

# Da Abertura de Testamento\*.

*Paulo Carneiro Maia*

Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO: 1. *Elenco das preocupações lingüísticas preambulares.* 2. *Visualização micro-objetiva da esquemática distintiva.* 3. *Traços do testamento ao liame almejado.* 4. *Pressupostos especulativos da acepção de abertura.* 5. *Da tripartição exurgida: A) apresentação; B) abertura; C) publicação.* 6. *Forma de testamento suscetível de abertura.* 7. *Procedimento jurisdicional acerca da apresentação e abertura.* 8. *Extensão do rito a testamento especial e ao codicilo cerrados.* 9. *Falta de denúncia do testamento ao juízo para sua abertura e situação do detentor por essa omissão.* 10. *Epílogo.*

1. Dentre as várias significações, estritamente jurídicas que o substantivo feminino abertura (adjetivando *aberto*, a expressar lacerado, rasgado, descerrado e tais outros, que se usam como particípio de abrir, verbo de regência variável, de igual denotação), com étimo latino (*apertura*, cujo advérbio corresponde a *aperto* e o verbo *aperio*, composto de *ap* e *uerio*, indicando abrir ou a ação de fazê-lo), na riqueza dos sentidos e proliferação das ilustrações, também literárias, que os lexicógrafos prestantes, recolheram, dos muito antigos aos bem modernos, inclui-se a *abertura* de testamento.

Frisemos, neste passo, que o adjetivo aberto, dos mais variados usos tecnológicos, encontrando correspondência em diversos outros idiomas (*exempli gratia*, em inglês *open*, em francês, *ouvert*, em espanhol *apertura* e em italiano *apertura*), provém do latim *apertus*. Aí, nessa língua clássica — com desca-minho do caso, teve “permutado” o “p” medial pelo “b”, tênue, como se vê em *cappillus*, cabelo, *lupus*, lobo, etc, na explicitação convincente dos mais prestigiados eremitas calçados de SANTO AGOSTINHO, que também era doutor — mostra

---

\* Este trabalho terá continuação no próximo fascículo desta Revista.

aquele a acepção conveniente ao pesquisado, de “fendido, descerrado” e outros sinônimos.<sup>1</sup>

Deste tema opulento de filigranas e fecundo nos paralelos e similitudes, confinado na área em que ele se situa é que trataremos, principiando pela decomposição da expressão que lhe serve de epígrafe.

2. Semelhante desdobramento, quanto à sucessão, em suas formas testamentárias (como manifestação de derradeira vontade), diversa da legítima (em virtude de lei), como as distingue o direito sucessório pátrio (c.c., art. 1573), a *abertura* de um testamento, a fim de que esse seja cumprido, obviamente pressupõe a elaboração antecedente dele.

Na seqüência dos eventos, é natural, senão imperioso, aludir-se aos dois — *abertura* e *testamento* — em inversão de ordem, não só pela cronologia, como por circunstância metodológica. Orientação é essa, aliás, que permitirá inferir a espécie de testamento, dentre os ordinários reconhecidos (c.c., art. 1629), sujeito à apresentação da autoridade judiciária, a fim de ser aberto. Ademais, entremostra a distinção entre apresentação do testamento, por quem seja o seu detentor e o ato subsequente de *abertura*. São esses dois vocábulos empregados, amiúde, como sinônimos, quando eles, a rigor, extremam-se, deslegitimando a sinonímia, a exigência da publicação em juízo do testamento particular, arrolado, dentre as formas ordinárias de testar, morto o testador (c.c., art. 1646).

3. Há de ser lembrado, tão só como breve traço de liame, ao objetivo precípua, pela vinculação das duas palavras retro precisadas, que o vocábulo testamento advém de *testatio mentis*, a significar a atestação da vontade no escrito Justinianeu<sup>2</sup>.

É correntio e sabido o anexam, imemorável, *testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est*<sup>3</sup>, na extensão de seu valor, em que se dá ênfase a testemunho da mente, como ato testamentário, pelo qual o finado manifesta esta sua vontade de disponibilidade.

Com o enunciado categórico de MODESTINO, no fragmento esclarecedor da vontade sucessória, em instrumentação hábil,

---

1. FREI DOMINGOS VIEIRA, *Grande Dicionário Português ou Tesouro da Língua Portuguesa*, Porto, Tipografia de Antônio José da Silveira Teixeira, 1871, v. I, voc. aberto, primeira coluna.

2. *Institutas*, II, X, de *testamentis ordinandis*.

3. J. 2, 10 pr.

para ser cumprida após a morte — *testamentum, est voluntatis nostrae iusta sententia, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit* <sup>4</sup> — fica sobrelevado o aforismo que, ao oposto de se perder nas brumas do tempo, ganha em importância e amadurecimento. Acentua-se, irrecusavelmente, o mesmíssimo traço comum assinalador.

Não passou despercebido aos romanistas pátrio e romano, na versão para o português, em cotejo com o texto latino das “*Institutas* de GAIO e de JUSTINIANO”, seja pela contribuição antiga ou pelos subsídios novos, na evolução das espécies, face as que caíram em desuso, que “somente perdurou o testamento *per aes et libram*”, porém usado “atualmente de maneira diversa da de outrora” <sup>5</sup>.

O escopo da ligeira menção, afigura-se óbvio, está longe de advertir não ser ignorado o ocorrido no passado, “harmonizando-se pouco a pouco o direito civil e o pretoriano” <sup>6</sup>. Nem tampouco o de versar o testamento *per se* — perquirindo de seu surgimento, à razão de ser do respeito à vontade do testador, o que a PLATÃO repugnava, pudesse o ser humano “fenito e perituro”, fazer projetar além das lindes de sua existência, quando dela já se desprendeu, convertendo-se em pó, na vida terrena, através das perguntas que irrompem e encontrariam respostas afastadas de sofismas místicos <sup>7</sup> mas o de situar a colocação, dentre as três formas aludidas atrás (*c.c.*, art. 1629), deste ato solene, predominantemente patrimonial e revogável, no todo ou em parte, a fim de gerar efeitos *post mortem* (*c.c.*, art. 1626), para aproximar e identificar o que está sujeito à *abertura*.

Como regra geral, prevista para os atos jurídicos, “nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção do que ao sentido literal da linguagem” (*c.c.*, art. 85). Já em se tratando de disposição testamentária, ainda no plano dos princí-

---

4. D. 28, 1, 1.

5. ALEXANDRE CORREIA e GAETANO SCIÁSCIA, *Manual de Direito Romano*, São Paulo, Edição Saraiva, 1951, v. II, 103 p. 99.

6. SPENCER VAMPRÉ, *Institutas do Imperador Justiniano*, traduzidas e comparadas com o direito civil brasileiro, São Paulo, Editora Livraria Magalhães, 1915, p. 94, § 3.º.

