é que constitui exceção”.¹⁴¹

Assim, existe a possibilidade de colisão em sentido amplo de direitos, princípios e valores nas esferas individual e coletiva, como na hipótese de impossibilidade de emissão de certidão do testamento enquanto vivo o testador, pois estarão em posições opostas a intimidade e privacidade do testador e o direito do credor com dificuldade na execução do seu crédito ante a ocultação por parte do testador do seu patrimônio.

A problemática, portanto, deve ser resolvida por intermédio do princípio da proporcionalidade nesses casos, como acentua a própria Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Para resolver esses conflitos, invoca-se, atualmente, o *princípio da proporcionalidade*, que foi utilizado originariamente no âmbito dos atos administrativos, para limitar a atuação da Administração Pública no exercício da competência discricionária, e posteriormente passou a ser utilizado no âmbito do direito constitucional, como meio de limitar a atuação do legislador na delimitação dos direitos fundamentais. O princípio exige observância das regras da *necessidade*, *adequação* e *proporcionalidade* em sentido estrito. Por outras palavras, a medida deve trazer o mínimo de restrição ao titular do direito, devendo preferir os meios menos onerosos (*necessidade*); deve ser apropriada para a realização do interesse público (*adequação*); e deve ser proporcional em relação ao fim a atingir (*proporcionalidade* em sentido estrito)”.

¹⁴¹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di – Alcance do Princípio da Publicidade das Funções Públicas: Transparência e Sigilo. In MORAES, Alexandre, coord. - **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009. 204 p. ISBN 978-85-224-5293-4. Cap. 10, p. 201-215.

E pelo princípio da exclusividade que para Tercio Sampaio Ferraz Junior, é:

“Aquilo que é exclusivo é o que passa pelas opções pessoais, afetas pela subjetividade do indivíduo e que não é dominada nem por normas nem por padrões objetivos. O princípio da exclusividade comporta três atributos principais: a **solidão** (donde o desejo de estar só), o **segredo** (donde a exigência de sigilo) e a **autonomia** (donde a liberdade de decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações”.¹⁴²

Afinal,

“Para proteger a intimidade, como direito individual, o direito positivo limita a atuação de determinados órgãos e instituições e de determinados profissionais que, por força das funções que lhes são próprias, têm conhecimento de informações relativas a terceiros, impondo-lhe o **dever de sigilo**. Nessas hipóteses, as informações obtidas não podem ser objeto de divulgação; não tem aplicação nesses casos, a regra da publicidade”.¹⁴³

Tanto que para alguns profissionais, o dever de sigilo deve ser respeitado sob pena de enquadramento na hipótese do crime tipificado no art. 154 do Código Penal brasileiro “Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem. Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa”.

Logo, o Notário se não resguardar os segredos que tem conhecimento acerca do seu mister, se enquadra na hipótese legal acima, porquanto estipulado referido dever no inciso VI do art. 30 da Lei Federal n. 8.935, de 18 de novembro de 1994.

Exemplos dados de restrição à publicidade, são, de acordo com Felipe Leonardo Rodrigues, os abaixo indicados:

“i) Referente às escrituras sem efeito ou incompletas, somente será fornecida certidão mediante autorização judicial.

¹⁴² JUNIOR FERRAS, Tercio Sampaio *apud* PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di – Alcance do Princípio da Publicidade das Funções Públicas: Transparência e Sigilo. In MORAES, Alexandre, coord. - **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009. 207 p. ISBN 978-85-224-5293-4. Cap. 10, p. 201-215.

¹⁴³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di – Alcance do Princípio da Publicidade das Funções Públicas: Transparência e Sigilo. In MORAES, Alexandre, coord. - **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009. P. 207. ISBN 978-85-224-5293-4. Cap. 10, p. 201-215.

ii) Referente às atas notariais com verificações de fatos que possam propagar o dano constatado (v.g. fatos decorrentes de pedofilia, fotos pornográficas publicadas maliciosamente, etc.).

iii) Filiamo-nos ao entendimento do notário e registrador civil Ricardo Guimarães Kollet, que por força do artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, é vedado fornecer certidão de escritura pública de reconhecimento de filho ou de adoção, tendo em vista que a mesma denota a origem da filiação, o que é vedado pela carta política.

iv) Quanto ao testamento, pergunta-se: poderia uma pessoa requerer uma certidão do testamento público feito pelo Antônio Ermírio de Moraes mediante simples pedido verbal? S.m.j., nos testamentos, somente será possível certificar o teor do mesmo, enquanto vivo o testador, a este ou a procurador com poderes especiais. Depois de falecido o testador, a qualquer interessado, instruindo-se o pedido com a respectiva certidão de óbito”.¹⁴⁴

Aludido autor sustenta a posição do último item com base no antigo item 26-C. 1 das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo quanto ao foro extrajudicial, porém, não parece ser a forma mais adequada, como se verá nas conclusões e possivelmente que deu ensejo a alteração [revogação]. Também cita normativas dos Estados do Rio Grande do Sul e Paraná, antes de citar o art. 176 do Código do Notariado de Portugal e o regulamento notarial espanhol.

Neste último, encontramos duas interessantes disposições, a primeira:

“Artículo 225.

Las copias de testamentos solicitadas por las Administraciones públicas, con ocasión de expedientes o informes sobre solvencia o en procedimientos de apremio sobre bienes de determinadas personas a las que el testamento reconozca derechos hereditarios, se expedirán sólo parcialmente, limitadas a las cláusulas patrimoniales en las que aquellas sean beneficiarias, y previa justificación fehaciente del fallecimiento del testador y de la existencia de los citados expedientes y procedimientos.

Las notificaciones previstas en el artículo 223 del Código Civil se efectuarán mediante testimonio en relación relativo a la designación de tutores”.¹⁴⁵

¹⁴⁴ RODRIGUES, Felipe Leonardo – **Da Impossibilidade de Expedição de Certidão (Por Simples Requerimento) de Testamento Público** [Em linha]. [sl]:[sn], [sd]. [Consult. 05 Nov. 2018]. Disponível em http://www.notariado.org.br/docs/art_flr_01.pdf.

¹⁴⁵ MINISTÉRIO da Justiça da Espanha – **Regulamento da Organización e Regime do Notariado Espanhol** [Em linha]. Madri: Ministério da Justiça, 1944. [Consult. 06 de Nov. 2018]. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1944-6578>.

Referido artigo é interessante pois restringe a legitimidade de a Administração requerer a expedição de certidão de testamento ao âmbito patrimonial do seu interesse, porém diz respeito quando o testador já estiver morto.

A segunda,

“Artículo 226.

En vida del otorgante, sólo éste o su apoderado especial podrán obtener copia del testamento.

Fallecido el testador, tendrán derecho a copia:

a) Los herederos instituidos, los legatarios, albaceas, contadores partidores, administradores y demás personas a quienes en el testamento se reconozca algún derecho o facultad.

b) Las personas que, de no existir el testamento o ser nulo, serían llamados en todo o en parte en la herencia del causante en virtud de un testamento anterior o de las reglas de la sucesión intestada, incluidos, en su caso, el Estado o la Comunidad Autónoma con derecho a suceder.

c) Los legitimarios.

Las copias de testamentos revocados sólo podrán ser expedidas a los efectos limitados de acreditar su contenido, dejando constancia expresa de su falta de vigor”.¹⁴⁶

O artigo 226, por sua vez, regulamenta as hipóteses para emissão de certidão enquanto vivo o testador, de forma semelhante ao Código do Notariado português e as regras administrativas expedidas pelas Corregedorias Gerais da Justiça de alguns Tribunais de Justiça brasileiros, todavia, de forma mais ampla.

Ainda quanto a obrigação de guardar sigilo, Marya Silvia Zanella Di Pietro faz a seguinte reflexão sobre o assunto “verifica-se que, se existe o sigilo como ***direito*** fundamental, ele também existe como ***dever*** imposto a todos aqueles, sejam particulares, sejam agentes públicos, que têm conhecimento de dados sigilosos que não lhe pertencem e em relação aos quais fica vedada a divulgação ou publicidade”.¹⁴⁷

Na eventualidade da elaboração de lei própria para impor restrições aos dados constantes na certidão do testamento enquanto vivo o testador, o legislador pode fazer uso de

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di – Alcance do Princípio da Publicidade das Funções Públicas: Transparência e Sigilo. In MORAES, Alexandre, coord. - **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009. 208 p. ISBN 978-85-224-5293-4. Cap. 10, p. 201-215.

redação semelhante a que constava na Lei Federal n. 11.111, de 05 de maio de 2005, a qual no art. 7º dispunha [antes de ser revogada pela Lei Federal n. 12.527, de 18 de novembro de 2011]:

“os documentos públicos que contenham informações relacionadas à intimidade, vida privada, honra e imagem de pessoas, e que sejam ou venham a ser de livre acesso poderão ser franqueados por meio de certidão ou cópia do documento, **que expurgue ou oculte a parte sobre a qual recai o disposto no inciso X do caput do art. 5º da Constituição Federal**”. (Grifou-se)

Ou da própria Lei Federal n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, atualmente em vigor:

“Art. 7º - O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:§ 2º **Quando não for autorizado acesso integral à informação por ser ela parcialmente sigilosa, é assegurado o acesso à parte não sigilosa por meio de certidão, extrato ou cópia com ocultação da parte sob sigilo**”. (Grifamos)

A opção será interessante na medida que poderá traçar dados como a omissão a quem se destina determinado bem para evitar confusão familiar, porém resguarda o interesse do credor, que comprovando esta qualidade poderá solicitar a certidão com o dever de sigilo, já que o acesso as informações contidos no testamento pode levá-lo a conhecer o patrimônio do seu devedor, e a depender do vulto do mesmo, a sua publicização acarretará perigo a sua segurança ou de entes queridos.

