

**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ**  
**CURSO DE DIREITO**

**ÚRSULA CIDALIA RIBEIRO FREITAS**

**TESTAMENTO NUNCUPATIVO PELOS NÃO MILITARES COMO FORMA ESPECIAL  
DE TESTAR: Argumentos Pela Possibilidade Jurídica.**

Recife  
2010

**ÚRSULA CIDALIA RIBEIRO FREITAS**

**TESTAMENTO NUNCUPATIVO PELOS NÃO MILITARES COMO FORMA ESPECIAL  
DE TESTAR: Argumentos Pela Possibilidade Jurídica.**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da  
Instrução Cristã, como requisito parcial à obtenção do  
grau em bacharel em Direito.

Área de concentração: Ciências Jurídicas

**Orientador:** Prof(a). Renata Cristina O. L. Andrade

**Freitas, Úrsula Cidalia Ribeiro.**

**Testamento nuncupativo pelos não militares como forma especial de testar: argumentos pela possibilidade jurídica. / Úrsula Cidalia Ribeiro Freitas – Recife: O Autor, 2010.**

**57 folhas**

**Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Bacharelado em Direito, 2010.**

**Inclui bibliografia.**

**1. Direito 2. Direito Civil. 3. Direito Sucessório I. Título.**

**347**

**CDU (2.ed.)**

**347**

**CDD (22.ed.)**

**Faculdade Damas**

**2010- 010**

ÚRSULA CIDALIA RIBEIRO FREITAS  
TESTAMENTO NUNCUPATIVO PELOS NÃO MILITARES COMO FORMA ESPECIAL DE  
TESTAR: Argumentos Pela Possibilidade Jurídica.

DEFESA PÚBLICA em Recife, \_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

**Presidente:** Orientador: Prof.(a). Renata Cristina O. L. Andrade

---

**1º Examinador:** Prof.

---

**2º Examinador:** Prof.

---

Dedico este trabalho para aqueles que sempre me ajudaram para que concluísse este curso. As minhas tias Ana Rejania e Gláuria, que me ajudaram financeiramente. E aos meus irmãos Flávio e Fábio que sempre estiveram presentes nessa jornada. E em especial a minha mãe Adalva que durante estes cinco anos alterou sua rotina para me dar força e continuar sempre presente em minha vida e aguentando com toda paciência o meu mau humor enumeras vezes. E ao meu avô Manoel Ribeiro que partiu tão cedo e deixou eternas saudades.

## RESUMO

O presente trabalho é fruto de uma pesquisa efetuada na legislação e doutrina brasileira com o objetivo de investigar e demonstrar o negócio jurídico nuncupativo. Trazendo argumentos pela possibilidade do testamento nuncupativo ser aceito no âmbito civil deixando de ser apenas considerado no âmbito militar. A possibilidade trazida compara o testamento nuncupativo ao o casamento nuncupativo, para fins de reconhecimento jurídico. Iniciou-se o estudo pelas origens da sucessão testamentária, passando a observar como ela chegou até o Brasil e analisando sua natureza jurídica, de acordo com o ordenamento brasileiro em diversas épocas. Em seguida estudou-se as formas de testamento que são aceitas no ordenamento jurídico vigente, abordando ainda uma forma de testamento ainda não aceito, que é o testamento especial nuncupativo não militar em nosso ordenamento. E por fim foram trazidos os argumentos pela possibilidade jurídica do testamento nuncupativo, fazendo uma comparação entre o casamento e o testamento, que são considerados dos atos mais solenes do ordenamento jurídico. Para chegar a eficácia, o negócio jurídico deve ser válido e ser constituído de boa-fé, que é a lealdade entre as pessoas que compõem o negócio jurídico.

**Palavra chave:** testamento, nuncupatividade, reconhecimento.

## ABSTRACT

The present work is fruit of a research effected in the legislation and Brazilian doctrine with the target of investigating and demonstrating the nuncupative legal transaction. Bringing arguments for the possibility of the nuncupative be accepted in the civil scope leaving to be considered only in the military scope. The brought possibility compares the nuncupative will with the nuncupative marriage, for the legal recognition. The study began with the origins of the hereditable testamentary, starting to observe as it arrived until Brazil and analyzing its legal structure, in accordance with the Brazilian order at several times. Then it studied the forms of will that are accepted in the effective legal system, approaching yet a not accepted form of will, that is the uncupative special will not military in our order. And at least it had been brought arguments for the legal possibility of the nuncupative will, making a comparison between the marriage and the will, that are considered the most solemn acts of the legal system. To achieve the effectiveness, the legal transaction must be valid and constituted of good-faith, that is loyalty between the people who compose the legal transaction.

**Keywords:** will, nuncupative, recognition

## **LISTA DE SIGLAS**

CF - Constituição Federal  
CC - Código Civil  
CPC – Código de Processo Civil

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>08</b>
<b>CAPÍTULO 1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TESTAMENTO E SUA NATUREZA JURÍDICA.....</b>	<b>11</b>
1.1 Origem histórica.....	11
1.2 Evolução histórica do testamento no Brasil.....	15
1.3 Algumas diferenças entre o Código Civil de 1916 e o de 2002.....	23
1.4 Natureza Jurídica.....	25
<b>CAPÍTULO 2 FORMAS TESTAMENTARIAS.....</b>	<b>27</b>
2.1 Testamento Público.....	28
2.2 Testamento Cerrado.....	32
2.3 Testamento Particular.....	34
2.3.1 Confeção do testamento particular em circunstâncias excepcionais.....	35
2.4 Testamento Marítimo.....	36
2.5 Testamento Aeronáutico.....	37
2.6 Testamento Militar.....	38
2.7 Codicilo.....	39
2.8 Testamento Vital.....	41
<b>CAPÍTULO 3 NEGÓCIO JURÍDICO NUNCUPATIVO.....</b>	<b>43</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>52</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>55</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como estudo focalizado no direito da sucessão testamentária no que se refere ao direito de testar na forma nuncupativa pelos não militares. Tendo por finalidade analisar a modificação da legislação brasileira no que se refere ao testamento nuncupativo.

Estudando na legislação e na doutrina, com o objetivo de conhecer os testamentos ordenados no Brasil, realizando um estudo histórico sobre a origem testamentária e a sua chegada ao Brasil e passando pelas legislações brasileiras de 1916 e a vigente legislação de 2002, e fazendo uma abordagem buscando o aprofundamento do conhecimento sobre as formas de testamentos admitidos no direito pátrio.

Observando ainda, a questão da equiparação do casamento ao testamento nuncupativo, trazendo por fim argumentos pela possibilidade do testamento nuncupativo ser aceito também pela forma especial não militar.