7. Lembra ALEXANDRE MICHAUX que o testamento apareceu no consórcio civil. Há, aí, notícias de seus vestígios desde os primeiros tempos do mundo, “à origines même de la Societé”. Alude ele, também, aos poemas de Homero, para testemunhar o acerto. Menciona, ainda, apoiado em EUSÉBIO e CEDRENO, o velhíssimo dos testamentos: o de Noé, após o dilúvio, a mando de Jeová, ao partilhar a terra entre seus três filhos, Sam, Cam e Jafé. (*Traité des testaments*, p. 3, *in fine*).

pios, se a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, socorre-lhe a exegese, tendo prevalência “a que melhor assegure a vontade do testador” (c.c., art. 1666).

Em seguida a asseveração resoluta de que, no direito anterior “não havia definição legal de testamento”, CLOVIS BEVILAQUA, nas glosas ao último dos cânones atrás acenados, que é o primeiro dos comentados no título III, do livro IV, da parte especial do código civil brasileiro — talvez pelo dítame da evocação dos contrastes — alinhou relevantes observações. Convém transcrevê-las, sem discrepar uma coma, tanto pela autoridade argumentícia como pela essência fundamental desse magistério: “Para os fins da lei, a definição constante do artigo acima” (que é o mesmo 1626), “é suficiente; mas, se formos atender a todos os caracteres do testamento e a todos os fins, que ele pode realizar, verificaremos que alguma coisa lhe falta. *A solenidade do ato de última vontade é condição essencial para que valha.* O testamento deve ser ato pessoal. *Não somente as disposições patrimoniais que lhe formam o conteúdo; o testamento pode deixar de se referir ao patrimônio do testador e, por exemplo, limitar-se ao reconhecimento de filhos naturais*”.<sup>8</sup>

Passa o prestigiado civilista a dar a definição, calcada nos princípios recolhidos, que ele mesmo reconhece “possa pecar por extensão”<sup>9</sup>, que realmente o é, proclamando-o outros, ao contrário de seu primoroso espírito de síntese. E adverte que se “encontra a análise desta definição”, em obra orgânica diversa da que alude, na qual a reproduz, atendendo à sua implantação existencial no direito pátrio, procedendo ao exame dos principais caracteres. Assinalou que o aditamento da cláusula — “segundo as prescrições da lei” — fê-lo para indicar que a facção testamentária tem limites e modalidades legais, a que não pode fugir. A cláusula *de todo o seu patrimônio* ou de parte dele mostra que foi repudiada a máxima rigorista dos romanos: *nemo paganus partim testatus, partim intestatus decedere potest*<sup>10</sup>.

Por seu turno, FERREIRA ALVES, reproduz *ipsíssima verba*, selecionadas conceituações de juriconsultos dos mais acreditados. Fá-lo para inferir, em cotejo com a do c.c. pátrio (*cit.*

---

8. *Código Civil Comentado*, Rio de Janeiro — São Paulo — Belo Horizonte, Livraria Francisco Alves, 1932, 2.<sup>a</sup> ed., v. VI, pp. 84 e 85, grifos nossos e não do autor.

9. *Op. v. loc. cit.*

10. *Direito das Sucessões*, Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, 1938, 3.<sup>a</sup> ed., § 55, pp. 184/187.

art. 1626), que “as referidas definições” — inclusive as inseridas em códigos, do que não discrepa o *c.c.*, critério legal esse distante de nossa acolhida, mais cônica a voz daqueles que, com JAVOLENUS<sup>11</sup>, entendem haver maior acerto em não se inserir definições no corpo dos códigos, reservando-se semelhante tarefa aos doutrinadores — para completar ao propósito: “As referidas definições caem com a observação feita de ser mais ampla a definição dada pelo jurisconsulto romano MODESTINO, que no testamento, ato de última vontade, além de disposição sobre os bens, podem fazer-se outras declarações de última vontade, podendo estas vir juntamente com a distribuição do patrimônio ou não.”<sup>12</sup>

Perscrutado na órbita sucessória, sem desatender a cronologia da sucessão legítima, na ordem da vocação hereditária, que lhe antecede (*c.c.*, art. 1603), o testamento constitui ato solene, o que positiva o preceito codiciano, ao editar, “de conformidade com a lei” (*c.c.*, art. 1626).

Exalta FERREIRA ALVES a solenidade do ato, para lhe emprestar merecimento ao assegurar, repassando as principais características, quanto aquela, que “é solene, porque só tem validade quando feito segundo as formas estatuídas pela lei, as quais se exigem *ad solemnitatem* e não simplesmente *ad probationem*”.<sup>13</sup>

4. Depois de visto, *latu sensu*, e em suas raízes, o mesmíssimo substantivo *abertura*, naquela variada gama de sentidos ou nas inúmeras locuções em que o adjetivo “aberto” se integra, tomemos dois extremos como o da arte, na sublimação da música e o da geometria, ramo da matemática, no plano das figurações, para situarmos o aspecto estritamente jurídico.

Nas aferições opostas, tem-se que a *abertura*, em contraponto, é a sinfonia imponente, a servir de prelúdio às óperas, constituindo exemplo inveterado à abertura da ópera de Orfeu, de Monteverdi. Em geometria emprega-se esse vocábulo *abertura* para significar a inclinação ou afastamento de duas retas que se encontram em um ponto comum. Já para o direito sucessório — arredada a adjetivação usada no direito civil, referente à compra e venda em retro (“aberto”), na qual a retrovenda (*c.c.*, arts. 1140, 1141, parágrafo único, parte segunda) assume

---

11. D. 50, 17, 202.

12. JOAQUIM AUGUSTO FERREIRA ALVES, *Do Direito das Sucessões. Da sucessão testamentária*, in Manual do código civil brasileiro, de Paulo Lacerda, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1928, 2.<sup>a</sup> ed., v. XIX, pp. 48/53.

13. *Op. v. cit.* p. 47.

posição e esse problema etimológico, com semelhante derivação, assim já deixamos retrçado em outras sedes.<sup>14</sup>

A *abertura* de testamento é o ato, mediante o qual a autoridade judicial, em forma solene, tomando conhecimento do testamento oferecido pelo apresentante dele, abre-o, depois de verificar que está aquele aparentemente sem mácula, procede a sua leitura, ordenando seja o mesmo registrado, obedecidas as exigências legais, para o seu cumprimento.