Essa ideia se amolda a linha de pensamento seguida por Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

“a vida em comunidade, com suas inerentes interações entre pessoas, impede que se atribua valor radical à privacidade. É possível descobrir interesses públicos, acolhidos por normas constitucionais, que sobrelevem ao interesse do recolhimento do indivíduo. O interesse público despertado por certo acontecimento ou por

determinada pessoa que vive de uma imagem cultivada perante a sociedade pode sobrepujar a pretensão de ‘ser deixado só’.”¹⁴⁸

No âmbito da expedição da certidão do testamento as ordenações jurídicas portuguesa, com lei formal, e a brasileira com normativas das Corregedorias-Gerais da Justiça e do Conselho Nacional de Justiça têm adotado a posição da restrição a publicidade do negócio jurídico unilateral.

As opções indicadas acima devem atender a sociedade contemporânea e não se esquecer de que “o Direito não é imutável, senão em sociedade estável; que, ao lado dos textos escritos, existe o ‘direito vivo’ da sociedade [...] que o Direito não se confina aos Códigos e que as condições cambiantes, sociais, econômicas e políticas exigem uma constante adaptação dos textos à realidade”.¹⁴⁹

Desse modo, a lei em sentido formal ou a norma regulamentadora, embora bem-vinda para sanar a lacuna latente, deve ser objeto de evoluções futuras no campo da hermenêutica jurídica, interpretação e aplicação, sobretudo nesta época de constante propagação de informações por redes sociais e desenvolvimento de novas tecnologias, porquanto “não é a letra da lei que indica o seu sentido, mas este deve ser determinado em função de seus fins”.¹⁵⁰

¹⁴⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di – Alcance do Princípio da Publicidade das Funções Públicas: Transparência e Sigilo. In MORAES, Alexandre, coord. - **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2009. 209 p. ISBN 978-85-224-5293-4. Cap. 10, p. 201-215.

¹⁴⁹ BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto – **Direito Civil Constitucional**. 3.ed. São Paulo: RT, 2003, p. 36. ISBN 85-203-2406-1.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 37.

4. Interpretação conforme à Constituição

4.1. Definição

Tem-se por definição consoante Juliano Taveira Bernardes e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira que a interpretação conforme a constituição é “Princípio segundo o qual, sempre que a interpretação de alguma disposição normativa identificar mais de um sentido possível (= mais de uma norma), deve-se preferir aquele que apresentar maior compatibilidade com as normas constitucionais”.¹⁵¹

Já de acordo com Pedro Lenza

“Diante de **normas plurissignificativas** ou **polissêmicas** (que possuem mais de uma interpretação), deve-se preferir a exegese que mais se aproxime da Constituição e, portanto, não seja contrária ao texto constitucional, daí surgirem várias dimensões a serem consideradas, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, destacando-se, lembrando que a interpretação conforme será implementada pelo Judiciário e, em última instância, de maneira final, pela Suprema Corte”.¹⁵²

No âmbito português, J. J. Gomes Canotilho ensina que:

“No caso de polissemia de sentidos de um acto normativo, a norma não deve considerar-se inconstitucional enquanto puder ser interpretada de acordo com a constituição. **A interpretação das leis em conformidade com a Constituição** é um meio de o TC (e os outros tribunais) neutralizarem violações constitucionais, escolhendo a alternativa interpretativa conducente a um juízo de compatibilidade do acto normativo com a Constituição”.¹⁵³

Assim, possui referido princípio o objetivo de dar prevalência a Constituição como documento máximo do ordenamento jurídico, conservando a norma editada e evitando com isso sua descontinuidade em decorrência de uma interpretação compatível, espantar a interpretação *contra legem* neste caso, em desacordo com a Constituição, porém sem contrariar o seu sentido tampouco a literalidade da sua disposição, por isso, apenas se existir espaço para decisão quanto a interpretação que tal princípio será aplicado, não sendo possível

¹⁵¹ BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves – **Direito constitucional: tomo I**. 5.^a ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 266. ISBN 978-85-4420-239-5.

¹⁵² LENZA, Pedro – **Direito Constitucional Esquematizado**. 15.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 150. ISBN 978-85-02-10568-3.

¹⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.958-959. ISBN 978-972-40-2106-5.

em caso reverso, quando deverá ser reputada por inconstitucional, de forma que se pelo processo hermenêutico resultar em uma regra e norma diversa da idealizada pelo legislador, estará o intérprete proibido do uso da técnica porquanto estaria atuando como legislador positivo, portanto, ferindo o princípio da separação de poderes,¹⁵⁴ entre outros.

Por isso que Juliano Taveira Bernardes e Olavo Vianna Alves Ferreira enumeram três pressupostos ou requisitos para ser adequado o uso do princípio da interpretação conforme a Constituição, sendo eles a plurissignificação do texto interpretado, não sendo possível quando o sentido da norma é unívoco; espaço interpretativo necessário à compatibilização constitucional da disposição interpretada, ou seja, o texto é o limite para tal desiderato, devendo existir paralelo entre o que escrito e o que se busca com a utilização do princípio, vedada a transmutação do sentido inequívoco conferido pelo legislador sob pena de invasão de competência deste; por fim, o terceiro e último requisito consoante afirmam referidos autores são relacionados a uma criação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 130/DF relacionada a análise da Lei de Imprensa, qual seja, divisibilidade normativa da disposição interpretada em relação ao restante do diploma em que inserida, de tal sorte que, para a Suprema Corte admite apenas a incidência do princípio quando a lei for analisada como bloco ou um todo indivisível, não vislumbrando viável a utilização para que somente algumas disposições isoladas e que seriam constitucionais com a interpretação conforme a Constituição fossem preservadas.¹⁵⁵

4.2. Utilização

4.2.1. Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal pode se valer da interpretação Conforme a Constituição atendidos os requisitos da plurissignificação do texto interpretado, espaço interpretativo necessário à compatibilização constitucional da disposição interpretada e [não prevista pela doutrina, mas pela própria Suprema Corte] divisibilidade normativa da disposição interpretada em relação ao restante do diploma em que inserida de toda norma que seja parâmetro interpretativo.

Dessa forma, leis e outros atos normativos são passíveis de serem analisados, inclusive Emendas Constitucionais, tendo em vista que decorrem da aptidão do legislador derivado

¹⁵⁴ LENZA, Pedro – **Direito Constitucional Esquematizado**. 15.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 150. ISBN 978-85-02-10568-3.

¹⁵⁵ BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves – **Direito Constitucional: Tomo I**. 5.^a ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 266-267. ISBN 978-85-4420-239-5.

concebê-las, salvo, as disposições originárias da própria Constituição onde se terá, em verdade, uma interpretação sistemática¹⁵⁶ pela sua própria natureza, já que estas sempre serão constitucionais pela inocorrência da figura da inconstitucionalidade de normas originárias.

4.2.2. Tribunais de Justiça

No âmbito dos Tribunais de Justiça, a interpretação conforme a Constituição é princípio utilizado para cumpridos os requisitos já expostos, dar a interpretação à lei ou outro ato normativo polissêmico, dentre as possíveis e sem irem contra a vontade do legislador, ao que melhor se amoldar a essência constitucional. E,

“Segundo, porque o princípio da interpretação conforme a constituição, articulado com o **princípio da presunção de constitucionalidade** dos atos normativos, é utilizado por órgãos de fiscalização da constitucionalidade para preservar a validade das disposições normativas emanadas pelos órgãos produtores de direito”.¹⁵⁷

Sem referido princípio, deve o Tribunal observar o contido no art. 97 da Constituição Federal da República Brasileira, o qual dispõe “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

Sendo que a atribuição dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, são a princípio julgar em sede de controle de constitucionalidade concentrado leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual ou da Lei Orgânica do Distrito Federal.¹⁵⁸

Todavia, em sede de controle difuso de constitucionalidade, referidos órgãos judiciais tem o poder-dever de fazer a análise da questão constitucional, ainda que, a lei ou ato normativo objeto de verificação seja federal.

Diante disso, o princípio da interpretação conforme a Constituição é de aplicação tanto no estudo dos vários sentidos de processos judiciais que envolvam normas municipais, estaduais, bem como as federais e ajudarão inclusive nas ações concentradas de constitucionalidade, quando possível, pela manutenção da constitucionalidade das normas em

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 269.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 270.

¹⁵⁸ Art. 125, §2º da Constituição Federal.

atendimento ao princípio da constitucionalidade, sendo refutado o pedido da ação de cunho jurisdicional-constitucional.

4.2.3. Poder legislativo

Em sede do Poder Legislativo o princípio da interpretação conforme a Constituição pode ser observado quando das tratativas de novos projetos durante o processo legislativo a fim de criação de Emendas à Constituição, Leis Complementares, Leis Ordinárias, Leis Delegadas, Medidas Provisórias, Decretos Legislativos e Resoluções,¹⁵⁹ devendo ser debatida a ocorrência de inúmeras interpretações possíveis do texto da proposição, com a necessidade de modificação daqueles polissêmicos, os quais devem ser evitados, sobretudo aqueles com possibilidade de apresentar sentidos interpretativos que apresentem inconstitucionalidade, modificando-o a fim de que seja constitucional.

O âmbito favorável para as discussões com maior tecnicidade é durante as Comissões de Constituição e Justiça e de Cidadania, as quais tanto na Câmara dos Deputados Federais quanto no Senado Federal possuem, dentre as suas atribuições, a de averiguar a constitucionalidade dos projetos de forma prévia, consoante art. 53, inciso III do Regimento Interno da Câmara dos Deputados Federais¹⁶⁰ e art. 101 do Regimento Interno do Senado Federal.¹⁶¹

Todavia, referidos órgãos do Poder Legislativo têm que ser revistos haja vista o seu cunho político que acaba por em determinadas situações flagrantes de inconstitucionalidade se omitirem em seus pareceres.