O tipo de pesquisa adotado para efetuar a pesquisa foi a bibliográfica sobre o tema em livros e pesquisa na internet.

O trabalho apresentado dividiu-se em três capítulos, onde o primeiro aborda a evolução histórica da sucessão testamentária que deu início na Grécia e em Roma, com o código Sólon que o testamento surgiu, tendo algumas restrições. Já em Roma surgiu As Doze Tabuas trazendo duas novas formas de testar, no direito pré-clássico veio outra forma de testar. Mas a importância do testamento só veio a acontecer no direito clássico, com o surgimento do testamento pretoriano, mas no direito pós clássico que deu origem aos testamentos que perduram até hoje, que são: o público; o particular; e o militar.

Observando também como foi que o testamento chegou ao Brasil que foi através dos portugueses, que trouxeram o testamento público; o cerrado: o nuncupativo; e o marítimo. Em 1916 com a chegada do código civil, os testamentos foram divididos em duas categorias ordinários e especiais, trazendo novas formas de testar e excluindo algumas que eram aceitas antes de 1916, como a exclusão do testamento nuncupativo, e as novidades como o testamento particular e o testamento militar. Em 2002 só houve uma alteração nos testamentos especiais que foi a chegada do testamento aeronáutico.

Tratando também da natureza jurídica do testamento que é um ato por meio do qual alguém dispõe de seu patrimônio para depois de sua morte. Sendo um ato personalíssimo e revogável podendo ser alterado quantas vezes o testador quiser, unilateral pois os efeitos se trata de uma única para produzir efeitos.

O segundo capítulo trata das formas testamentárias aceitas no ordenamento brasileiro que divide-se em ordinários e especiais. Os ordinários são aqueles que todas as pessoas capazes podem

fazer, dividido de três formas: o público; o cerrado; e o particular. E os especiais que só são permitidos em situações extremas, que acabam dispensando as formalidades ordinárias para sua validade, são permitidos em três formas também que são: o marítimo; o aeronáutico; e o militar.

O testamento público é o que exige mais formalidades, pois deve ser feito em cartório de notas na presença de tabelião ou seu substituto legal, que é um profissional de direito dotado de fé pública. Quem está fora do país e deseja testar de forma pública deve fazer em um consulado e o substituto do tabelião vai ser a autoridade do consulado.

Já o testamento cerrado tenta garantir o sigilo da vontade do testador, o tabelião nesse tipo de testamento limita-se a dar o auto de aprovação, o testador deve entregar ao tabelião o testamento dizendo que é seu e pedindo a sua aprovação, este auto de aprovação deve começar no fim do testamento caso não caiba pode começar em uma folha apartada, contendo a qualificação das partes, a confirmação e por fim a assinatura de todos os presentes no ato.

No testamento particular não tem tantas formalidades, com isso oferece muitos riscos de não ser comprovado, é escrito pelo testador na presença de três testemunhas, não podendo ser feito a rogo e escrito em qualquer idioma desde que as testemunhas entendam, e em situações especiais o testamento particular pode ser feito sem a presença de testemunhas.

O testamento marítimo feito a bordo de um navio por qualquer pessoa, tendo em vista atender uma emergência, em caso que o testador não venha a falecer durante a viagem o testamento após o desembarque tem a validade de noventa dias.

O testamento aeronáutico basicamente tem as mesmas formalidades do testamento marítimo, não tendo muito que se acrescentar.

Já com o testamento militar não pode ser feito por qualquer pessoa, só pode ser feito por quem esteja em situações bélicas, podendo ser feito de forma pública; cerrada; e a nuncupativa, tendo o mesmo prazo de caducidade dos outros testamentos especiais. A forma nuncupativa é feita oralmente na presença de duas testemunhas.

Ainda dentro das formas de testar encontra-se o codicilo que não é um testamento, é considerado um pequeno escrito onde o testador só deixar bens de pequeno valor e recomendações para após sua morte.

No terceiro capítulo será feito um estudo sobre o tema central deste trabalho que é o testamento nuncupativo como forma especial de testar para os não militares. Abordando o negócio jurídico nuncupativo e fazendo uma equiparação do casamento com o testamento nuncupativo e argumentado suas possibilidades.

Diferente do que acontece com o casamento nuncupativo que pode ser feito por qualquer pessoa, o testamento nuncupativo só é aceito para os militares em situações bélicas.

O casamento nuncupativo é aceito em situações onde um dos nubente se encontra em risco iminente de vida e não houver tempo para ser celebrado o casamento comum, tendo a dispensa de todas as formalidades e da presença da autoridade competente para a celebração, os celebrantes são ser os próprios nubentes na presença de seis testemunhas para confirmarem o ato, após a celebração as testemunhas vão comparecer perante autoridade mais próxima para reduzirem a termo as suas declarações.

Já com o testamento nuncupativo só pode ser feito por uma minoria, os militares que se encontram em situações extremas, que na presença de duas testemunhas faz seu testamento de forma oral e as testemunhas após ouvir o testador transcrevem o que foi dito e entrega a autoridade competente para que seja tomada as providencias.

Sendo o casamento e o testamento os atos mais solenes do negócio jurídico, da mesma forma que o casamento nuncupativo pode ser feito por qualquer pessoa desde que se encontre com risco iminente de vida, o testamento deveria ser considerado da mesma forma com os mesmos requisitos que são necessários no casamento deixando de ser apenas considerado para os militares.

## **CAPÍTULO 1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TESTAMENTO E SUA NATUREZA JURÍDICA**

### **1.1 Origem histórica**

Nas antigas gerações gregas e romanas, eles tinham crenças na vida e acreditavam que a morte era uma mudança de vida, acreditava-se que os mortos iam para a morada celeste, como uma recompensa para os homens que fizeram bem a humanidade. ([COULANGES, 2006](#) p. 11).

A alma não se separava do corpo enterrava-se junto ao corpo, por conta disso nos ritos fúnebres era chamado o nome do falecido três vezes para desejar a alma um vida feliz sobre a terra, como eles acreditavam em vida sobre a terra enterrava junto ao falecido objetos, escravos e cavalos que acreditavam que o falecido na sua nova vida ia precisar como também derramavam vinho e comida, pois o falecido também ia precisar se alimentar. Só a família podia participar do funeral e dos banquetes oferecidos ao falecido. Caso um estranho assistisse a estas cerimônias, estava perturbando o descanso dos falecidos. Era lei. Os estranhos tinham que ficar longe dos túmulos. ([COULANGES, 2006](#) p. 12).