Tal é a conceituação preambular adequada, para a diagramação, observando-se que o apontamento das formalidades a serem atendidas, notadamente, quanto ao auto de *abertura*, para que da inobservância delas não se venha argüir, ao depois, eventuais defeitos que o inquirnem, será feito no curso das idéias em desenvolvimento.

Não é inoportuno, todavia, circunscrita a simples memória, ultimar este *item*, com o lembrete paralelo, de que o supradito adjetivo (aberto), costuma ser empregado, freqüentemente, em sentido metafórico, não só na linguagem comum como na filosófica, “para indicar atitudes ou instituições que admitem a possibilidade de uma participação ou comunicação ampla ou até mesmo universal”.

5. Merece diferenciar, evitando-se confundir conceitos e desregrar a ordem consecutiva, entre *apresentação*, *abertura* e *publicação* do testamento. São três vocábulos, indicativos de atos distintos, conteúdos motivados precisando e fortalecendo a estrutura do significado próprio de cada qual.

Não se excogita de mera nomenclatura convencional, destituída da influência, mas do emprego de palavras, meios de comunicação do pensamento, que há de ser preciso e caracterizante de sua essência confinada.

Diversamente dos anatomistas, que além de disporem de milhares de termos admitidos oficialmente, ao encontrarem “algo” de novo, no sentido de antes irrevelado, lançam mão da prerrogativa do “batismo”, socorrendo-se dos mais variados expedientes, decorrência contingente de preservar a prioridade e caracterização do “achado”, em Direito, mais precisamente

---

14. Cfr. n/ *Da Retrovenda*, São Paulo, Edição Saraiva, 1956, n.º 2, pp. 10/11 e notas 4 e 5; n/ *Glosário da retrovenda*, São Paulo, Editora Cupolo Ltda., 1957, pp. 10v.º/15v.º, fortificados em sólidos arrimos, sem deixarmos olvidado, antes imprimindo realce, ao registro de relevante fonte portuguesa como a de MANOEL D'ALMEIDA e SOUZA, de LOBÃO, *Fascículo de Dissertação Jurídico-práticas*, Lisboa, na Impressão Régia, 1829, v. I, § 2.º, p. 238.

na área de testamento, a linguagem há de ser rigorosa, no cronometrismo das acepções que já trilharam o percurso histórico e hoje, são estáveis, com a expressividade dos enunciados arraigados.

Na temática em desenvolvimento, sem desbordarmos dos alicerces e sermos repetitivos, é azado avivar — num parêntesis superficial — que, se a linguagem comum, em geral, deve visualizar a idéia viva do objeto considerado, no campo do direito sucessório faz-se mister a observância de rigor, a assegurar aos termos significação constante e precisa. Em se tratando de testamento, cuja “forma é irrepreensivelmente guardada” OROZIMBO NONATO afirmou, sem hesitação, que “não se deixe em obliúvio haver sido o rigor da forma, suscitado exatamente para resguardar a manifestação livre da *vontade* do testador, que é a *vis agens* do testamento, sem ela absolutamente incompreensível”<sup>15</sup>.

Aí, o predomínio de palavras, ou termos sacramentais senão de observância pontual e rigorosa, evita obscuridades, mal-entendidos e usanças que gerem confusões ou impropriedade. Não sirva de justificativa a alusão dos lingüistas de que vivemos no regime da polissemia, como regra de nossa linguagem e da constante mobilidade do sentido de termos fundamentais, pois, a isto contrapõe-se a regra de que a linguagem encerra um todo estruturado.

Exatamente porque cada palavra há de ser expressiva e distinta em relação à outra, contraposta, na formação do sistema lingüístico, é que aquele tríplice conjunto ordenado e indeclinável da *apresentação*, *abertura e publicação*, merece ser descortinado e apreciado com a irrepreensão harmoniosa, já radicalizada.

A) Apartados estes vocábulos, na combinação qualificada deles, guardada a ordem de colocação e função, figura na dianteira o substantivo feminino *apresentação*, que se desenvolve aos aspectos extensivos. Ganhou larga aplicação no sentido jurídico para significar, cogitando-se de pessoas, o ato pelo qual se encaminha alguém a outrem, cumprindo-se o objetivo tido em vista. Concorrem o apresentante, assim designada a pessoa que faz a *apresentação*; o apresentador (que tanto assume a forma adjetiva como a substantivada), aquele ou o que apresenta; o apresentado, quem é, destarte, direta ou indiretamente, identificado.

---

15. *Estudos Sobre Sucessão Testamentária*, Rio de Janeiro, Edição Revista Forense, 1957, v. I, n.º 151, pp. 200/201.

No direito cambiário a palavra é usual e tratando-se de título cartulário diz-se sempre sacador ou portador (especificamente a cambial), o que aparece para exigir do sacado o aceite, o pagamento ou ordenar o protesto.

Na correlação a diplomatas, configura-se o momento oficial em que o representante estrangeiro faz sua identificação perante o governo do País para o qual foi mandado servir, quando exhibe os títulos ou faz a *apresentação* de suas credenciais, que o invistam nas suas funções.

Ainda, socialmente, consiste na iniciativa de uma pessoa que, aproximando uma terceira, torna conhecida duas outras — ou mesmo um grupo estranho — que não mantinham trato entre si, nem relações anteriores. E destarte, por um fenómeno extensivo, sem escapar ao conceitual, mantida a coerência estruturada, na gradação do todo, contam-se a *apresentação* de coisa; de petítórios; de razões; de testemunhas (arrolando-as); de quesitos (formulando-os); de documentos (encartando-os ao processado); de títulos de propriedade (para serem transcritos ou averbados (ao oficial do Registro de Imóveis), dentre outros mais atos. Neles está sempre intergiversável o mesmíssimo substantivo, *apresentação*, de princípio fixado, na sua marcante posição.

B) No concernente à *abertura*, não com o fito de exaltar a hipótese em que essa formalidade é indispensável qual a do testamento cerrado (c.c., art. 1.644), forma intermédia entre o público e o particular, com o seu processamento apropriado (c.p.c., arts. 1.125 a 1.129), previsto dentre os procedimentos especiais da lei formal — mais adiante investigado, como ponto planeado — menos, ainda, quanto às preocupações iniciais (*item 1*) e os pressupostos especulativos (*item 4*), porque examinados anteriormente *eodem título*, porém, com o intento complementário e por predileto, vejamos como as raízes primitivas do direito romano, na sucessão testamentária, logo fizeram florescer aquele substantivo feminino, evoluindo para o modo prático de ser aberto e lido (*recitare*), semelhante testamento.