Outra hipótese para a incidência do princípio da interpretação conforme a constituição no âmbito do legislativo é um estudo das decisões dos Tribunais que o reconheceu na aplicação de determinadas leis e atos normativos federais com o escopo de eventualmente se propor novas leis ou atos congêneres que revisem a redação com o fito de torná-la mais clara e de acordo com a Constituição.

¹⁵⁹ Art. 59 da Constituição Federal Brasileira.

¹⁶⁰ CÂMARA Federal do Brasil - **Regimento Interno da Câmara Federal. 19.ª ed.** Brasília: Edições Câmara, 2019, p. 40. ISBN 978-85-402-0709-7.

¹⁶¹ SENADO Federal do Brasil – **Regimento Interno: Resolução 93, de 1970** [Em linha]. Brasília: Senado Federal, 2019. [Consult. 05 Fev. 2019]. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>

4.2.4. Poder executivo

No tocante ao Poder Executivo, e dando nova roupagem a interpretação conforme a Constituição, este como tem a atribuição da execução administrativa como característica primária e principal, deve se precaver e conferir no desempenho do seu mister o melhor sentido que almeja a Constituição, nunca se afastando dela, por mais que existam normas plurissignificativas.

Além do que, o chefe do Poder Executivo também desempenha algumas tarefas de cunho legislativo, como a edição de decretos para regulamentar dispositivos legais, portanto, sempre quando for proceder a edição desse tipo de ato normativo, haverá de se ater as disposições constitucionais e o espírito da Carta para não infringi-la, inclusive sendo de relevante valia a possibilidade do chefe do executivo de editar decretos nesse sentido de norma polissêmica, para evitar a interpretação inconstitucional dela pela Administração, optando pela interpretação mais apropriada.

Ainda quanto ao Poder Executivo, existe também a competência de sancionar leis, de tal forma que poderá nas justificativas da sanção ou não sanção indicar a possibilidade ou inexistência dela de fazer uma interpretação conforme a Constituição, evitando-se com isso que futuramente seja a mesma objeto de controle de constitucionalidade e declarada inconstitucional quando não preencher os requisitos para aplicação do princípio da interpretação conforme a Constituição.

4.2.5. Órgãos administrativos

No âmbito jurídico é fato que as Constituições democráticas são epicentro axiológico dos sistemas normativos contemporâneos, possuindo posição superior à normação ordinária,¹⁶² portanto, todo intérprete tem que levar em consideração a sua força normativa na exegese para aplicação do direito, e por mais clara que seja a norma, interpretá-la.

Rodrigo Augusto de Oliveira ao tratar dessa atividade menciona Hans Kelsen

“Mesmo Kelsen, um dos pais do positivismo jurídico, após criticar a tradicional teoria da interpretação, pela qual seria factível a eleição de uma única solução correta na incidência da lei ao caso concreto, como se se cuidasse de ato intelectual

¹⁶² OLIVEIRA, Rodrigo Augusto de – **A Interpretação Conforme a Constituição e a Separação de Poderes**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013, f. 70. Tese de Doutorado em Direito.

estritamente cognitivo de clarificação e compreensão de sentido e, destarte, exclusivamente dependente da razão, demonstrou ser inevitável certa parcela de indeterminação a permear a tarefa concretizadora do direito, ante a pluralidade de significações intencionalmente veiculada pelas normas, de modo que o resultado da interpretação jurídica pode, quando muito, fornecer várias soluções de igual valor lógico e harmônico a se encaixarem dentro da moldura normativa (antes da mediação criadora do intérprete autêntico, o conjunto dos textos normativos constituiria ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades exegéticas), ainda que só esteja fadada a se tornar direito positivo ao ser eleita.”¹⁶³

Diante disso, o intérprete tem que ter ciência de que muitas normas têm redação polissêmica e que são mais abrangentes pela pluralidade de situações concretas que podem ocorrer, dando margem ao profissional de analisar o fato e aplicar a norma do modo mais condizente com a ordem dela, desde que, baseada em uma leitura constitucional conforme entendimento contemporâneo.

Afinal se:

“[...] mesmo gozando o legislador de maior liberdade do que o juiz para criá-lo, não se pode recusar também a este último o papel de “criador” da norma enquanto exercente de função cognitivo-voluntária, autêntica (por vincular os destinatários) e inovadora do ordenamento, de que participam preceitos de cunho moral, distintas concepções de Justiça material e valores sociais plúrimos, no intuito de escolher, ao final, uma dentre as alternativas reveladas”.¹⁶⁴

De sorte que, se revela importante saber se a abrangência interpretativa alargada dos Juízes conforme acima citado é admissível aos Notários, pois sua ajuda se mostra bem-vinda se aceita a promoção por parte deles da interpretação constitucional de normas ainda não declaradas inconstitucionais, porquanto consagrados profissionais do direito têm dentre seus desideratos a segurança jurídica, eficácia dos atos e prevenção de conflitos para a promoção da pacificação social.

E essa preocupação e possível clarificação está assentada no fato de que ante as inúmeras demandas judiciais provocadas pela explosão do número de contratos firmados por pessoas, tanto coletivas quanto singulares, em decorrência do sistema capitalista adotado

¹⁶³ *Ibidem*, f. 73.

¹⁶⁴ *Ibidem*, f. 74.

pela esmagadora parte dos países, os magistrados não têm conseguido vencer o excesso de trabalho, tendo sido criado por esse motivo em boa parte dos sistemas jurídicos limitações interpretativas promovida pelas cortes constitucionais a fim de manter a prestação jurisdicional ainda hábil.

De tal sorte que, em que pese o intuito dessas medidas restritivas, surgiu uma preocupação relevante:

“Sábias palavras que renunciavam em 1934 os riscos decorrentes do engessamento da atividade interpretativa mediante introdução de mecanismos de vinculação do entendimento jurisdicional professado pela Corte Suprema, como se dá, v.g., no caso brasileiro, forte no art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99, sob a roupagem interpretação *exclusivamente* conforme a Constituição, com o intuito de atribuir ar de cientificidade a uma escolha que, ao fim e ao cabo, é eminentemente política”.¹⁶⁵

Fato que comprovadamente ocorreu e ocorre no Brasil como se pode verificar supra, mas que não significa necessariamente ser negativa, tanto que tal opção do ordenamento jurídico brasileiro por essa medida, assim como em outros, traduz uma espécie de “na dúvida, reconhecer a constitucionalidade da lei”¹⁶⁶, nem que seja necessária a manifestação do Supremo Tribunal Federal espelhando uma interpretação contemporânea constitucional. Mas, quanto ao tema de interpretação conforme à Constituição em si, reconhece-se que “no caso de duas interpretações possíveis de uma lei, há de se preferir aquela que se revele compatível com a Constituição”¹⁶⁷, isso porque de acordo com Gilmar Ferreira Mendes “Os tribunais devem, portanto, partir do princípio de que o legislador busca positivar uma norma constitucional”.¹⁶⁸ Assim, apesar da possibilidade de engessamento, mantém-se a constitucionalidade da norma.

Tanto que “Na Suprema Corte dos Estados Unidos, estabeleceu-se como uma das diretrizes da doutrina da *constitutional avoidance*, com base na qual, em respeito ao texto legal produzido pelo legislador, o Poder Judiciário deveria evitar, dentro do possível, declarar a inconstitucionalidade de uma lei”.¹⁶⁹

¹⁶⁵ *Ibidem*, f. 75.

¹⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira – **Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: Comentário à Lei n. 9.868/99**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 523. ISBN 978-85-02-13417-1. ISBN 978-85-02-13417-1.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 523.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 524.

¹⁶⁹ LEITE, Henrique Carlos – **Interpretação Conforme a Constituição ou Criação Judicial do Direito?** São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015, f. 12. Tese de Mestrado em Direito.

Destaca-se o fato que “No que tange à origem técnica da interpretação conforme a Constituição, a referência de inúmeros autores é o primeiro precedente em que ela foi aplicada no direito alemão. Mas a própria literatura jurídica alemã não é unívoca a respeito”.¹⁷⁰ Portanto, a origem histórica não é bem clara.

É de se pensar se essa técnica pode ser ou já é adotada pelos Notários com a devida adequação na formalização das vontades dos utentes do seu serviço, quando da solicitação de ato ou negócio jurídico a ser praticado. Isso porque, a depender do intento, pode o ato ou negócio jurídico ter conotação inconstitucional. Assim, na qualidade de profissionais de direito e reconhecidos desde de 1950 por Carnelluti quando da célebre frase “Quanto mais notário, menos juiz”¹⁷¹, como figuras relevantes do direito, far-se-á uma reflexão sobre tal hipótese.

Lembrando-se que “no caso de duas interpretações possíveis de uma lei, há de se preferir aquela que se revele compatível com a Constituição”.¹⁷² O que demonstra a razoabilidade da interpretação pelo atendimento da Constituição pelos Notários.

De qualquer modo, quando a interpretação conforme à Constituição tem caráter geral, como nas hipóteses de julgamentos com efeito *erga omnes* promovidos pelo Poder Judiciário há a possibilidade de determinados cenários diversos do que foi apresentado para a apreciação constitucional não ser similar, daí decorrendo o “engessamento” interpretativo, que é criticado pela doutrina e deve ser evitado pois pode causar uma má aplicação do dispositivo interpretado.

Apesar disso, há posição de que a interpretação conforme à Constituição “Mostra-se tecnicamente adequada para essas situações, tem a virtude de ser dotada de maior clareza e segurança jurídica expressa na parte dispositiva da decisão (a lei X é inconstitucional se aplicada a tal hipótese [...])”.¹⁷³ O que significa que há clarificação da letra da lei.