Cada família só tinha um tumulo, um sempre descansava após o outro, geralmente esses túmulos ficavam dentro de casa e próximo da porta para que os filhos ao saírem e entrarem em casa fizesse referencias aos seus antepassados. ([COULANGES, 2006](#) p. 37).

Acreditava-se caso alguém não fosse enterrado, que sua alma não seria uma alma feliz e ficava perturbando os familiares com aparições até o seu funeral acontecer. A lei para os criminosos era o castigo de não ser enterrado, pois não ser sepultado era considerado um castigo eterno. ([COULANGES, 2006](#) p. 14).

Em cada casa existia um altar com o fogo sagrado, uma obrigação sagrada para o chefe da família que deveria sempre manter a chama acesa, caso a chama se extinguísse a família seria extinta também. Na religião de base domestica, o fogo representava os antepassados. Nas cerimônias feitas diante do fogo sempre se pedia pureza no coração, temperança e sabedoria. ([COULANGES, 2006](#) p. 24).

O fogo precisava ser colocado longe dos olhares de estranhos e cada família tinha seu fogo e sua cerimônia, orações e hinos e isto era passado de geração a geração, pois era considerado o patrimônio da família passado apenas para os filhos. As filhas após o casamento passavam a pertencer à outra família, então iriam participar de outro culto, ter como deuses os antepassados do seu marido e não mais considerar os seus antepassados como deuses. ([COULANGES, 2006](#) p. 38).

O fogo era considerado como um Deus, antes das refeições se fazia preces e dividam os alimentos com os deuses. Sempre ao sair e ao voltar pra casa se fazia prece diante do fogo. Depois

que começou a surgir outros deuses comuns a todos, antes de se fazer qualquer oferta a outro deus na Grécia, primeiro tinha que fazer a oferta para o deus do fogo e depois para Zeus. Com o tempo, os deuses passaram a ter forma humana representadas por estatuas, o deus do fogo passou a ser representado por uma estatueta na forma de uma mulher, pois o fogo ficava no altar e o altar é uma palavra feminina, por conta disso, ganhou a forma de uma estátua feminina. ([COULANGES, 2006](#) p. 34).

As famílias não tinham como princípio o afeto natural, o vínculo familiar não partia do sangue, partia do culto, o filho que renunciasse ao culto deixava de ser filho e quem não podia ter filhos adotava. O filho adotivo passava a ser considerado como tal após participar do culto, essa adoção só acontecia se o adotante já tivesse tentado ter um filho de todas as formas sem sucesso. Pois a herança era dada de acordo com a participação do culto e não com o nascimento, o pai podia amar a filha, mas a lei da sucessão não permitia deixar bens para ela, pois após o casamento ela não pertencia mais àquela família. Não havia nada mais precioso que a herança, o patrimônio que se passava de pai para filho era o culto e hinos da religião. ([COULANGES, 2006](#) p. 41).

O celibato por lei não podia acontecer, pois todos tinham que um herdeiro para passar sua herança para poder dar continuidade ao culto. Se o homem não tivesse um herdeiro não teria ninguém para fazer o culto após sua morte. Porém não era apenas geração de filho, a família tinha que ser constituída, pois os filhos bastados não serviam. O objetivo do casamento era dar continuidade ao culto, ter para quem deixar a herança, se por acaso a mulher fosse estéril o casamento podia ser anulado. Caso o homem fosse estéril, algum parente seu poderia substituí-lo e a criança nascida desta substituição seria considerada filha do homem estéril. ([COULANGES, 2006](#) p. 53).

A religião com o tempo foi expandindo da família que passou a ser fratria, algumas famílias juntavam-se para adorar um Deus, logo depois surgiu na cidade um único deus que abarcava toda a cidade. O surgimento da cidade começou com uma pequena sociedade que se juntou. Esta associação de cunho religioso e político originavam-se das famílias e fratria, o lugar de reunião era sobretudo santuário da associação. A cidade sempre era construída ao redor do santuário, cada cidade tinha seu dia específico de fazer suas oferendas e sacrifícios e todos os cidadãos deveriam estar presentes nas cerimônias. ([COULANGES, 2006](#) p. 148).

A história da cidade começa com a fundação propriamente dita, o nome sagrado do fundador e os deuses escolhidos para proteger a Cidade. Quem governava a cidade era o fundador e suas principais atividades era oferecer sacrifícios e pronunciar orações. Estes governadores eram conhecidos como Reis da cidade. A escolha dos Reis era da mesma forma que a família, passava de pai para filho. Ao longo do tempo com as revoluções, o regime monarca foi derrubado e adotado o regime republicano.

A lei fazia parte da religião, o código das cidades tinha preces, ritos, junto às disposições legislativas e o direito de sucessão estava no meio das regras da cidade. Fazer testamento era romper a ordem que a religião estabelecia, pois a sucessão dos bens era à transmissão do culto. Por muito tempo a lei foi passada de pai para filho de forma oral, depois passou a ser escrita e ficava guardada no templo, sob a custódia dos sacerdotes. ([COULANGES, 2006](#) p. 223).

Para ser considerado um cidadão os indivíduos tinham que participar dos cultos, diante disso se garantia os direitos políticos e civis. O patriotismo significava a terra dos pais, a pátria para cada homem era sua porção de solo, de terra que a religião doméstica e nacional havia santificado, lá se encontrava o tumulto dos seus antepassados e o grande herói que fundou a cidade se santificava. Nesta partia ele encontrava sua fé e seus deuses.

Após a constituição das cidades surgiu a Federação, que consistiu na união de várias cidades, da mesma forma que aconteceu na construção das cidades, aconteceu para a formação da federação em relação à religião, os cultos, as datas para as festas e o surgimento do deus da federação.

Logo, com os acontecimentos, outras revoluções foram surgindo e uma delas foi a regra da herança que passou a ser dividida entre os filhos, anteriormente só o primogênito herdava. Porém com a mudança, a herança passava a ser dividida de forma igual para os filhos, com isto cada filho passou a ter sua propriedade.

Antes do Sólon o testamento era absolutamente proibido em Atenas e com a chegada do código o testamento só foi concedido para aqueles que não tinham filhos, em princípio a propriedade ainda continuava a permanecer a família. ([COULANGES, 2006](#) p. 90).

Com a chegada do cristianismo, o direito passou a não derivar-se da religião logo o homem que ficasse no governo seria mais flexível e variável de acordo com a vontade dos cidadãos mediante os direitos.