Esta recitação (substantivo indicativo do ato ou efeito de recitar), cujo verbo dá conhecimento de “ler em voz alta, clara e audível”, advinda do direito romano<sup>16</sup>, não diversifica de um dos requisitos substanciais, reclamados reiterativamente para o testamento público, no regime legislativo vigente entre nós (c.c., art. 1.632, incisos III e IV).

---

16. C. 6, 23, 21.

Observa o sempre reverenciado CLÓVIS BEVILACQUA, quanto às “formalidades substanciais” do preceito codiciano recém-aludido, bem como a do posterior (arts. 1.632 e 1633), que “não podem ser preteridas sem prejuízo do ato”, para justificar o requisito da *leitura*, enfatizado naquele *recitare*, ao deduzir: “Depois de escrito, o testamento *deve ser lido pelo oficial*” (grifo nosso), “na presença do testador e das testemunhas, ou pelo testador na presença destas e do oficial. É um modo de verificar se a escritura reproduz, com fidelidade, as enunciações do testador, e de fazer com que este, mais, uma vez, reflita sobre o ato <sup>17</sup>”.

Para o mesmo norte navega FERREIRA ALVES, ao insistir que, “depois de escrito o testamento *deverá ser lido*” (grifo nosso) “pelo oficial na presença do testador e das cinco testemunhas, ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial <sup>18</sup>”. Magistério é este que assinala sua posição, enfileirando-se neste contingente, que foi se avolumando, mas, cujo galardão maior está além da simples afinidade na inteligência desse mencionado mandamento civil (*c.c., cit. art. 1.632, incisos III e IV*).

Realça, antes, o uso da forma imperativa, acima posta em grifo, ao aludir que, após ser escrito o testamento, “*deverá este ser lido*” — *depois de escrito, seja lido pelo oficial*” — é o teor legal (*c.c., cit. art. 1.632, inciso III*). Deriva daí, sem receio de desacerto, que não houve apenas um conselho, normalmente expresso pela palavra *desinderatur*; ao contrário, configura mera determinação pela imperatividade transcendente.

Em seguida, reitera a necessidade de observância do requisito essencial “da leitura inteira do testamento”, extensiva ao testador, surdo-mudo ou cego, com capacidade ativa, ambos sujeitos à forma do testamento público (*c.c., arts. 1.635 e 1.637*). Circunstâncias são essas que devem ficar especificadas e portadas por fé pelo oficial público, o qual responderá civil e criminalmente pela omissão (*c.c., art. 1.634, parágrafo único*), resultante da preterição das formalidades indeclináveis, em especial a menção da assistência das testemunhas instrumentárias a todo ato, da pessoa que tenha lido o testamento, da repetição desta leitura, naquela segunda hipótese e até de caso em que o livro haja sido levado posteriormente

---

17. *Cit. v. do Código Civil Comentado*, p. 94, n.º 5.

18. *Cit. Direito das Sucessões*, n.º 35, p. 107.

à residência do testador, em irregular prática, para formalização, casos todos esses suscetíveis de nulidade.

A inteligência do mencionado último cânone civil, que descomporta ser acoimado de *amara lex*, bem como o do correlato (*cit.* art. 1.632, n.º II, do *c.c.*), já provinha de esclarecidos arestos respigados do antigo “Tribunal de Relação”, o qual assinalou incorrer “em contravenção a esses artigos”, a falta de declaração textual e inequívoca de tais exigências sacramentais, com os excelentes respaldos<sup>19</sup>.

É acomodado aludir que o Tribunal de Justiça de São Paulo, em mais atual e bem ilustrado acórdão — dois motivos para lhe dar relevo — decidiu, a propósito de testamento público, em que o testador não deu a sua fé à observância do preceito questionado (*cit.* art. 1.634, parágrafo único), aclarou não ser “menos certo que a jurisprudência vem abrandando o rigor do texto expreso do parágrafo único do art. 1.634, do mencionado Código, com o entendimento segundo o qual o fato de não ter o serventuário portado por sua fé, terem sido observados na lavratura do testamento os requisitos de lei, não importa em sua nulidade, uma vez que se possa verificar que todas essas formalidades tenham sido satisfeitas<sup>20</sup>”.

Dito acórdão não fixou somente a orientação do abrandamento na imputação radical da responsabilidade do oficial público — rigor este amenizado em seu exagero, desde que o testamento seja confeccionado *uno contextu*, sem omitir a chamada “menção” e as prescritas formalidades extrínsecas, cuja falta acarretaria a nulidade, profícuo acrescentar, com JOSÉ TAVARES<sup>21</sup> — mas também, como vem expreso na sua ementa, na linha dos princípios, outra importante diretriz, a saber: “O despacho cumpra-se, proclama apenas que existe um testamento sem nulidades visíveis, ou aparentes e não impede a apuração de nulidade no juízo contencioso<sup>22</sup>”.

Ao dispor a lei formal vigente sobre o que deva ser observado, no procedimento de jurisdição voluntária, acerca da abertura, registro e cumprimento dos testamentos (*c.p.c.*, arts. 1.125 a 1.129) — assunto vinculado à dimensão da forma cerrada, a rigor o único testamento que “será aberto pelo

---

19. *Ordenações Filipinas*, IV, 80, princípio; CARLOS DE CARVALHO, *Nova Consolidação*, art. 1750.

20. *Rev. Trib.*, v. 431, p. 72.

21. *Cit. Sucessões e Direito Sucessório*, Lisboa, Portugal — Brasil, Limitada — Sociedade Editora, 2.ª edição, v. I, n.º 135, pp. 566/568.

22. *Cit. Rev. Trib.*, v. 431, p. 72.

juiz” (c.c., art. 1.644, c.p.c., cit. art. 1.125), porque concluído o instrumento de aprovação, o tabelião o cerra e cose com a cédula testamentária (c.c., art. 1.638, inciso XI), lacrando-o o que especificamente difundiremos em particular no *item* 7 — JOSÉ OLÍMPIO DE CASTRO FILHO, ao averiguar a finalidade da abertura judicial do testamento, face ao código de 1973, especializa em advertência que “os requisitos para a validade de tais testamentos, bem como as numerosas questões que suscitam, com controvérsias, ainda hoje existentes, não dizem respeito à ciência processual e, por isso, se não de presumir conhecidos, ou deverão ser examinados nos civilistas, que disso cuidaram”. Completa seu exato raciocínio — a reforçar nosso sentir de, à frente (*item* 7), em transposição, nos determos a respeito — quanto de louvável positiva, à luz do novo código: “Na parte procedimental tudo se resume em estabelecer normas simples, que permitam o conhecimento do documento que traduz a última vontade do testador ou providências imediatas para o seu cumprimento, sem oportunidade, que seria imprópria, de maior discussão ou decisão a respeito da sua validade, da sua interpretação, ou mesmo em certas hipóteses, do seu cumprimento <sup>23</sup>”.