Destaca-se que por outro modo, não se vislumbra o mesmo contexto [celeuma do engessamento] nas decisões *inter partes*, circunstância que será similar se o notário fizer uso no caso concreto apresentado, reforça essa tese no âmbito jurisdicional, a seguinte passagem:

¹⁷⁰ LAURENTIIS, Lucas Catib – **Interpretação Conforme a Constituição: Conceito, Técnicas e Efeitos**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p. 27. Tese de Mestrado em Direito.

¹⁷¹ CAPILONGO, Celso Fernandes – **A Mediação e o Notariado** [Em linha]. [sl]:[sn], 2013. [Consult. 20 Nov. 2018]. Disponível em http://www.arpensp.org.br/principal/index.cfm?tipo_layout=SISTEMA&url=noticia_mostrar.cfm&id=18842.

¹⁷² MENDES, Gilmar Ferreira – **Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: Comentário à Lei n. 9.868/99**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 523. ISBN 978-85-02-13417-1.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 529-530.

“Há muito se vale o Supremo Tribunal Federal da interpretação conforme à Constituição. Essa variante de decisão não prepara maiores embaraços no âmbito do controle incidental de normas, uma vez que aqui o Tribunal profere decisão sobre um caso concreto que vincula apenas as partes envolvidas”.¹⁷⁴

Contudo, como pode ocorrer com quaisquer outros tipos de decisões judiciais envolvendo casos análogos, sem pormenores que os distinguem, existe a possibilidade de juízos, ou ainda, o mesmo juízo julgar de forma dispare, comprometendo o princípio da igualdade.

De outra banda, Gilmar Ferreira Mendes recorda que “A interpretação conforme à Constituição levava sempre, no direito brasileiro, à declaração de constitucionalidade da lei. Porém, como já se disse, há hipóteses em que esse tipo de interpretação pode levar a uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto”.¹⁷⁵ Tanto uma forma quanto outra interessam ao Notário na prestação da sua função pública, isto porque, ele deve zelar pela coesão do seu ato, porém deve adequar o instituto dessa possibilidade, se admitida, a atividade notarial, assim como a doutrina se debruçar acerca do mesmo neste campo.

Posto que no campo constitucional-jurisdicional “o Supremo Tribunal, seguindo orientação formulada por Moreira Alves, reconheceu que a *interpretação conforme à Constituição*, quando fixada no juízo abstrato de normas, corresponde a uma pronúncia de inconstitucionalidade”.¹⁷⁶

Entretanto, conjugamos da posição de Juliano Taveira Bernardes e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira, para quem

“embora parte da doutrina nacional entenda que sim, a interpretação conforme a constituição **não é** princípio interpretativo **constitucional**, já que utilizada para interpretar atos normativos **infraconstitucionais**. Na aplicação do princípio, as normas constitucionais figuram como **parâmetro interpretativo**, e não como **objeto** da interpretação”.¹⁷⁷

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 524.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 527.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 527.

¹⁷⁷ BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves – **Direito constitucional: tomo I**. 5.^a ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 269. ISBN 978-85-4420-239-5.

O que mostra [a adopção dessa posição] a viabilidade por outros intérpretes do ordenamento jurídico do uso do princípio, inclusive pelo Notário, já que se trata de princípio interpretativo e este deve orientar a conduta do intérprete.

Face a isso, é claro que para o Notário pode se valer desse instituto, porém, o mesmo deve sofrer alterações para se adequar a função desse profissional, afinal, ele não tem poder jurisdicional, tampouco de declarar em âmbito administrativo no qual labora que determinada norma é ou não inconstitucional, podendo apenas repelir de situações concretas a falta de correspondência entre o espírito constitucional e o equivocadamente almejado pelo usuário.

Imagine-se, por outro lado, a hipótese de existência de lei em sentido estrito regulamentando a matéria no Brasil, o que não é o caso, poderia o Notário sem uma declaração abstrata de inconstitucionalidade afastá-la com a utilização do instituto, mesmo remodelado?

Recorda-se das lições sobre o princípio da prevalência da lei ministrada por José Joaquim Gomes Canotilho:

“Historicamente, o **princípio da primazia ou prevalência da lei** (*Vorrang des Gesetzes*) foi entendido com uma tripla dimensão: (1) a lei é o acto da vontade estadual juridicamente mais forte; (2) prevalece ou tem preferência sobre todos os outros actos do Estado, em especial sobre os actos do poder executivo (regulamentos, actos administrativos); (3) detém a posição de <<topo da tabela>> da hierarquia das normas, ou seja, desfruta de superioridade sobre todas as outras normas de ordem jurídica (salvo, como é óbvio, as constitucionais)”.¹⁷⁸

Portanto, referido princípio consagra a necessidade de atenção ao que dispõe a lei no seu sentido ativo quando da aplicação da mesma, bem como no seu viés negativo, ou seja, que ela não deverá ser desrespeitada ou inobservada.¹⁷⁹

Assim do ponto de vista tradicional [devendo ser feita uma analogia a competência jurisdicional do magistrado com eventual e suposta atribuição conferida ao Notário, estes teriam um papel limitado] que

“Em termos práticos, a articulação das duas dimensões aponta para (i) a exigência da aplicação da lei pela administração e pelos tribunais (cfr. CRO, arts. 203.º, 266.º/2),

¹⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 721-722. ISBN 978-972-40-2106-5.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 721-722.

pois o cumprimento concretizador das normas legais não fica à disposição do juiz (a não ser que as <<julge>> inconstitucionais) ou dos órgãos e agentes da administração (mesmo na hipótese de serem inconstitucionais); (ii) a proibição de a administração e os tribunais actuarem ou decidirem contra a lei, dado que esta constitui um limite (<<função de limite>>, <<princípio da legalidade negativa>>) que impede não só as violações ostensivas das normas legais, mas também os <<desvios>> ou <<fraudes>> à lei através da via interpretativa; (iii) nulidade ou anulabilidade dos actos da administração e dever de reposição –, entendendo-se que através de autocontrolo ou heterocontrolo a administração deve controlar a legalidade do agir administrativo. Neste sentido pôde um autor afirmar recentemente que o princípio da legalidade constituiu (e constitui) um <<verdadeiro polícia de ordem jurídica>> (J. Chevallier)”.¹⁸⁰

Porém, levando-se em consideração a concepção esposada de J. Chevallier acima sustenta-se que tanto o princípio da prevalência da lei como a teoria da interpretação conforme à Constituição devem ser revistos e desse modo ganhar novos estudos e uma nova visão, se afastando da decisão da década de 1980 mencionada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes em sua obra sobre controle de constitucionalidade que

“Deve-se acentuar, porém, que, em decisão de 09 de novembro de 1987, deixou assente o Supremo Tribunal Federal que a interpretação conforme à Constituição não deve ser vista como simples princípio de interpretação, mas sim como modalidade de controle de normas, equiparável a uma *declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto*”.¹⁸¹

É que, aludido autor, embora trate da função da jurisdição-constitucional bem ressalva “De nossa parte, cremos que a equiparação pura e simples da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto à interpretação conforme à Constituição prepara dificuldades significativas”.

Isso porque de acordo com o seu entendimento,¹⁸² apenas as Cortes Constitucionais competentes para julgar demandas abstratas possuem atributos para gerar a equivalência desse instituto com os de declaração de [in]constitucionalidade, em razão da prerrogativa de vinculação *erga omnes*, algo que não ocorre no campo de atuação dos Tribunais Estaduais e dos Juízes, por exemplo.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 722-723.

¹⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira – **Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: Comentário à Lei n. 9.868/99**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 527-528. ISBN 978-85-02-13417-1.

¹⁸² *Ibidem*, p. 529.

Há de se cogitar, também, em uma visão tradicionalista a inaplicabilidade da interpretação conforme à Constituição por querer transmudar o seu objeto, sobretudo por ser instituto estranho ao Notário na consecução da sua atividade eminentemente administrativa, que a princípio, na visão habitual não admite a não aplicação de uma lei ou outro ato normativo, sem ter este sido apreciado judicialmente, portanto, declarado inconstitucional.

Para sanar essa dúvida, valemo-nos da lição de Felipe Leonardo Rodrigues em artigo sobre a publicidade do testamento, no qual ele cita o Notário do estado brasileiro de Minas Gerais João Teodoro da Silva que fez a indicação de um parecer exarado no processo n. 35.651/92 do Juiz Jessé Torres Pereira Júnior, que em 1992 era Juiz Auxiliar da Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cujo excerto é oportuno:

“Advogado representa contra Tabelião que se nega a expedir certidão sobre o conteúdo de testamento lavrado em livros da serventia. O Titular confirma que formulou exigências ao requerente, posto que, nos termos do art. 119 do Ementário desta Corregedoria, a ele cabe decidir pela expedição ou não do documento, parecendo-lhe que, segundo o disposto no vigente texto constitucional, somente faria jus obter a certidão aquele que demonstrasse direito ou interesse pessoal cuja defesa dependesse da certidão. O Tabelião esclareceu que a testadora solicitou que não expedisse a certidão, ficando-lhe a convicção de que o requerente não tem legitimidade e interesse para conhecer o conteúdo do testamento, uma vez que ainda não foi aberta a sucessão. Não percebo falta funcional que pudesse atrair juízo de reprovação disciplinar, como pretende o representante. Ao contrário, participo do entendimento de que, enquanto não for aberta a sucessão, não há direito ou interesse a proteger a não ser da própria testadora, que não deseja ver conhecidos, em vida, os termos de sua última vontade. Até porque esses podem ser modificados por outros testamentos. Assim, carece o representante de apoio preceptivo constitucional atinente à espécie, que assegura o fornecimento de certidão para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal”.¹⁸³

Desse trecho do parecer do magistrado fluminense, vimos que o Notário fez uma interpretação em consonância com a Constituição Federal, e apesar de ter sido representado, lhe foi dada razão pelo modo de agir, inibindo que terceiro sem interesse obtivesse certidão do conteúdo do testamento, assim percebe-se de forma implícita que houve uma interpretação dos preceitos constitucionais, reconhecendo a incidência dos direitos e garantias fundamentais, posteriormente validada pelo Juiz Auxiliar da Corregedoria.