A cada dia o direito foi se modificando, evoluindo de acordo com os costumes que também se modificavam a cada dia. O direito saiu dos livros dos sacerdotes, para o poder do povo, em Atenas foi criado o Sólon. O povo que estava à parte desse momento começou a fazer a lei e por ela deixar de fazer parte da religião passou por mudanças de acordo com o desejo da população. Em Roma foi criada as doze tábuas e isto trouxe mudanças no direito sucessório. Logo o homem poderia testar. A propriedade deixava de fazer parte da religião e passava a ser um bem do homem, onde ele disporia seus bens por testamento, o testador escolhia seu legatário. ([COULANGES, 2006](#) p. 385).

Tanto o Sólon quanto as doze tábuas foram escritas da mesma época e o conteúdo era semelhante, as formas de testar ainda tinham seus limites, pois as mulheres não podiam testar, diziam que elas não podiam ter propriedade só podiam ter o usufruto.

As doze tábuas falam pouco de testamento, apenas duas formas de testamento são colocadas: *calatis comittiis* e o *in procinctu*. O testamento *calatis comittiis*, utilizado em tempo de paz e feito em ocasião de comícios por cúrias, acontecia duas vezes por ano em épocas especiais, provavelmente em 24 de março e 24 de maio e sob presidência de um pontífice máximo, onde o povo votava esse testamento como se fosse lei e depois essa votação ficou como mera formalidade e o povo ficou sendo como testemunhas. E o pai de cada família manifestava sua última vontade esta forma de testamento caiu em desuso no século II a.C. Já *in procinctu* era usado em tempos de guerra elaborados perante o exército, quem estava reunido na batalha serviam de testemunha estes testamentos caiu em desuso no século I a.c. (VENOSA, 2009 p. 132).

No período pré-clássico a forma de testamento foi a *per aes et libram* (cerimônia com a balança e bronze). Quem temia a morte e não havia feito o testamento nas duas vezes ao ano que era a forma *calatis comittiis*, entregava seu patrimônio a um amigo (como forma de alienação por preço fictício) por meio de negócio denominado *mancipatio*, dizendo o que desejava que este desse a cada um após sua morte. (VENOSA, 2009 p. 132).

O testamento somente começou a ter mais importância no direito clássico onde surgiu o testamento *pretoriano* e para ter validade tinha que ser escrito e apresentado a sete testemunhas. Onde esta forma de testamento só veio difundida no século II d.C. No período pós-clássico surgiram os testamentos que perduram até os dias de hoje, conhecidos como o público e o privado e nos testamentos particulares incluía-se o nuncupativo, o ológrafo e o tripertitum. O público era de duas formas o *testamentum apud acta comditum*, que era uma declaração verbal do testador para o magistrado que reduzia a termo. E o *testamentum oblatum principi* que era o testador apresentava ao príncipe a sua última vontade, e o poder público arquivava o testamento. (ALVES, 2003 p. 373).

Já nas formas particulares, o testamento nuncupativo era feito na presença de cinco testemunhas e feito oralmente, o ológrafo que era totalmente redigido pela mão do testador e tinha validade mesmo não sendo feito na presença de testemunhas e o testamento tripertitum tinha a necessidade de ser feito de uma só vez, sem interrupções na presença de sete testemunhas e as testemunhas após o término do testamento colocar seu selo nele. (ALVE, 2003 p. 372).

E as formas especiais hoje conhecidas eram chamadas de formas anormais começaram a ser conhecidas também, como o testamento militar, testamento em tempo de peste, o testamento rurículo, usado no meio rural e o *testamentum parentum inter liberos*. Suas formalidades eram mais ou menos rigorosas que a dos testamentos normais.

O testamento rurículo em vez de sete testemunhas só havia a necessidade de cinco testemunhas. O testamento em tempo de peste, se o testador estivesse com alguma doença contagiosa, as testemunhas não precisavam se colocar na sua presença imediata. Já com o *testamentum parentum inter liberos* (testamento de pai para filho), quando o pai fosse fazer

testamento passando os seus bens para os filhos não havia a necessidade de testemunhas. E por ultimo o testamento militar que era considerado o mais importante de todos os testamentos anormais, o soldado em terra ou em mar estando em serviço, o testamento sendo feito nessas condições tinha validade após um ano da baixa. (ALVES, 2003 p. 374).

## 1.2 Evolução histórica do testamento no Brasil

Quando Portugueses chegaram ao Brasil as ordenações utilizadas eram as Afonsinas que vigorou ate a chegada das ordenações Manuelinas em 1521. Esta ordenações durou até 1603, quando, em 1 de janeiro no mesmo ano, começou a vigorar as ordenações Filipinas, que foram utilizadas no Brasil até 1916. Os tipos de testamentos adotados eram o dos romanos e dos filipinos. E por consequência, no Brasil, todas essas ordenações foram utilizadas até a chegada do código de 1916. As ordenações utilizadas em Portugal que foram trazidas para cá eram usadas aqui da mesma forma que lá. E durante este período, tinham como testamentos as formas: público, cerrado, particular, marítimo e nuncupativo com a assistência de seis testemunhas. (JUSTO, 2010 p. 04).

Só que, em 7 de setembro de 1822, o Brasil tornou-se independente, e começamos a trilhar um caminho diferente de Portugal. Em 15 de fevereiro de 1855, Augusto Teixeira de Freitas foi convidado para elaborar o projeto do código civil brasileiro. Após 3 anos, Teixeira de Freitas publicou a Consolidação das leis Civis, só que esta consolidação recebeu muitas críticas e acabou não se tornando código. (JUSTO, 2010 p. 10).

O projeto de Teixeira de Freitas na parte de sucessão testamentária começava falando da incapacidade de fato, pessoas que tinham impossibilidade psíquica que não podiam exercer a liberdade de testar, esta incapacidade era observada no testamento público no dia da escritura; no cerrado acontecia na data de aprovação; do instrumento, no particular no dia que foi escrito; no nuncupativo no dia da nuncupação; e no privilegiado no dia que foram feitas as disposições. E esta era considerada a capacidade ativa<sup>1</sup>. (FREITAS, 1896 p. 593).

Fazia-se referencias, então, à capacidade passiva, que é a capacidade do beneficiário no momento da morte do testador. A incapacidade destas pessoas também não deixavam elas ser testemunhas de testamentos. Que eram os menores de quatorze ano; as menores de doze anos e os loucos. (FREITAS, 1896 p. 594).

---

<sup>1</sup> Art. 993. Não podem fazer testamento:

§1º. Os menores de quatorze annos, e as menores de doze;

§2º. Os filhos-famillias, ainda que os pais consintão;

§3º. Os loucos, e os pródigos tolhidos da administração de seus bens;

§4º. Os mudos e surdos de nascença, entre os quaes não se comprehendem os que ouvem, e fallão, com dificuldade;

§5º. Os religiosos professos.