Concluiu, ainda, FERREIRA ALVES <sup>24</sup>, que a *Ordenação*, Liv. IV, tit. 80, tal a de D. FILIPPE (O Primeiro), “não exigia a leitura do testamento público, de sorte que havia divergência de ser ou não solenidade essencial a leitura”, ao que LOBÃO, assim lembrado por si, “pondera que ainda que a *Ordenação*”, na passagem inicial indicada, pareça “não exigir a solenidade da leitura, se devia suprir pela do Liv. I, tit. 78, § 4.<sup>o</sup>”.

Reatado o fio precedente, restaria pôr em confronto os dois títulos (80 e 78), dos respectivos livros (IV e I), destas *Ordenações Filipinas*, acautelada a transposição, da autoria de LOBÃO, que FERREIRA ALVES colacionou, recolhendo o argumento <sup>25</sup> de supressão da dúvida, desde que esse não ofereceu contradita àquele para aproximarmos esse modo conciliatório, pois, pelo cotejo, procedido, não nos parece que haja dissolvença.

No primeiro deles, que anuncia o tratamento “Dos testamentos, e em que forma se farão”, por prestadio, se apresentou o “testamento aberto por Tabelião público — ou seja, o

---

23. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio — São Paulo, Forense, 1.<sup>a</sup> ed., n.<sup>o</sup> 69, p. 152

24. *Op. loc. cits.*

25. *Op. loc. v. cits.*

escrito”, na Nota pelo Tabelião, segundo o ditado, ou em “declaração do testador” — seguindo-se as quatro espécies de que trata, uma a uma. E quanto ao que não for lavrado pelo tabelião, a equivaler ao testamento cerrado, que deverá ser escrito pelo testador ou por outra pessoa, a seu rogo, como o primeiro dos requisitos previstos na lei civil (*c.c.*, art. 1.638, *inciso* I), “as vezes chamado secreto ou místico, o escrito pelo próprio testador, com caráter sigiloso”<sup>26</sup> caracterização esta identificada em CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, que findou sua rápida explicação ajuntando o adjetivo “misterioso”<sup>27</sup>, divisou-se a testificação de seis testemunhas, se “por outra pessoa privada”, que não o tabelião, “per cuja mão for feito”, bem como reafirmou-se o respeito ao solene *recitare*, ou textualmente: “*sendo primeiro lido perante elas*”, (as testemunhas, sendo nosso o grifo), antes que elas aponham suas assinaturas<sup>28</sup>.

No segundo daqueles títulos, à justa o 78, que traz a designação *Dos Tabeliães das Notas*, delineando as atribuições, hoje conferidas ao oficial de notas (primitivo tabelionato) no § 3.º, com o subtítulo “scripturas”, o que não é despidendo aludir, ao invés torna-se elucidativo fazê-lo, porque afora mencionar a diligência com que devem se haver os tabeliães, quando “chamados para irem fazer alguns contractus, ou testamentos” (grifo nosso), “a algumas pessoas honradas ou enfermas, e molheres, que razoadamente não possuem, nem devão com honestidade ir” aos tabeliães, generaliza o conceito de escrituras (a abranger os contratos em geral, ou “testamentos”, distintamente, contribuindo, deste modo para a aplicação lata do encadeamento em o § 4.º.

De fato, nesse indicado § 4.º, dando-se preponderância ao procedimento textual, que denota o propósito de velar pelo formalismo, apego ao passado mais remoto, está consignado, com respeito ao tabelião: “escreverão em hum livro, que cada hum para isso terá, todas as Notas dos contractos, que fizerem. E como forem scriptas, logo as leão perante as partes e testemunhas” (grifo nosso), “as quaes ao menos, serão duas. E tanto que as partes outorgarem, assinarão ellas e as testemunhas. E se cada huma das partes não souber assinar, assinará por ellas huma pessoa, ou outra testemunha, que seja além das duas, fazendo menção, como assina pola parte, ou

---

26. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil — Direito das Sucessões*, São Paulo, Edição Saraiva, 13.ª ed., 1977, p. 115.

27. *Código Filipino ou Ordenações do Reino de Portugal*, Rio de Janeiro, Tipografia do Instituto Filomático, 1870, 14.ª ed. p. 901.

28. *Cits. Ordenações*, livro 4.º, título 80, n.º 3.

partes, porquanto ellas não sabem assinar. *E se em lendo a dita nota*” (grifo nosso, de par com a identificação persuasiva da leitura, perpetuando-se o *recitare*), “for emendada, acrescentada por entrelinha, minguada, ou riscada alguma cousa, o Tabelião fará de tudo menção, no fim da dita Nota, antes das partes e testemunhas assinarem, de maneira que depois não possa sobre isto haver dúvida alguma”<sup>29</sup>.

Com esta trasladação, extensa e precatada a peculiaridade da forma de antanho, conjecturamos manter a fidelidade e preservar o sentido unitário desta regra, que sendo genérica para “os contratos e testamentos”, pelo carácter amplo e parecente, rende ensejo a racionável acolhimento supletório de exigência da leitura do testamento público.

Não falece poder persuasivo a este raciocínio, em linha de princípio, especialmente pelos notórios comandos de hermenêutica, lastreados na apreciação conjugada, a par de militarem os motivos de concordância e ordem lógica, argumentos todos esses de calado profundo, justificativos da prevalência na uniformidade dos entendimentos e da índole dos institutos.

Conquanto preocupado com o panorama do testamento particular, de irradiação especializada, cuja autenticidade verifica-se com a sua apresentação depois da *abertura* da sucessão e oitiva das testemunhas instrumentais, em contraposto aos público e cerrado, aos quais milita a fé pública do oficial de notas (tabelião), repercute a observação de CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA, em desvelada nota, que tem cabida reproduzir: “A formalidade da leitura do testamento, que neste § se exige” (a alusão é ao § 3.º, do título LXXX, do quarto livro, que está sendo reexaminado para confronto), “também se deve praticar no que é lavrado em Nota pelo Tabelião, embora a Ord. o não recomende, para se evitarem fraudes (GOUVEA PINTO — *Tr. de Testam.*, cap. 5, § 1.º nota 55)”<sup>30</sup>.