Além disso, repise-se o fato de que de acordo com José Joaquim Gomes Canotilho, o princípio antes comentado da “prevalência ou preferência da lei sofreu um processo de

¹⁸³ RODRIGUES, Felipe Leonardo – **Da Impossibilidade de Expedição de Certidão (Por Simples Requerimento) de Testamento Público** [Em linha]. [sl]:[sn], [sd]. [Consult. 05 Nov. 2018]. Disponível em http://www.notariado.org.br/docs/art_flr_01.pdf.

<<erosão>> e de <<relativização>> que importa ter em conta para se compreenderem muitas das questões a tratar em sede de parâmetro da constitucionalidade e da legalidade [...]”.¹⁸⁴ O que reflete em novas possibilidades de atores na aplicação hermenêutica baseada na Constituição.

Porém, ainda no estudo de Felipe Leonardo Rodrigues sobre o tema, referido autor encontrou decisão de 1986 no âmbito da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de São Paulo dando primazia à publicidade, diversamente do que foi defendido na última decisão, com a seguinte ementa: “TESTAMENTO – Pretendida proibição de conhecimento geral – Inadmissibilidade em face da natureza pública do ato”.¹⁸⁵

Aludido autor, demonstrando certa inclinação à adoção da decisão anterior, destaca o ano em que ela foi concebida.¹⁸⁶ E reforçando tal dedução, trasladou fortes argumentos despendidos por Tomas Diego Bernard:

- “i) alguns autores insinuam e têm sustentado que a obrigação, existente na lei chilena, de facilitar o exame de instrumentos públicos notariais a qualquer pessoa, nasce do caráter de públicas que têm as escrituras;
- ii) nada mais inexato, porque os instrumentos públicos, gênero de que a escritura é uma espécie, são tais não pela publicidade ou pela facilidade de acesso do público a eles, mas sim por sua sujeição às formalidades legais e pela presença e intervenção do titular da função pública, que lhes confere autenticidade com sua investidura, independentemente de maior ou menor publicidade;
- iii) a publicidade, em todos os casos, deriva da inscrição desses instrumentos nos registros públicos, o que é possível também para os instrumentos particulares;
- d) [sic] crer ou sustentar que as escrituras, por seu caráter público, não devam ficar submetidas a reserva ou segredo e que, portanto, os livros de notas possam ser exibidos a qualquer um, constitui grave erro de interpretação jurídica;
- iv) [sic] a prevalecer a estranha tese aludida, o testamento por ato público seria a mais pública (acessível ao conhecimento geral) das outorgas, ao contrário do previsto em certas legislações, como a chilena, que impõem, sobre o testamento público, particularizado sigilo, e o seu registro, nos países que já o estabeleceram, se faz com expresse cuidado quanto à conservação do segredo ou da reserva que lhe é inerente.”¹⁸⁷

Assim, depois da exposição dessas pontuações, concluiu que a publicidade do testamento deve ser mitigada, enquanto vivo o testador, sendo fornecida certidão só a este ou para seu procurador com poderes especiais, sustentando sua posição com base em uma

¹⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 723. ISBN 978-972-40-2106-5.

¹⁸⁵ RODRIGUES, Felipe Leonardo – **Da Impossibilidade de Expedição de Certidão (Por Simples Requerimento) de Testamento Público** [Em linha]. [sl]:[sn], [sd]. [Consult. 05 Nov. 2018]. Disponível em http://www.notariado.org.br/docs/art_flr_01.pdf.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

interpretação sistemática do Estatuto Notarial existente no Brasil, vislumbrando-se que neste a publicidade é restrita [art. 6º, inciso II, da Lei Federal n. 8.935, de 18 de novembro de 1994], e que a verdadeira publicidade decorre do registro de instrumentos, seja qual for sua natureza, nos registos públicos.¹⁸⁸

Alega, por outro lado, que não existe supedâneo legal para impor ao testador restrição à publicidade pela adoção do testamento cerrado,¹⁸⁹ o que complementamos que na nossa concepção atingiria a autonomia privada. Por fim, lança um último argumento sobre a questão, destacando a possibilidade de qualquer terceiro que tenha interesse invocar sua legitimidade para solicitar a certidão do testamento ao juiz corregedor permanente com fundamento no direito de petição previsto na Constituição Federal brasileira.¹⁹⁰

Diante do exposto, em arremate, destacamos os ensinamentos de J. J. Gomes Canotilho ao discorrer sobre o princípio da prevalência da lei e a nova roupagem possível para o princípio da legalidade “o princípio da legalidade é substituído pelo princípio da constitucionalidade os casos em que a constituição serve como <<habilitação>> imediata do agir da administração”.¹⁹¹ De sorte que o Notário entendido como exercente de uma função pública no âmbito administrativo, tem a obrigação de utilizar o texto constitucional para balizar seus atos, dentre os quais se enquadra a restrição da expedição da certidão do testamento na hipótese de estar vivo o testador, afinal, se o administrador público utilizando-se do princípio da autotutela pode rever, revogar ou anular seus próprios atos, por que não pode o Notário se valer de modo prévio, dessa compatibilização? Portanto, o notário tem essa incumbência, e o interessado que se sentir prejudicado poderá se socorrer do Poder Judiciário em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição estampado no art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República brasileira.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 723. ISBN 978-972-40-2106-5.

Conclusão

As pessoas nascem, crescem e morrem, é o ciclo natural da vida, sendo normalmente durante o período da vida adulta, já com o aspecto cognitivo desenvolvido e, portanto, com uma noção de mundo mais amadurecida em razão das experiências teóricas que foram lhes passadas durante a sua fase de desenvolvimento e das experiências empíricas que demandam tempo que as pessoas amedanhem patrimônio e compreendem melhor os mais variados sentimentos humanos.

Com essa bagagem que incorpora cada um, que as pessoas buscam diversas vezes deixar para outras pessoas, sejam singulares ou coletivas, determinados bens, ou mesmo fazer pedidos para depois da morte a entes queridos, amigos, enfim, pessoas que tiveram convivência consigo. E o meio pelo qual, desde as sociedades mais antigas que tem sido isto feito, é através do testamento, documento pelo qual uma pessoa pode indicar o desejo de que determinada parcela do seu patrimônio, ou mesmo todo, se assim puder fazer, fique com aquela ou aquelas pessoas. Ou ainda, não tenha nada escrito a respeito de bens suscetíveis de comércio, porém com desejos de última vontade a serem feitos.

Contudo, não é sempre o desejo do testador ter sua vontade conhecida antes de partir deste tempo, surgindo daí possíveis problemas, com foi visto, sobretudo em tendo essa pessoa credores que buscam encontrar bens para executar seu crédito e ter a obrigação que lhe é devida satisfeita, assim como inúmeras outras hipóteses.

Diante disso, os princípios constitucionais como mecanismos de interpretação a fim de otimizar a redação de regras se mostra relevante, afinal algumas não têm o alcance e o sentido claro ou mesmo colidem com outra regra.

Desse modo, no que tange a publicidade testamentária enquanto estiver vivo o seu idealizador, ocorrendo situações em que o Notário ou Juiz devam apreciar o conflito de interesses entre o testador e terceiro, aqui retratado o que tem interesse jurídico por causa de alguma relação, seja de parentesco ou econômica com o referido, haverá a necessidade de ter atenção especial aos princípios, posto que há tempos se concebe a sábia lição de que infringir um princípio é deveras mais grave do que a infração a uma regra.

Nesse tocante, os princípios da intimidade e privacidade afetos a personalidade devem ser compreendidos de forma a respaldar a escolha do juiz de direito ou do notário pela não concessão da certidão e consequente conhecimento do teor do testamento quando se tratar de testamento público, isto porque, o princípio da propriedade privada, por mais que tenha previsão constitucional não se aplica ao caso, não tendo que se falar em conflito de princípios,

mas simplesmente da possibilidade de aplicação. Afinal, o credor possui diversas outras formas de tomar conhecimento acerca dos bens do testador, não podendo adentrar na intimidade e romper a privacidade deste.

Tampouco pode se entender quanto ao princípio da publicidade, que este dará acesso irrestrito a qualquer informação de órgão administrativo ou assemelhado, tendo em vista os dois primeiros princípios citados, isto ocorre porque a publicidade prevista na Constituição não se confunde com a aplicável aos registros públicos e as notas, aquela tem o condão de tornar públicos os atos emanados por agentes públicos e políticos na execução das tarefas do Estado em si, no caso das notas o interesse imediato é de particulares, só sendo mediato o interesse público.

Portanto, o princípio da publicidade no panorama constitucional não tem aplicabilidade, entendendo-se que no âmbito notarial esta estaria mais para regra. De qualquer sorte, dá para se levar em consideração a hipótese da publicidade da publicidade mitigada, sendo possível o fornecimento no Brasil de certidão apenas com as informações diretamente ligadas ao interesse da pessoa que a requisitou, como já existe previsão em Portugal.