Os filhos que ainda tivessem os pais ou os ascendentes só podiam testar um terço de seus bens, e os loucos, ébrios e irados não podiam testar, pois não tinham o livre uso de suas faculdades, a ira e a ebriedade eram tratadas como uma loucura passageira. Os mudos e surdos não podiam testar, mas havia a exceção da forma particular para aqueles que sabiam escrever. E os religiosos eram proibidos, pois faziam votos de pobreza<sup>2</sup>. (FREITAS, 1896 p. 595).

Os religiosos além de serem incapazes ativamente também eram passivamente, mas eles podiam receber legados de tenças vitalícias para seus alimentos, tendo que pagar quinze por cento de impostos de transmissão<sup>3</sup>. (FREITAS, 1896 p. 599).

As disposições feitas para espíritos eram consideradas nulas, mas as corporações de mão- morta podiam receber a herança<sup>4</sup>. (FREITAS, 1896 p. 601).

Os herdeiros necessários herdavam toda a herança, salvo se o pai tivesse deixado a terça parte em testamento para outra pessoa. Herdeiros necessários eram os descendentes e ascendentes. Caso o testador, sabendo que tinha herdeiros necessários, excedia a terça parte, os herdeiros prejudicados tinham o direito de exigi-las por inteiro<sup>5</sup>. (FREITAS, 1896 p. 602).

No testamento tinha que haver a causa da deserdação, se não ficasse provado o motivo da deserdação o herdeiro receberia a sua parte<sup>6</sup>. (FREITAS, 1896 p. 607).

---

<sup>2</sup> Art. 994. Não valerá o testamento dos loucos, quando affectados de loucura contínua, ainda que as disposições pareçam tão sensatas, como faria qualquer outro em estado normal.

Art. 995. Havendo lúcidos intervallos, valerá o testamento feito ao tempo da remissão, assim constando claramente. E também valerá o testamento feito antes da loucura.

Art. 996. Duvidando-se de ter sido feito o testamento ao tempo da remissão, servirá de regra o bom senso das disposições.

Art. 997. Se as disposições forem razoáveis, como as faria qualquer outro em juízo perfeito, presume-se terem sido ordenadas durante o lúcido intervallo.

Art. 998. Os religiosos secularizados podem livremente dispor de seus bens em favor de quem lhes aprover; mesmo em vida de seus pais, e ascendentes.

<sup>3</sup> Art. 999. Também podem adquirir por titulo de ultima vontade mas sem prejuízo das legitimas dos herdeiros necessários.

Art. 1000. Os religiosos, e as religiosas, que professarem, mesmo naquellas comunidades, que possuem bens em commum, não podem ser instituídos herdeiros em testamento.

Art. 1001. Podem porém esses religiosos professos receber legados de tenças vitalícias para seus alimentos.

<sup>4</sup> Art. 1002. São nullas todas as disposições, em que for instituída a alma por herdeira, o que é extensivo aos legados.

Art. 1003. Também há instituição d'alma no caso de ser instituída herdeiro e testamentária alguma Ordem, Irmandade, ou Corporação.

Art. 1004. Mas não se prohibe, que as Corporações de mão- morta recebam legados; dependendo da permissão do Corpo Legislativo, se os legados consistirem em bens de raiz.

<sup>5</sup> Art. 1006. São herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes, capazes de suceder a intestado; nos termos dos Art.959 § 1º e 2º, 961 e 962.

Art. 1008. Os herdeiros necessários têm direito a duas partes dos bens do testador, que só póde dispor da sua terça. Devem ser instituídos, ou desherdados, expresamente.

Art. 1009. Se o testador, sabendo que tinha herdeiros necessarios, não os instituir expressamente, nem desherdar, dispondo sómente da terça; há uma instituição tácita, e valerá o testamento quanto a disposição da terça.

Art. 1010. Se o testador dispozér de toda a herança, preterindo os herdeiros necessários, de cuja existência sabia, validos os legados que couberem na terça.

<sup>6</sup> Art. 101. A mesma determinação se guardará, quando o testador desherdar os herdeiros necessários sem declaração de causa legitima.

Art. 1012. Declarando o testador a causa da desherdação, incumbe ao herdeiro instituído provar a legitimidade, e veracidade, de causa declarada; e, provando-a, o testamento será valido.

O legatário, desde o falecimento do testador, adquiria a propriedade, quando o legado era simples e puro; caso tivesse alguma condição, não podia receber enquanto não cumprisse com a condição e este domínio só podia ser sobre coisa não fungível, do contrário ele não receberia o domínio, só poderia exigir o pagamento. (FREITAS, 1896 p. 614).

Caso alguém por meio de força, chega-se a impedir o testador de deixar herança para outro teria que ressarcir a pessoa em dobro<sup>7</sup>. (FREITAS, 1896 p. 615).

As substituições podiam acontecer se o herdeiro não tivesse interesse ou não pudesse receber a herança, esta herança passava para outra pessoa, quem não podia receber a herança os filhos menores de quatorze anos e as filhas menores de doze anos, mais após se tornarem maiores tinha o direito a restituição da sua herança<sup>8</sup>. (FREITAS, 1896 p. 618).

Art. 1013. Não sendo provado pelo herdeiro instituído a causa da desherdação, o testamento será nullo, e haverá o desherdado sua legitima; mas subsistirão os legados, que couberem na terça.

Art. 1016. São causas legítimas para desherdação dos descendentes por ascendente.

§1º. Se os descendentes por qualquer modo attentárão contra a vida dos ascendentes, ou derão para tal fim conselho, ou consentimento;

§2º. Se irosamento lhes puzerão as mãos;

§3. Se gravemente os injuriarão, tanto mais em logar publico;

§4º. Se tiverem cópula carnal com a madrasta, ou concubina, do pai; ou com o padrasto, ou mancebo, da mai;

§5º. Se accusárão criminalmente aos ascendentes, ou delles denunciárão; com damnos de suas pessoas, e bens;

§6º. Se os impedirão de fazer testamento;

§7º. Se desampararão os ascendentes, que cahirão em alienação mental lhes prestando os seccoros precisos durante a enfermidade;

§ 8º. Se a filha-familias, antes de ter vinte e um annos, deixou-se corromper tendo cópula com algum homen;

§9º. Se o filho-familias em qualquer idade, e a filha-familias antes dos vinte e um annos, casarem sem consentimento dos pais, ou supprimento deste pelo juiz na forma dos Arts. 101, 102, 103, 105, e 982 §8º.