De fato, ANTONIO JOAQUIM DE GOUVÊA PINTO refere-nos na passagem indicada, do seu clássico tratado regular e prático de testamento e sucessões, no capítulo V, ao proceder a exposição comparativa dos princípios inerentes ao testamento e às espécies em uso, segundo sumaria para principiar a discorrer, especializando no tocante ao “Testamento Aberto”, em nota integral: “Ainda que a Lei não requer esta cláusula de ser lido perante as testemunhas, quando o testamento é feito por tabel-

---

29. *Cits. Ordenações*, livro 1.º, título 70, n.º 4.

30. *Op. cit.* p. 905, 2.ª coluna, nota 3.

lião, será ella útil, si se praticar, para evitarem-se as fraudes que se podem seguir desta falta: é a esta espécie de Testamento Aberto, escripto pelo testador, que os juristas chamão de OLOGRAPHO”<sup>31</sup>

O ex-corregedor da comarca de Porto Alegre, nesse compêndio metódico, embora compenetrado de que falecia à legislação da época o requisito da leitura — que a atualidade reservou ao testamento público (c.c., cit. arts. 1632, *incisos* III e IV e 1637) — não hesitou encarecer a extensão dessa prática pela sua utilidade assinalada. Alongou-a ao testamento aberto, igualmente conhecido como ológrafo (de *holos*, inteiro e *graphiein*, escrever, etimologia assinalada por autores de porte).

No capítulo VI, em que examinou a “Abertura, publicação e redução dos testamentos”, objeto da titulação dada, GOUVÊA PINTO, com a mesma clarividência, desenvolve o exame do tempo “em que se deva abrir e publicar, ou reduzir o testamento”, discorrendo quanto ao modo proveitoso de “proceder nesta matéria, usado nas cidades e villas mais notáveis, a fim de desterrar a prática abusiva”, suscetível de ocasionar as “várias falsidades e embaraçando o devido cumprimento” dos testamentos<sup>32</sup>. Só esta concentração de princípios trouxe consigo o mérito de distinguir a *abertura* e a *publicação*, com a inferência da espécie de testamento passível de ser aberto, no rigor técnico e o “modo prático de proceder nesta redução”.<sup>33</sup>

Bem por isto, após aduzir em erudita nota ao título, com asterisco para alerta dela, discorre sobre a antiquíssima praxe da autoridade competente para a *abertura*, mostrando a maneira de “proceder nesta redução”, tal como o descreve por miúdo. E em outra nota, qual a ulterior, confrontando a opinião de LOBÃO, tanto nas “Dissertações”, como em suplemento nas “Segundas Linhas”, da qual divergiu, frizando “que esta matéria carecia de ser tratada com mais clareza e para isso”, na sua exata asseveração, “deveremos primeiramente fazer a distinção de *abertura* e *publicação de testamento*”, como fê-lo.<sup>34</sup>

C) Fechado o parêntesis entre-aberto com o intercalado atrás, pelo correlato, é azado retomar o prosseguimento, rumo palmilhado do itinerário, atendo-nos à *publicação*, com o que

---

31. *Tratado Regular e Prático de Testamento e Sucessões* ou Compêndio Metódico das Principais Regras e Princípios que se Podem Deduzir das Leis Testamentárias, Rio de Janeiro, Eduardo & Henrique Laemmert, 1851, 6.<sup>a</sup> ed., p. 46, nota 55.

32. *Op. cit.*, pp. 58/59.

33. *Op. cit.*, pp. 62/63.

34. GOUVÊA PINTO, *op. cit.*, p. 62, nota 64 e p. 63, nota 65.

haremos remate ao último dos aspectos do quinto *item* ramificado (A, B e C) no sumário.

A publicação, significando fazer ou tornar público, no largo sentido, consiste no ato ou processo cujo objetivo é divulgar, levar ao conhecimento geral (*coram populo*), aquilo que deva ser noticiado ou que se deseje venha à lume.

Publicação (substantivo feminino, *publicatio, onis*, cujo verbo transitivo direto, *publicare*, tem igual raiz latina), na terminologia geral e de emprego habitual comum, melhor pré-definido, é o efeito ou processo de dar conhecimento público e solene de ato, fato, ou coisa que se almeje fique sabido e notório.

No verbete que lhe destina, DE PLÁCIDO E SILVA noticia, ao propósito, ser “a divulgação, a ação de fazer patente, em lugares públicos, o que se deve tornar conhecido”. Prossegue expondo à vista e confronto as aplicações e sentir generalizados na nomenclatura de imprensa (assim se dizendo de todo órgão, jornal, revista, boletim e outros periódicos que circulam em qualquer localidade para noticiar ou divulgar fatos de ordem social, política, literária, científica), reservado para a divulgação da lei, acentuemos, o vocábulo restrito de promulgação, a vigorar com a publicação no sistema sincronístico do diploma de introdução ao código civil brasileiro (art. 1), forma de fazê-lo oficialmente conhecido. Conclui, quanto ao verbo publicar que, “além de dar à luz uma obra”, vulgarizá-la, “na significação jurídica, porém, é tomado somente no sentido de *divulgar* ou tornar público, dar conhecimento ou fazer conhecido”.<sup>35</sup>

Em escólio à norma material (*c.c.*, art. 1644), pertinente ao testamento cerrado, confrontando-a com o direito formal anterior *c.p.c.* de 1939, art. 524, em essência equivalente ao art. 1125 do *c.p.c.* de 1973), PONTES DE MIRANDA, após enunciar que o preceito impõe que o juiz proceda a abertura do testamento cerrado, aponta as fontes remotas e a autoridade primitiva encarregada de publicá-lo, prescrevendo: “No Código visigótico, a publicação pertencia ao sacerdote. A lei de 21 de maio de 1349, repôs a jurisdição secular. Mas, a despeito dessa lei, ainda MELLO FREIRE, na linha de outros juristas, transigia (*Istitutiones*, I, 81, III, 39). O que se devia fazer — a abertura pelo juiz (ALMEIDA DE SOUZA, *Coleção de Dissertações*, 195) — ele apenas atestava ter visto. Persistência da tradição visigótica,

---

35. *Vocabulário Jurídico*, Rio — São Paulo, Companhia Editora Forense, 1963, 1.ª ed., v. III, vocabs. publicação e publicar.

pensou GAMA BARROS (*História da Administração Pública*, III, 299, 301). Também *persistência* era a abertura por outra pessoa: *sacerdote, vel testibus* (GAMA BARROS, 229, diz pároco e testemunhas; mas sem razão, cfr. nosso *Tratado de Testamento*, II, 1968)".<sup>36</sup>

Trouxe à memória GOUVÊA PINTO, por anterioridade cronológica, nada obstante o anestésico do tempo transcorrido, a opinião de ALMEIDA E SOUZA, atrás lembrada com o qual concordou de que a nossa lei expressamente não "exigia a abertura do *Testamento Cerrado*", porque não o declarava (ao oposto da atual — *c.c.*, art. 1644 — aditemos pela sua relevância e no *item 6* imediato será de toda vantagem apreciar), discrepando quanto a falta de distinção entre *abertura* e *publicação* do testamento", como a lei adjetiva local o determinar, seguindo as distintiva.<sup>37</sup>

Ao entardecer do direito positivo material, em vigor, tanto para o testamento cerrado quanto para o ológrafo (*c.c.*, art. 1644 e 1646), dentre as formas ordinárias (art. 1629), reclamou-se a *abertura* daquele e a *publicação* deste em juízo, uma vez morto o testador.