Logo, no território brasileiro o legislativo poderá editar lei nesse sentido, sustentamos com isso a competência do notário para analisar cada caso concreto e apenas ante sua negativa, se infundada, o usuário recorrer ao Estado-Juiz. No entanto, como inexiste lei nesse sentido, outras conclusões serão expostas a fim de tentar conferir soluções com a legislação hoje presente no Brasil.

E elas também perpassam pelos Notários, motivo pelo qual foi estudada as notarias e a legislação que rege o trabalho desses profissionais, foi visto que eles surgiram da necessidade da sociedade mais complexa, em que iniciaram-se tratativas entre pessoas que não conheciam umas as outras pelo aumento populacional e fluxo migratório que surgiu com o desenvolvimento do comércio.

O que acarretou a necessidade de os contratantes ter o assessoramento e aposição de fé pública garantindo autenticidade, segurança e eficácia por um terceiro, embora de início do ponto de vista da técnica jurídica esta foi relegada e a *práxis* que impunha o desenrolar do ofício dos que deram origem aos atuais tabeliães.

Assim, do ponto de vista atual, os profissionais conhecidos como Notários detêm em boa parte dos países de cultura do *civil law* a incumbência não só de redigir instrumentos que dê forma legal ou autenticidade em contratos, geralmente negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais, mas também há negócios jurídicos unilaterais como é o caso do testamento, sendo que no Brasil quanto aos ordinários só não lhe compete a prática do particular, sendo o

testamento público e o cerrado, assim como em Portugal, lavrados por eles ou conta com sua intervenção.

Isso decorre da confiança que a sociedade deposita neles, em especial, porque são agentes particulares em colaboração com o Estado, o qual depositou referida confiança e confere a seus atos a autenticidade da fé pública que lhes passou, sendo essencial que haja uma evolução constante na legislação notarial para que acompanhem o desenvolvimento da sociedade, que conta cada vez mais com um avanço célere e situações inimagináveis a poucos anos.

Desse modo, sugerimos que a legislação notarial no Brasil deve deter mais atenção por parte do legislador, pois diversamente de outros países de cultura do direito escrito, de origem latina, não existe Código Notarial e praticamente nenhuma lei específica para o desempenhar de seu mister, tanto que há omissão quanto a expedição de certidão de testamento no caso de vivo o testador, sendo esta matéria tratada por regulamentos administrativos de autoria das Corregedorias Gerais da Justiça que as vezes se revelam inconstitucionais do ponto de vista técnico ante extrapolarem o poder regulamentar.

Com isso, ocorre um impacto negativo na atividade notarial porquanto a sua finalidade imediata e última é garantir segurança jurídica nos atos em que intervêm, e dada a lacuna ou amplitude de possibilidades de solução do problema, inexiste uma posição sólida a ser adotada, criando para o usuário um leque de possibilidades que não são boas para manutenção de uma ordem jurídico-social adequada.

Diante disso, as certidões que têm por pressuposto fornecer informações úteis as pessoas, do que se contém nas notas, e teoricamente em respeito ao princípio da intimidade inibida a sua expedição para preservar dados do testador, em alguns estados podem vir a ser fornecidas se existir omissão nas normativas e em outros vedado o seu fornecimento conforme o caso apresentado e a previsão nelas.

Além disso, o debate gira em torno também da legitimidade para requerer o instrumento, afinal, no direito brasileiro se entende de início que qualquer pessoa pode requerer qualquer certidão de ato, no âmbito geral, por serem as notarias compreendidas como fornecedoras de publicidade, o que de fato são.

Porém, essa publicidade deve ser cotejada como visto, sendo feita uma releitura de princípios, regras, enfim, normas, para que o direito constitucional seja observado e garantida os direitos e garantias fundamentais de cada cidadão, como no caso do divórcio por escritura. Não podendo divergir disso, a expedição das certidões de testamentos públicos.

Contudo, hoje em razão do notário ter independência jurídica e não restar clara a inserção do princípio da juridicidade no campo de trabalho desse profissional, existe quem entenda que o princípio da legalidade deve ser o trilhado, o que pode ocasionar a seguinte leitura: o que a lei não proíbe, é permitido, ou que o Notário só pode fazer o que a lei permite, refletindo isso uma atenção estrita do princípio da legalidade.

Considerando a primeira opção possível, a utilização do princípio da juridicidade, entende-se que existe a possibilidade de o Notário alargar a sua interpretação e se valer de técnicas como a interpretação conforme a Constituição, embora adaptada e não com as mesmas consequências fáticas da aplicação desse instituto pelo Poder Judiciário.

Essa é uma alternativa para dispensar a intervenção de órgãos jurisdicionais sem necessidade, haja vista a qualificação e o preparo dos notários enquanto profissionais do direito, bem como dispensará a atuação do Poder Legislativo editando leis, o que pode ser negativo pela eventual hipótese de entendimentos contraditórios entre os notários, motivo pelo qual a sua entidade representativa pode exercer o papel de pacificadora e sedimentadora de entendimentos, sobretudo quanto a questão da expedição da certidão de testamento enquanto vivo o testador.

Isso é relevante não só para os usuários dos serviços notariais como para a própria classe, conferindo-lhes mais autonomia perante o Poder Judiciário, fortalecendo seus predicados históricos e auxiliando este órgão a ter menos demandas, já que na atualidade encontra-se sobrecarregado.

Por outro viés, entretanto, é que diversamente de Portugal em que os Notários são vinculados ao Poder Executivo e possui Conselho próprio para lhes fiscalizar, no Brasil isso não acontece, e a tentativa de encorpar mais suas atuações com independência, apesar de ser prevista está em lei, pode ser frustrada se o entendimento do Juízo Corregedor Permanente for diverso, o que poderá ensejar sanções administrativas.

Por outro lado, quanto ao legislativo, ante a competência para legislar sobre registros públicos e notas ser do legislativo federal, ou seja, do Congresso Nacional, o ponto é que existem milhares de propostas e o Brasil é conhecido como um país produtor de leis em demasia, assim, não sendo editada uma lei a respeito, em que pese o entendimento do autor ser de que um Código Notarial é necessário, isso contribuirá com a diminuição da hiperinflação legislativa no cenário nacional.

Isso quando se disser respeito a testamento público, no que tange aos testamentos particulares, como não existe nada na lei a respeito da sua publicidade, diversamente do que ocorre com o testamento cerrado, que o rompimento do seu lacre importa na dedução da

revogação do mesmo, a ótica tem que ser por uma interpretação sistemática, preenchendo a lacuna do ordenamento jurídico brasileiro.

O fato é que o testamento particular é o mais inseguro das modalidades ordinárias, porquanto sua existência e seu teor não recebem nenhuma gama da fé pública do notário, ou seja, sem crivo da análise por esse profissional, ficando a mercê de quem o detém ou que saiba da sua existência a apresentação ao juízo quando do falecimento do seu autor.

Essa concepção deve ser tida para ter noção das suas desvantagens, tanto que no ordenamento português actual não guarda mais similar. A questão da publicidade do instrumento particular, não foi prevista sequer por ato normativo expedido pelas Corregedorias e pelo Conselho Nacional de Justiça, mesmo porque não são órgãos competentes para legislar, em que pese extrapolem em determinados momentos o seu poder regulamentar.

Tanto é, que na CENSEC [Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados] apenas os testamentos públicos e a aprovação dos testamentos cerrados constam da central, nada se “registando” nela quanto aos testamentos públicos, logo, não há referência estatal expressa quanto a última espécie cá mencionada.

Porém, como inexiste a possibilidade de expedição de certidão de testamento particular, a visão sobre ele deve ser feita de forma distinta, devendo a resposta recair sobre as implicações do conhecimento do seu teor por terceiros.

E a resposta, diversamente da que se dará logo adiante em especial ao testamento público é que fica a critério do testador possibilitar o conhecimento por terceiros do teor do instrumento particular de testamento, até por ser uma forma menos segura de se testar, deve ele garantir que pessoas idôneas e de sua confiança possam ter ciência do documento, bem como, em querendo, do teor do mesmo para que seja respeitada sua vontade quando partir.

Vislumbra-se nesse aspeto, única e exclusivamente o exercício da autonomia da vontade privada, como não há nada na lei dispondo a respeito da vedação de que outrem tome conhecimento do teor do testamento particular, como em tese este é guardado sob responsabilidade do seu próprio autor, fica este incumbido das precauções necessárias para evitar o conhecimento inapropriado por outras pessoas, assim como permite o conhecimento por outros.

No entanto, talvez seja positivo o legislador prever as consequências de quando o testamento particular é conhecido por terceiro de forma não espontânea, ou seja, sem a graça do testador. Isso porque, há a possibilidade de ele sofrer, a depender da situação, coação. E claro, isso deve ser comprovado.

Assim, sugere-se que exista a possibilidade de “registro” prévio do testamento, não confundindo-se o que há após a morte da pessoa e que está previsto no Código de Processo Civil brasileiro, e que isso ocorra, inclusive, de forma obrigatória por um órgão registal ou pelo próprio notário, em que pese transmutar-se sua natureza com essa atribuição, sustentamos se esse não for o entendimento, que o órgão apropriado fosse o [Conservatória] Registro Civil das Pessoas Naturais, por se tratar de atos relativos à pessoa, ou o Registro de Títulos e Documentos, por ser o cartório com competência residual, e contando a seu favor o fato de que normalmente os testamentos preveem a destinação patrimonial daquele que o fez.

Todavia, essa matéria tem que ser tratada por lei para existir uniformidade em sua aplicação e conhecimento geral, e seguindo aquela corrente tradicionalista que os Oficiais de Registro só podem praticar atos conforme o princípio da legalidade, evitando-se também rusgas entre Oficiais e Tabeliães das várias especialidades.