Art. 1017. O pai em sua vida intentar acção para se declarar a filha incursa na pena de desherdação, posto que o effeito desta só se verifique depois da morte; e seja revogável, quando o pai pôde perdoar a injuria.

Art. 1018. São causas legítimas para desherdação dos ascendentes por seus descendentes:

§1º. Se os ascendentes por qualquer modo procurarão a morte dos descendentes;

§2º. Se tiverão cópula carnal com nora, ou concubina do filho, ou com o genro, ou mancebo da filha;

§3º. Se impedirão os descendentes de fazer testamento;

§4º. Se o pai attentou contra a vida da mãe do filho, ou a mãe fez o mesmo contra o pai;

§5º. Se os ascendentes abandonarão os descendentes affectados de alienação mental, recusando prestar-lhe soccorros.

<sup>7</sup> Art. 1027. Para manter a liberdade das disposições de ultima vontade devem os juízes intervir ex-officio, logo que lhes conste deixar alguém de fazer testamento por coacção de qualquer natureza.

Art. 1028. Impedir alguém de fazer testamento não é somente tolher a faculdade de livremente testar, senão também desviar o tabellião escriptor de testamento, e as testemunhas chamadas para o acto; vedando-lhe a entrada, e fazendo-lhes sobre isso ameaças.

Art. 1029. Aquelle, que por meio de força, ameaças, ou engano, impedir o testador de deixar herança, ou legado, a outrem, pagará em dobro o prejuízo causado.

<sup>8</sup> Art. 1034. Substituição é a instituição de herdeiro feita pelo testador em segundo grão.

Art. 1035. A substituição pôde ser vulgar, recíproca, pillar, exemplar, ou compendiosa.

Art. 1036. Há substituição vulgar, quando o testador dispõe, que alguém seja seu herdeiro, se o não for o herdeiro instituído.

Art. 1037. O herdeiro substituído em tal caso terá direito á herança, sendo que o herdeiro instituído não queira, ou não possa, aceita-la.

Art. 1038. As duas contingencias de não querer, ou de não poder, o herdeiro instituído aceitar a herança sempre se subentendem em favor do substituto, ainda que o testador so tenha feito menção de uma dellas.

Art. 1039. Tanto que o herdeiro instituído aceitar a herança, logo expira a substituição vulgar.

Art. 1040. Revive porem o direito do substituto, não obstante a aceitação da herança:

§1º. Quando o herdeiro, que aceitou a herança, for menor ou filho-familias, instituído por seu pai, ou quaes têm privilegio para renunciar herança depois de a terem aceito;

Os testamentos ordinários eram feitos de quatro formas: o público feito pelo tabelião; o cerrado feito pelo testador e com a necessidade do instrumento de aprovação que é feito pelo tabelião na presença de cinco testemunhas, podendo ser escrito em língua estrangeira para depois da morte ser traduzido, se o testador não soubesse escrever podia ser escrito a rogo por outra pessoa, mas a assinatura não podia ser a rogo deveria ser a do testador, só podia ter assinatura a rogo se o tabelião no instrumento de aprovação declarasse que o testador estava enferme e uma das cinco testemunhas ia assinar a seu rogo; particular escrito pelo testador e lido na presença de cinco testemunhas; e o nuncupativo feito em viva voz na hora da morte na presença de seis testemunhas e também o que o testador faz a mão e na hora da morte lê na presença de seis testemunhas<sup>9</sup>. (FREITAS, 1896 p. 621).

---

§2º. No testamento militar, onde se fizer substituição também militar, onde se fizer substituição também militar, a qual em todo o tempo aproveitará ao substituto.

<sup>9</sup> Art. 1053. O testador é de quatro espécies, a saber:

§1º. Público, feito por tabelião;

§2º. Cerrado, com instrumento de aprovação;

§3º. Particular, escripto pelo testador;

§4º. Nuncupativo, ou feito em viva voz.

Art. 1054. Para ser valioso o testamento publico, é necessário:

§1º. Que seja escripto pelo tabelião no Livros de Notas;

§2º. Que a elle assistão, além do Tabelião, cinco testemunhas varões, e maiores de quatorze annos;

§3º. Que estas testemunhas assignem todas com o testador, se souber, e poder, assignar;

§4º. Que, não sabendo, ou não podendo, o testador assignar, assigne por elle uma das testemunhas, declarando logo ao pé da assinatura, que o faz a rogo do testador por elle não saber, ou não poder, assignar.

Art. 1055. Para ser valioso o testamento cerrado com instrumento de aprovação, é necessario:

§1º. Que seja escripto pelo testador, ou por outra pessoa a seu rogo;

§2º. Que seja assignado pelo testador, se não foi por elle escripto;

§3º. Que, não sabendo o testador assignar, seja assignado pelo pessoa, que lh'o escreveu;

§4º. Que o testador o entregue ao Tabelião perante cinco testemunhas varões, e maiores de quatorze annos;

§5º. Que o Tabelião perante as testemunhas pergunte ao testador, se é aquelle o seu testamento, e se o há por bom, firme, e valioso, quando o testador não se tenha antecipado em declarar-lh'o;

§6º. logo em presença das testemunhas o Tabelião faça o instrumento de aprovação, declarando nelle, que o testador lhe entregára o testamento, e o houvera, por seu, bom, e firme;

§7º. Que o instrumento de aprovação comece logo, e immediatamente, no fin do testamento;

§8º. Que, não havendo logar na ultima folha escripta do testamento para nelle começar o instrumento de aprovação, o Tabelião ponha no testamento seu signal publico, e assim o declara no istrumento;

§9º. Que o iunstrumento de aprovação seja assignado pelas cinco testemunhas, e pelo testador, se souber, ou puder, assignar;

§10º. Que, não sabendo, ou não podendo, o testador assignar, assigne por elle uma das testemunhas; declarando ao pé da assignatura, que o faz a rogo do testador por não saber, ou não poder, assignar;

§11º. Que o Tabelião cerre, e cõsa, o testamento depois de concluindo o instrumento de aprovação.

Art.1056. Estas solemnidades são substanciaes, e sem ellas incorre o testamento em nullidade.

Art. 1057. Basta, porém, que a ellas se não falte, portando o Tabelião por fé, e especificando-as no instrumento; ainda que se anteponhão, posponhão, ou se substituão, palavras.

Art. 1058. Perderá o Officio, e será punido com as mais penas Lei, além da nullidade do acto, o Tabelião, que fizer instruemnto de aprovação em testamento com inobservância dos requisitos acima exigidos.

Art. 1059. O testemento cerrado pôde ser escripto pelo próprio Tabelião, que depois o approvar.