O que o legislador quis fixar, no primeiro caso (testamento cerrado), foi a do juiz competente "para a *abertura* do testamento", como a lei adjetiva local o determinar, segundo as regras integrativas formais aceitas pela maioria das legislações processuais,<sup>38</sup> pertencendo à zona do direito civil a feitura dos testamentos, o que está fora da esfera do direito formal, porque isto a ele não concerne. Cabe e interessa à lei processual o testamento depois de morto o testador, para o processamento da sua declaração unilateral de vontade. Forte nesta orientação, indica PONTES DE MIRANDA, as formalidades iniciais da *apresentação* à *publicação*, extensiva esta ao particular, sujeito às cautelas e processo em juízo, para sua confirmação (*c.c.*, art. 1646 e *c.p.c.*, art. 1130), explicando em esclarecimento: "*Publicação* significa, aí, menos comunicar ao público do que tornar, pela intervenção judicial, público (= equiparado ao testamento público)".<sup>39</sup>

---

36. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Edição Revista Forense, 1949, v. III, t. 2.º, pp. 129/130.

37. *Op. cit.*, p. 63, nota 65.

38. CLOVIS BEVILAQUA, *cit. Código Civil Comentado*, v. VI, p. 106; J. M. DE CARVALHO SANTOS, *cit. Código Civil Brasileiro Interpretado*, v. XXIII, p. 147.

39. *Cits. Comentários ao Código de Processo Civil*, v. III, t. 2.º, pp. 128/129).

Houve aí e arrematando indicação ao *Tratado dos Testamentos*<sup>40</sup> onde primeiro ventilou a matéria sob a epígrafe *Do código visigótico ao art. 1644 do Código Civil*. Discursou, então, o que se torna interessante avivar e especializar, antes quanto àquele simples registro da “sem razão”, de GAMA BARROS porque, como censurado, este “viu no *vel* um *et*”, quando “podia ter concluído pela interpretação da alternativa em vez da copulativa, que seria a explicação certa”. Depois, no concernente ao direito positivo brasileiro, ao expender: “Se bem que só o art. 1644 fale na verificação do vício externo, pelo juiz, e na publicação do testamento particular, todos os testamentos precisam do cumpra-se para que se executem. Ainda o público aberto. Mas ao assunto, comum ao direito substantivo e ao adjetivo, melhor ficará no capítulo especial, que, ao fim desta obra se insere sobre jurisdição e processo dos testamentos”<sup>41</sup>.

Posteriormente, na sua obra grandiosa em que imprimiu forma orgânica ao direito privado, o excelso jurisconsulto, no parágrafo rotulado *Abertura do testamento, registro e arquivo*, voltando àquele texto legal (*c.c.*, art. 1644), retomou o tema, com igual esmero e excelência. Guardou o mesmo escorço, reiterando idêntico pensamento, não sendo descomedimento expressarmos que manteve ele a coerência. E entrou a acentuar a formalidade típica do *auto de abertura* do testamento cerrado — o que, na realidade, é o testamento condicionado à abertura pelo juiz (*c.c.*, art. 1644), associemos — reproduzindo aquelas fontes e antecedentes, com ênfase aos velhos abusos cometidos nos fins dos séculos XII a XIV, atestados, pelas fórmulas visigóticas com reflexo visto no nosso código civil<sup>42</sup>.

Coaduna-se com esta sã doutrina o comentário de JOÃO LUIZ ALVES, a este preceito (*c.c.*, art. 1644), não tendo perdido de vista a discussão no Senado e os preceitos assemelhados vigentes no direito anterior, ao consubstanciar a dupla e inarredável significação dos corolários — abertura e juízo competente para fazê-la — deduzindo: “O Código não declara a que juiz compete a abertura do testamento, porque, diante do regime processual, diverge a legislação dos Estados”, ora uniforme porque para todos eles vige o diploma legislativo federal de 1973 — “em matéria de competência”.

Referindo-se esse texto apenas a juiz, “está naturalmente subentendido que o testamento será aberto pelo juiz competente,

---

40. *Op cit.*, v. II, n.º 326, pp. 167/168).

41. *Cit. Tratado dos Testamentos*, v. II, n.º 326, p. 168.

42. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1969, 2.ª ed. t. LIX, § 5.883, pp. 123/125/126.

do último domicílio do falecido, ainda quando os bens são situados em circunscrições judiciárias diversas (art. 1578). Se, porém, o *de cujus* tiver mais de um domicílio, a competência será definida pelo princípio da prevenção de jurisdição”<sup>43</sup>.

Na segunda forma (testamento ológrafo), não há duvidar e o texto legal é insuscetível de embaraços, falecendo o testador, far-se-á a publicação do testamento em juízo, citando-se os herdeiros legítimos (*c.c.*, art. 1646), não estando excluídos dele o legatário e o testamenteiro (*c.p.c.*, art. 1130). Não há por que deixar de estender esta mesma citação a outros herdeiros na advertência de PONTES DE MIRANDA<sup>44</sup>, que nisto encontrou precedentes nas *Ordenações Afonsinas*, *Manoelinas* e *Filipinas*, as quais se repetem.

Demais disto nosso legislador foi resolutivo e explícito não tendo pretendido editar mais, nem menos, do que está no sóbrio dispositivo apreciado (*c.c.*, art. 1646), concretizando a idéia de publicação. É quanto aduziu J. M. DE CARVALHO SANTOS, sem que tivesse dado desenvolvimento à indagação formulada sobre a amplitude dos que devam ser citados, “morto o testador” — o que a nova lei formal sanou, sendo terminante em exigir a intimação daqueles a quem caberia a sucessão legítima, do testamenteiro, dos herdeiros, legatários e Ministério Público (*c.p.c.*, art. 1131) — na estreiteza que esse apontado cânone comporta: “A publicação é a formalidade destinada a dar autenticidade ao testamento particular, como medida preliminar de sua execução.