Essa medida é importante, como dito, por força da segurança de se saber da existência, e se propõe mais, o conteúdo também deve ser registrado, avançando-se em melhor benefício do testador, poder-se-á sustentar que caberia ao mesmo indicar quem terá acesso ao conteúdo, salvo determinação judicial em contrário, pois com isso se aliaria os interesses do autor e de terceiros que demonstrem justo interesse jurídico para obtenção do teor do instrumento.

Sendo a única hipótese possível de acesso ao conteúdo do testamento, a de credores que frustradas em suas expectativas executórias por ocultação por parte do devedor [testador] do seu patrimônio, já tivessem realizado todas as diligências ordinárias de localização de bens, como feito o pedido de penhora *online*, solicitação de informações aos cartórios de registros de imóveis [conservatórias de registro predial] e outros órgãos, sem sucesso.

Além disso, que referida permissão de acesso ao conteúdo do testamento, fosse feito por certidão e somente quanto aos bens lá enumerados, não se podendo ter conhecimento de disposições de caráter não patrimonial, porque não atende aos objetivos da execução ou cumprimento de sentença.

No contexto do testamento público, o qual é lavrado por Notário, sendo da competência deste emitir a certidão do mesmo, dado o *status* legislativo omissivo como foi tratado, interesses de herdeiros, possíveis legatários, credores e do próprio testador, devemos aferir a necessidade de edição de uma norma legal em primeiro lugar.

A análise dessa hipótese, leva a crer que pela utilização da hermenêutica, sendo o conjunto sistemático hoje existente passível de comportar soluções para o problema apresentado, porém, não são em um sentido único, o que poderá ensejar interpretações e aplicações de formas diversas, criando decisões díspares para situações similares.

Além disso, por mais que possa se admitir a utilização do princípio da juridicidade em detrimento do da legalidade, elevando-se a capacidade de observância do Notário para outro patamar e, portanto, rompendo-se com a tradicional posição de que ele deve seguir o que está na lei, caso não revogada ou declarada inconstitucional, passando-se o próprio a realizar uma ponderação do caso com a legislação posta, inclusive a Carta Constitucional, deveras poderá também existir entendimentos de diversas ordens, e claro, tal interpretação Conforme a Constituição não teria a mesma essência da hoje praticada pelos Tribunais.

De qualquer sorte, embora se aceite tal utilização pelo conhecimento desse profissional da técnica, ainda assim, não tem como considerá-la apta a ser a melhor opção para solução dos conflitos de interesses de vários personagens no contexto da publicidade testamentária enquanto vivo o testador.

Isso porque há a possibilidade de atenção a diversos princípios que podem corroborar com o posicionamento de um dos agentes envolvidos e prejudicar os outros, e por mais que o legislador também tenha que levar em consideração eles, porquanto necessários para o melhor entendimento da ordem jurídica, há a possibilidade de criar-se posições no âmbito administrativo não saudáveis para quem utiliza das funções públicas dos notários, uma solução para posições antagônicas seria a criação de enunciados no âmbito do Colégio Notarial do Brasil, associação que congrega os Notários, em determinado sentido, evitando-se a necessidade de edição de lei para regular os pedidos de certidões de testamento.

Todavia, enunciados de entidades como o Colégio Notarial do Brasil não possuem coercitividade pois não são emanados de órgão estatal com competência para tanto, o que ocasionaria a probabilidade, ainda que reduzida, de entendimentos diversos, mesmo porque tais profissionais gozam de independência legal na execução da sua função.

Quanto a adoção de provimentos ou resoluções por parte do Conselho Nacional de Justiça, em que pese este órgão do Poder Judiciário, bem como as Corregedorias Gerais da Justiça também serem investidas de competência regulamentar dos serviços extrajudiciais, onde também se inserem as notarias, não se vislumbra a forma mais adequada para tanto, isso porque esses órgãos não detêm um representante dos notários, não entendem muito sobre a *práxis* e mesmo a teoria do direito notarial, o que por vezes ocasiona a edição de atos que excedem o poder regulamentar, confusos, contrários a natureza da função ou mesmo da legislação em vigor, ou ainda, em conflito com outras normativas.

No que a isso se refere, vislumbra-se que falta para tais órgãos legitimidade para edição do ato, embora tenha sido criada uma prática de se ouvir as associações do foro extrajudicial, as manifestações são apenas superficialmente consideradas, seria mais adequado

que houvesse um verdadeiro trabalho conjunto na redação dos dispositivos, de qualquer sorte, ainda esbarraria na questão da invasão da competência do Poder Legislativo, já que no Brasil não existe lei destinada aos Notários sobre a expedição de certidões de testamentos.

Por esses motivos, em que pese a hiperinflação legislativa brasileira, a posição aqui adotada é pela edição de lei, pela própria tradição jurídica brasileira que ainda é da *civil law* não obstante o avanço da leitura do ordenamento jurídico cada vez mais com um viés jurisprudencial e pasmem, com adoção de posturas baseadas em precedentes.

Logo, a edição de um Código do Notariado a exemplo do que foi feito em Portugal parece ser a melhor alternativa para a solução de vários problemas práticos vivenciados pelos notários e usuários dos seus serviços no dia a dia, não só da publicidade ou não, total ou restrita do testamento em que o testador está vivo.

Considerada essa hipótese, levando-se em conta que a União é o ente competente para legislar sobre a matéria, bem como ser o Congresso Nacional o local para discussões e deliberações a respeito, onde existe a possibilidade de diálogo entre os parlamentares, suas assessorias e os vários interessados, até maior que na própria seara do judiciário, e ainda, que os deputados federais na qualidade de representantes do povo e os senadores das unidades da federação, pode-se vislumbrar maior legitimidade na aprovação de atos normativos nessas casas e sancionadas pelo Presidente da República.

O único entrave dessa solução, é a possível demora na aprovação, porquanto há milhares de projetos de lei e de Emendas a Constituição que tramitam no Congresso Nacional, o que requer ao menos uma medida paliativa enquanto tal aprovação não ocorre para fins de uniformização.

A edição de provimento ou resolução do Conselho Nacional de Justiça apesar do já ressaltado, é melhor que a edição pelas Corregedorias de provimentos para alterar os respectivos Códigos de Normas ou Normas de Serviço, em razão da possibilidade de adoção de inúmeras posições, o que não acarretaria a uniformidade pretendida, e sim, se afastaria dela.

Assim, acredita-se que edição de enunciado por parte do Colégio Notarial do Brasil seja a melhor hipótese porquanto é o órgão representativo dos profissionais que são os responsáveis para a expedição das certidões, o que pode trazer maiores debates entre a categoria e tecnicidade a respeito da aplicação do enunciado na prática notarial.

Diante do contexto, sugere-se que o enunciado e a lei, seja na qualidade de Código Notarial ou de natureza esparsa, leve em consideração o direito do autor do testamento, de terceiros herdeiros, legatários e credores.

Dessa forma, deve ser observado o princípio da intimidade e privacidade do testador nos limites do respeito a direitos de terceiros, sobretudo de credores, quando estes não conseguem localizar património daquele por ocultação de bens e valores.

No tocante a terceiros herdeiros e legatários, a publicidade a eles somente poderá ser feita na medida em que haja indícios de que exista um dos defeitos do negócio jurídico que os atinja, e sobretudo se está existindo ou houve coação para que o testador fizesse suas declarações em determinado sentido.

Quanto aos credores, esses devem ter acesso as informações pertinentes ao património de titularidade do testador apenas, as disposições de carácter não patrimonial deverão permanecer incólumes, e haverá necessidade de comprovação de que todas as diligências para localização de bens foram realizadas.

Nesse sentido, tais franqueamentos as informações devem ser feitas em âmbito judicial, pois na seara jurisdicional há dilação probatória, em que os interessados farão a comprovação da sua legitimidade e do enquadramento legal, competência que não dispõe o notário.

Porém, quanto a proibição de se expedir certidão a qualquer pessoa, ela deve ser baseada no direito do testador em preservar sua intimidade, a liberdade em dispor, mesmo porque pode revogá-lo e fazer outro, envolve questões de segurança a depender do património dele, inibir a desavença entre destinatários da sua fortuna.

Portanto, conclui-se que urge ser editada norma de carácter geral e abstrata que respalde os notários a não emitirem certidão a terceiros que não ao próprio testador, procurador deste ou mediante requisição judicial, enquanto ele estiver vivo. E, mesmo depois de falecido, restringir o acesso ao instrumento para quem demonstrar o legítimo interesse porquanto a depender da monta do património pode se expor herdeiros e legatários a insegurança.