Art. 1060. As solemnidades do testamento particular são:

§1º. Que seja feito pelo testador, ou por outra pessao a seu rogo;

§2º. Que intervenhão cinco testemunhas varões, e maiores de quatorze annos, além do testador: ou além do escriptor, ou signatário, do testamento;

§3º. Que seja lido perante as testemunhas, e, depois de lido, por ellas assignado;

§4º. Que depois da morte do tetador, seja publicado em Juizo, citando-se as partes interessadas.

Além destes testamentos também era aceito o testamento militar, feito enquanto o militar estivesse em campanha, podendo este testamento ser feito de qualquer uma das formas previstas com apenas duas testemunhas, e se o testador não chegasse a falecer na guerra o testamento tinha validade de um ano, que era chamado de testamento privilegiado<sup>10</sup>. (FREITAS, 1896 p. 634).

E ainda tinha o codicilo, que podia ser feito por quem podia fazer testamento, nele não podia haver deserdação ou instituir herdeiro, pois ele era considerado um pequeno testamento. Testamento nulo por falta de alguns requisito, não preenchidos não podia se transformar em codicilo, podendo ser feito com a presença de apenas três testemunhas<sup>11</sup>. (FREITAS, 1896 p. 634).

Quem tinha competência para abrir os testamentos e codicilos eram os juízes municipais. Havia um prazo para o testamento ser levado para o cartório contando o dia da morte do testador de dois meses. Quem estivesse na posse do testamento e não cumprisse com o prazo, ficaria sob a pena de perder o que tinha sido deixado para ela no testamento<sup>12</sup>. (FREITAS, 1896 p. 638).

Art. 1061. No testamento nuncupativo, feito de viva voz ao tempo da morte, é necessário para sua validade, que intervenhão seis testemunhas, homens ou mulheres.

Art. 1062. Este testamento feito de viva voz ao tempo da morte fica nenhum vigor, se o testador convalescer da enfermidade.

<sup>10</sup> Art. 1065. Os testamentos, que os militares fizerem em campanha, ou cercados em Presídios e Fortalezas, são privilegiados; e para elle bastão sómente duas testemunhas, homens ou mulheres, chamadas para o acto; pelas quaes se prove, como ouvirão ao testador dispor, ou lh'ovirão escrever.

Art. 1066. No conflito da batalha podem os militares fazer testamento por qualquer fórma, bastando duas testemunhas, que casualmente se achem presentes, inda que não chamadas para o acto.

Art. 1067. Deixão de ter vigor estes testamentos, se o testador não fallecer na guerra; ou ate um anno depois de sua baixa, se for honesta.

Art. 1068. Podem fazer testamento militar, gozando do mesmo privilegio, as pessoas empregadas no exercito em paiz inimigo; mas, se não fallecerem na guerra, ficarão sem vigor os testamento, que fizerem.

<sup>11</sup> Art. 1077. Também se pôde fazer disposição de ultima vontade por meio de codicillos, sem instituir herdeiros, ou desherdal-o, como aliás se faz nos testamento.

Art. 1078. Aquelles, que podem fazer testamento, podem fazer codicillo.

Art. 1079. Os codicillos podem ser feitos por Tabellião, ou cerrados com instrumento de approvação nas costas; ou feito e assignados pelo testador, ou por outem a seu rogo.

Art. 1080. Nas Cidades, Villas, e logares de grande povoação, devem intervir para os codicillos quatro testemunhas, homens ou mulheres, maiores de quatorze annos; além do tabellião, ou do testador, ou de quem os escrever.

Art. 1081. Todas as testemunhas nomeadas no instrumento de appovação dos codicillos devem assignal-o, incorrendo o tabellião, quem fizer o contrario, nas penas do art. 1058.

Art. 1082. Nos outros logares de pequena povoação, onde não seja fácil achar testemunhas, valerá o codicillo com três testemunhas, homens ou mulheres; ou seja aberto ou cerrado, ou feito de viva voz ao tempo da morte.

<sup>12</sup> Art. 1086. Os Juízes Municipaes são as Autoridades competentes para abrir, e mandar cumprir, os testamentos, e os codicillos.

Art. 1087. Não é comtude vedado aos Parochos abrir testamentos naquelles logares, em que não residirem, ou não tiverem na occasião, os sobreditos Juízes.

Art. 1089. Todos os testamenteiros, ou herdeiros, são obrigados dentro de dois mezes, que se contarão do dia do falleciemento dos testadores, a levar os testamentos ao Cartório da Província dos Resíduos, para que sejam registrados.

Art. 1090. Deixando os testamenteiros, ou herdeiros, passar os ditos dois mezes em levarem os testamentos ao registro, serão para isso notificados pelo Escrivão respectivo.

Art. 1091. Antes do prazo marcado, o Juiz, a requerimento de parte interessada, ou ex-officio havendo razão de suspeita contra quem tiver o testamento em seu poder, deverá obriga-lo, a que logo faça o registro sem mais demora alguma.

Art. 1092. Sendo notificado as pessoas, em cujo poder estiverem os testamentos, se os não levarem ao registro no tremo de três dias, que se lhes assignar, incorrerão na pena de perder o premio, que nos mesmos testamentos lhes foi deixado, além de serem processadas pela desobediência.

Após aberto o testamento, o testamenteiro era obrigado a cumprir com o prazo estipulado pelo testador, para cumprimento se o testador não tivesse estipulado prazo, este seria de um ano e um mês contado a partir do falecimento do testador para cumprir com o testamento<sup>13</sup>. (FREITAS, 1896 p. 643).

Em 1916 foi aprovado o projeto de Clovis Beviláqua que entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1917 e teve vigência até o ano de 2002. Em seu projeto, Clovis teve muita influencia de Teixeira de Freitas. (JUSTO, 2010 p.10).

No código de 1916, foram tratadas três formas de testamentos, que são: público, particular, cerrado, além do codicilo e dos privilegiados, como o militar e o marítimo<sup>14</sup>.

No testamento cerrado, eram cinco testemunhas maiores de dezesseis anos e poderia ser feito em língua estrangeira. Quando o testador falecesse, o juiz competente autorizaria a abertura e pediria a tradução do testamento. As assinaturas das cinco testemunhas deviam estar no instrumento de aprovação da solenidade para o testamento ter sua validade, caso faltasse alguma assinatura o testamento não seria válido. No caso do testador se encontrar com alguma enfermidade que não pudesse assinar, uma das testemunhas poderia assinar ao seu rogo, como o tabelião poderia escrever o testamento ao rogo do testador<sup>15</sup>.