Na publicação do testamento, que se faz a requerimento do sucessor testamentário, ou testamenteiro, observam-se as normas do direito processual, cuja orientação vem traçada no código”<sup>45</sup>.

Vale sublinharmos, à derradeira, que essa publicação “*em juízo*” (grifo nosso), limitada ao testamento particular (*c.c.*, art. 1646) está correspondendo à *apresentação judicial*, modo de divulgar a vontade do disponente para que ela se torne sabida e o testamento venha a ser cumprido. Abona semelhante inteligência o conteúdo disciplinador do preceito, trancado pela expressão que lhe serve de remate”, com a citação dos herdeiros legítimos”, cuja maior extensão (*c.p.c.*, *cit.* art. 1131), ficou realçada atrás, desenganadamente.

---

43. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, F. Briguiet e Cia. Editores Livreiros, 1917, v. II, pp. 1.154/1.155.

44. *Cit. Tratado dos Testamentos*, v. II, n.º 358, p. 218.

45. *Cit. Código Civil Brasileiro Interpretado*, v. XIII, p. 163.

6. O testamento *cerrado*, também denominado *secreto* ou *místico*, dentre as formas comuns de testar, reconhecidas pelo nosso direito positivo (*c.c.*, art. 1629), que somente o permite como modalidade sigilada, por quem possa ler, sujeito aos requisitos especificados (*c.c.*, arts. 1638 a 1644), das três espécies ordinárias, é o único sujeito a ser “aberto pelo juiz” (*c.c.*, art. 1644). Há de ser ele escrito pelo próprio testador ou outra pessoa, a seu rogo (*c.c.*, *cit.* art. 1638, *inciso* I). Normalmente é manuscrito, inexistindo preceito expresso que vede testamento *cerrado* datilografado, com aleatório reflexo na oportunidade de *abertura* dele.

Previra TRABUCHI, com sua agudeza, possa ser ele feito à máquina, cumprindo ao testador, neste caso, “sottoscrivere ciascun mezzo foglio, cioè in fine ad ogni pagina di due facciate”<sup>46</sup>.

Semelhante forma mecanizada fora acolhida, como facultativa, de maneira expressa, pelo anteprojeto de ORLANDO GOMES<sup>47</sup>. Permite-o, igualmente o projeto, em discussão *ad-eo*, elaborado pela comissão encarregada, com a supervisão de MIGUEL REALE<sup>48</sup>.

Esta questão está bem situada por CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA<sup>49</sup> e WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO<sup>50</sup>, lembrando o primeiro que a lei não “oferece resposta direta, o que é natural, pois, ao tempo da votação do *Código Civil*, a grafia mecânica não era bastante difundida”, e o segundo, além dos pareceres registrados, ajunta jurisprudência, concordando ambos que o texto não o veda.

As formas especiais, que têm traços comuns e distintivos, imaginadas para certas conjunturas, em que não é viável recorrer-se às ordinárias, desdobram-se em marítimo e militar (*c.c.*, arts. 1656/1659 e 1660/1663). Aquela, o marítimo, apresenta-se com a dupla modalidade de ser *público*, se lavrado pelo comandante, ou pelo escrivão de bordo; *secreto*, quando for escrito pelo testador ou por outra pessoa a seu rogo (*c.c.*, arts.

---

46. ALBERTO TRABUCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Millani, 1953, 7.<sup>a</sup> ed., n.º 374, p. 767.

47. Art. 316, parágrafo único do *Anteprojeto do Código Civil*, de ORLANDO GOMES, apresentado ao Ministro da Justiça da época, JOÃO MANGABEIRA, aos 31.III.1963, Departamento de Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1963.

48. Art. 1920, parágrafo único do projeto de lei n.º 634, de 1975, in *Diário do Congresso Nacional* Suplemento “B”, ao n.º 661, de 13.VI.1975.

49. *Instituições de Direito Civil, Direito das Sucessões*, Rio, Forense, 1974, v. VI, n.º 459, p. 164.

50. *Cit. Curso de Direito Civil — Direito das Sucessões*, p. 116.

1656 e 1657). Dessa, qual o militar, diz-se também que foi admitida, sob a espécie ológrafa, ao testador que souber escrever, com a faculdade de fazê-lo “de seu punho, contanto que o date e assine por extenso, e o apresente aberto ou cerrado, na presença de duas testemunhas, ao auditor ou ao oficial de patente, que lhe faça as vezes neste mister”. Este o “notará em qualquer parte dele”, sendo “esta nota assinada por ele e pelas ditas testemunhas” (c.c., art. 1661 e parágrafo único).

Uma e outra destas classes privilegiadas têm requisitos essenciais e que estão prescritos para validade de tais testamentos, contrapostos aos ordinários.

Se o texto aprovado, da lei civil vigorante, simplificou as exigências, nas três maneiras concebidas de testamento militar, assemelhando a primeira ao testamento público (c.c., cit. art. 1660), já a segunda corresponde ao cerrado (c.c., cit. art. 1661) e a terceira ao nuncupativo (c.c., art. 1663), para essa situação excepcional, abolida como ficou a testamentificação nuncupativa, que era a feita, oralmente *in articulo mortis*, para todas as demais hipóteses.

Desaprova CLOVIS BEVILACQUA o teor desta última (o nuncupativo), no que viu um “romanismo perigoso”, destituído de garantias suficientes. Por isso mesmo, vai além no reproche, assinalando que se motivos mais influentes pelearam para a readmissão do princípio, em grau de exceção, rejeitada como ficou, a regra, “com melhores razões se o não deveria conceber”, quando é tão certo que “no momento do combate, em que a luta empenhada tudo absorve, arrasta e confunde, e os dizeres do moribundo se perdem no ruído da batalha, pode ser facilmente deturpado, ou, dolosamente, inventado o testamento”.<sup>51</sup>

Capital é o comentário de JOÃO LUIZ ALVES de que “a forma do artigo anterior” — referindo-se ao art. 1656 — “lembra a do testamento público e a deste o cerrado e particular”.<sup>52</sup>

A menção à forma marítima “*cerrada*”, no exercício de direito optativo (c.c., cit. art. 1161), tem o imediato alcance de estender à necessidade da abertura também ao mesmo. Daí a incursão, sem tom polêmico, porém, pela virtualidade ou afinidade contida e conducente à semelhante consequência, senão à aplicação prática de *abertura* de um testamento marítimo.

---

51. Cit. *Código Comentado*, v. VI, pp. 123/124.

52. *Op. v. cits.*, p. 1.166.