Referências

- AMARAL, Jorge Augusto Pais de Amaral – **Direito da família e das sucessões**. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6742-1.
- ANTONINI, Mauro. Livro V: do direito das sucessões. In, PELUSO, Cezar., coord. – **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 6.^a ed. Barueri, SP: Manole, 2012. ISBN 978-85-204-3371-3. Livro V, p. 2.133-2.362.
- BARROSO, Luís Roberto – **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo, Saraiva, 2008, p. 103. ISBN 85-02-04929-1.
- BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves – **Direito constitucional: tomo I**. 5.^a ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. ISBN 978-854-42-0239-5.
- BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto – **Direito civil constitucional**. 3.ed. São Paulo: RT, 2003, p. 37. ISBN 85-203-2406-1.
- CÂMARA Federal do Brasil – Regimento Interno da Câmara Federal. 19.^a ed. Brasília: Edições Câmara, 2019. ISBN 978-05-402-0709-7.
- CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-972-40-2106-5.
- CARVALHO, Cunha Nunes de; PITTA, Pedro – **Direito das sucessões: lições, exercícios e jurisprudência**. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6975-3.
- CATALANO, Pierangelo – **Diritto e persone I**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990, p. 195-196. ISBN 88-348-0078-8.
- CORDEIRO, António Menezes – **Tratado de direito civil IV: parte geral: pessoas**. 4.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6804-6.
- DIAS, Cristina Araújo – **Lições de direito das sucessões**. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-972-40-6691-2.
- FERRARI, Carla Modina; KÜMPEL, Vitor Frederico – **Tratado notarial e registral vol. II**. São Paulo: YK Editora, 2017. ISBN 978-85-68215-13-5.
- GILISSEN, John – **Introdução histórica ao direito**. Trad. António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. 8.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste

- Gulbenkian, 2016. Título original: Introduction historique au droit. ISBN 978-972-31-0193-5.
- GUERRA, Sidney – **Direitos humanos: curso elementar**. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 978-85-02-62622-5.
- HUME, David – **Tratado da natureza humana**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016. Título original: A Treatise of Human Nature. ISBN 978-972-31-0936-8.
- JUSTEN FILHO, Marçal – **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-08635-7.
- KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried org. – **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. António Manuel Espanha. 3.^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015. Título original: Einführung in rechtsphilosophie und rechtstheorie der gegenwart. ISBN 978-972-31-0952-8.
- LAURENTIIS, Lucas Catib – **Interpretação conforme a constituição: conceito, técnicas e efeitos**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011, p. 27. Tese de Mestrado em Direito.
- LEITE, Henrique Carlos – **Interpretação conforme a constituição ou criação judicial do direito?** São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015, f. 12. Tese de Mestrado em Direito.
- LENZA, Pedro – **Direito constitucional esquematizado**. 15.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 978-85-02-10568-3.
- LOPES, Joaquim Seabra – **Direito dos registos e do notariado**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN 978-972-40-5748.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme – **Manual de direito notarial: da atividade e dos documentos notariais**. Salvador: JusPODIVM, 2016. ISBN 978-85-442-0575-4.
- MENDES, Gilmar Ferreira – **Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentário à lei n. 9.868/99**. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-13417-1.
- OLIVEIRA, Rodrigo Augusto de – **A interpretação conforme a constituição e a separação de poderes**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013. Tese de Doutorado em Direito.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di – Alcance do princípio da publicidade das funções públicas: transparência e sigilo. In MORAES, Alexandre, coord. – **Os 20 anos da**

- constituição da república federativa do brasil.** São Paulo: Atlas, 2009. ISBN 978-85-224-5293-4. Cap. 10, p. 201-215.
- PINHEIRO, Jorge Duarte – **O direito das sucessões contemporâneo.** 2.^a ed. Lisboa: AAFDL editora, 2017. ISBN 978-972-629-092-6.
- RODRIGUES; Felipe Leonardo; FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger – **Tabelionato de notas.** São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 978-85-02-19546-2.
- TELLES, Inocêncio Galvão – **Sucessão testamentária.** Coimbra: Coimbra Editora, 2006. ISBN 978-972-32-1404-8.
- XAVIER, Rita Lobo – **Planeamento sucessório e transmissão do património à margem do direito das sucessões.** Porto: Universidade Católica Editora Porto, 2016. ISBN 978-989-8835-08-6.

Fontes documentais

- ANDRIGHI, Nancy relat. – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no REsp com o número 1.677.931-MG, de 15 de agosto de 2017.
- ARAÚJO, Raul relat. – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no REsp com o número 1155641/GO, de 13 de dezembro de 2011.
- BARROSO, Roberto relat. – Acórdão do Supremo Tribunal Federal no RE com o número 646721, de 10 de maio de 2017.
- BRITTO, Carlos relat. – Acórdão do Supremo Tribunal Federal no processo ADC 12 MC, de 16 de fevereiro de 2006.
- BUZZI, Marco relat. – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no AgRg no AgRg no REsp com o número 1230609/PR, de 17 de setembro de 2013.
- CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira relat. – Decisão da Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo no processo com o número 137.937/2017, de 11 de agosto de 2017.
- _ relat. – Decisão da Corregedoria-Geral da Justiça de São Paulo no processo com o número 189.848/2015, de 23 de março de 2016.
- CÓDIGO CIVIL Brasileiro: Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, p. 1.
- CÓDIGO CIVIL Português: Decreto-lei n.º 47.344/66. **Diário do Governo I Serie**, N.º 274 (25-11-66), p. 1883-2086.
- CÓDIGO DO NOTARIADO Português: Decreto-lei n.º 207/95. **Diário da República I- Série A**, N.º 187 (14-08-1995), p. 5047-5080.
- CÓDIGO PENAL Brasileiro: Decreto-lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Seção 1, p. 23911.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: Lei n.º 1/2005 – Sétima Revisão Constitucional. **Diário da República I- Série A**, N.º 155 (12-08-2005), p.4642-4686.

CONSTITUIÇÃO Federal da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988, Seção 1, p. 1.

DECRETO-LEI N.º 141/1999. **Diário da República I-Série A**, N.º 201 (28-08-1999), p. 5955-5955.

DECRETO-LEI N.º 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 09 set. 1942, Seção 1, p. 13635.

GALOTTI, Maria Isabel relat. – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no REsp número 1221817/PE, de 10 de dezembro 2013.

GRAU, Eros relat. – Acórdão do Supremo Tribunal Federal na ADI com o número 2.602, de 24 de novembro de 2005.

LEI n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1973, Seção 1, p. 13528.

LEI n.º 8.935, de 18 de novembro de 1994. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 nov. 1994, Seção 1, p. 17500.

LEI n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 nov. 1999, Seção 1, p. 1.

LEI n.º 11.111, de 05 de maio de 2005. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 06 mai. 2005, Seção 1, p. 1.

LEI n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 nov. 2011, Seção 1, p. 1.

MATHIAS, Carlos Fernando relat. – Acórdão do Superior Tribunal de Justiça no REsp com o número 757.708/MG, de 10 de fevereiro de 2009.

PROVIMENTO n.º 18/2012, 28 de agosto de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico [do] Conselho Nacional da Justiça**, N.º 157 (29-08-2012), p. 7-11.

REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS FEDERAIS: Resolução n.º. 17, de 1989. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, DF, 22 set. 1989, Seção 1, p. 3.

REGIMENTO INTERNO DO SENADO FEDERAL: Resolução n.º. 93, de 27 de novembro 1970. **Diário do Congresso Nacional**, Brasília, DF, 28 nov. 1970, Seção 2, p. 5098, col. 1.

RESOLUÇÃO n.º 35/2007, de 24 de abril de 2007. **Diário da Justiça Eletrônico [do] Conselho Nacional da Justiça**, N.º 184 (06-10-2010), p. 2.

RESOLUÇÃO ONU n.º 217 A III, de 10 de dezembro de 1948.

TOFOLLI, Dias relat. – Acórdão do Supremo Tribunal Federal no RE 556.504, de 10 de agosto de 2010.

ZANETTA, Renata Pinto Lima relat. – Sentença da 2ª Vara de Registros Públicos de São Paulo no processo de Pedido de Providências com o número 1019801-74.2017.8.26.0005, de 13 de junho de 2018.

ZAVASCKI, Teori relat. – Voto no Acórdão do Supremo Tribunal Federal no MS com o número 28.440. de 19 de junho de 2013.

Fontes eletrônicas

BRITTO, Ayres relat. – Acórdão do Supremo Tribunal Federal no processo ADI 2.415, de 10 de novembro de 2011 [Em linha]. [Consult. 16 Nov. 2018]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=2079&tipo=CJ&termo=37>.

CAPILONGO, Celso Fernandes – **A Mediação e o Notariado** [Em linha]. [sl]:[sn], 2013. [Consult. 20 Nov. 2018]. Disponível em http://www.arpensp.org.br/principal/index.cfm?tipo_layout=SISTEMA&url=noticia_mostrar.cfm&id=18842.

CONSEVARTÓRIA dos Registos Centrais [Em linha]. [Consult. 13 Nov. 2017]. Disponível em http://www.irn.mj.pt/sections/irn/a_registral/registos-centrais/existencia-de-testamento.

CORREGEDORIA-GERAL da Justiça do Tribunal de Justiça do Paraná – **Provimento nº 249/2013** [Em linha]. Curitiba: Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Paraná, 2018. [Consult. 15 nov. 2018]. Disponível em <https://www.tjpr.jus.br/documents/11900/499063/C%C3%93DIGO+DE+NORMA+S+-+ALTERA%C3%87%C3%95ES+-+P+286.2018+-+13.12.2018.pdf/02f94fc4-0f5b-2697-87c5-4217654479ad>.

CORREGEDORIA Geral da Justiça do Tribunal de Justiça de São Paulo – Provimento nº 58/89: Normas de Serviço: Cartórios Extrajudiciais: Tomo II. São Paulo: Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo, 1989 [Em linha]. [Consult. 07 Mai. 2017]. Disponível em <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=108260>.

MINISTÉRIO da Justiça da Espanha – **Regulamento da Organização e Regime do Notariado Espanhol** [Em linha]. Madri: Ministério da Justiça, 1944. [Consult. 06 de Nov. 2018]. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1944-6578>.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier relat. – Acórdão do Tribunal Supremo com o número 488, de 15 de setembro de 2015 [Em linha]. [Consult. 30 Jul. 2018].

Disponível em

<http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/2fd2950a7ad2a27d/20151211>.

RODRIGUES, Felipe Leonardo – **Da Impossibilidade de Expedição de Certidão (Por Simples Requerimento) de Testamento Público** [Em linha]. [sl]:[sn], [sd]. [Consult. 05 Nov. 2018]. Disponível em http://www.notariado.org.br/docs/art_flr_01.pdf.

SENADO Federal do Brasil – **Regimento Interno: Resolução 93, de 1970** [Em linha]. Brasília: Senado Federal, 2019. [Consult. 05 Fev. 2019]. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>.