---

Art. 1093. Compete aos Juizes de Direito em correição providenciar sobre os testamentos não registrados, suspendendo, a responsabilizando, o Escrivão, que sonegar algum testamento, ou deixar de registra-lo; e impondo as penas declaradas ao testamenteiro citado para exhibil-o, que não compareceu.

<sup>13</sup> Art. 1099. Os testamenteiros são obrigados a cumprir as disposições testamentárias no prazo marcado pelos testadores, e dar contas do que receberão, e despenderão.

Art. 1100. Se o testador não marcou tempo para o cumprimento do testamento, é concedido ao testamenteiro um anno em mez. A contar do fallecimento do testador.

Art.1101. Mas, se demandar, ou for demandado, sobre os bens da herança, o tempo da execução do testamento correrá do dia, em que o litígio terminar por sentença passada em julgado.

Art. 1102. Tendo o testamenteiro algum outro impedimento, requerá ao Juiz as prorogações necessárias; que ser- lhe-hão concedidas, como for de justiça.

Art. 1103. O Juiz de Direito em corrição revogará as prorogações concedidas, quando não houver litígio sobre os bens; ou outro impedimento, que tenha impossibilitado a execução dos testamentos, ou quando impedimento foi motivado por culpa dos testamenteiros.

<sup>14</sup> Art. 1.629. Este Código reconhece como testamentos ordinários:

I - o público;

II - o cerrado;

III - o particular;

Art. 1.631. Não se admitem outros testamentos especiais, além dos contemplados neste Código (arts. 1.656 a 1.663).

<sup>15</sup> Art. 1.638. São requisitos essenciais do testamento cerrado:

I - que seja escrito pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo;

II - que seja assinado pelo testador;

III - que não sabendo, ou não podendo o testador assinar, seja assinado pela pessoa que lho escreveu;

IV - que o testador o entregue ao oficial em presença, quando menos, de cinco testemunhas;

V - que o oficial, perante as testemunhas, pergunte ao testador se aquele é o seu testamento, e quer que seja aprovado, quando o testador não se tenha antecipado em declará-lo;

VI - que para logo, em presença das testemunhas, o oficial exare o auto de aprovação, declarando nele que o testador lhe entregou o testamento e o tinha por seu, bom, firme e valioso;

VII - que imediatamente depois da sua última palavra comece o instrumento de aprovação;

VIII - que, não sendo isto possível, por falta absoluta de espaço na última folha escrita, o oficial ponha nele o seu sinal público e assim o declare no instrumento;

IX - que o instrumento ou auto de aprovação seja lido pelo oficial, assinando ele, as testemunhas e o testador, se souber e puder;

O codicilo era considerado como um pequeno testamento, quando uma pessoa dispõe de alguma coisa de pouca monta, que se quer que faça depois da sua morte. Poderiam ser elaborados de forma cerrada ou particular<sup>16</sup>. Já o testamento militar e marítimo poderiam ser feitos de qualquer forma bastando apenas duas testemunhas, caso o testador não falecesse na guerra ou nos três meses subsequentes após a guerra ou a viagem marítima o testamento deixava de ter vigor<sup>17</sup>.

---

X - que, não sabendo, ou não podendo o testador assinar, assine por ele uma das testemunhas, declarando, ao pé da assinatura, que o faz a rogo do testador, por não saber ou não poder assinar;

XI - que o tabelião o cerre e cosa, depois de concluído o instrumento de aprovação.

Art. 1.640. O testamento pode ser escrito, em língua nacional ou estrangeira, pelo próprio testador, ou por outrem, a seu rogo. A assinatura será sempre do próprio testador, ou de quem lhe escreveu o testamento (art. 1.638, I).

16 Art. 1.651. Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolos de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou jóias, não mui valiosas, de seu uso pessoal.

<sup>17</sup> Art. 1.656. O testamento, nos navios nacionais, de guerra, ou mercantes, em viagem de alto-mar, será lavrado pelo comandante, ou pelo escrivão de bordo, que redigirá as declarações do testador, ou as escreverá, por ele ditadas, ante duas testemunhas idôneas, de preferência escolhidas entre os passageiros, e presentes a todo o ato, cujo instrumento assinarão depois do testador.

Parágrafo único. Se o testador não puder escrever, assinará por ele uma das testemunhas, declarando que o faz a seu rogo.

Art. 1.657. O testador, querendo, poderá escrever ele mesmo o seu testamento, ou fazê-lo escrever por outrem. No primeiro caso, o próprio testador assinará; no segundo, quem o escreveu, com a declaração de que o subscreve a rogo do testador.

§ 1o O testamento assim feito será pelo testador entregue ao comandante ou escrivão de bordo, perante duas testemunhas, que reconheçam e entendam o testador, declarando este, no mesmo ato, ser seu testamento o escrito apresentado.

§ 2o O comandante, ou o escrivão, recebê-lo-á, e, em seguida, abaixo do escrito, certificará todo o ocorrido, datando e assinando com o testador e as testemunhas.

Art. 1.658. O testamento marítimo caducará, se o testador não morrer na viagem, nem nos 3 (três) meses subsequentes ao seu desembarque em terra, onde possa fazer, na forma ordinária, outro testamento.

Art. 1.659. Não valerá o testamento marítimo, bem que feito no curso de uma viagem, se, ao tempo em que se fez, o navio estava em porto, onde o testador pudesse desembarcar, e testar na forma ordinária.

Art. 1.660. O testamento dos militares e mais pessoas ao serviço do Exército em campanha, dentro ou fora do País, assim como em praça sitiada, ou que esteja de comunicações cortadas, poderá fazer-se, não havendo oficial público, ante duas testemunhas, ou três, se o testador não puder, ou não souber assinar, caso em que assinará por ele a terceira.

§ 1o Se o testador pertencer a corpo ou seção de corpo destacado, o testamento será escrito pelo respectivo comandante, ainda que oficial inferior.

§ 2o Se o testador estiver em tratamento no hospital, o testamento será escrito pelo respectivo oficial de saúde, ou pelo diretor do estabelecimento.

§ 3o Se o testador for oficial mais graduado, o testamento será escrito por aquele que o substituir.

Art. 1.661. Se o testador souber escrever, poderá fazer o testamento 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.

Parágrafo único. O auditor, ou oficial, a quem o testamento se apresente, notará, em qualquer parte dele, o lugar, dia, mês e ano, em que lhe for apresentado. Esta nota será assinada por ele e pelas ditas testemunhas.

Art. 1.662. Caduca o testamento militar, desde que, depois dele, o testador esteja 3 (três) meses seguidos em lugar onde possa testar na forma ordinária, salvo se esse testamento apresentar as solenidades prescritas no parágrafo único do artigo antecedente.

Art. 1.663. As pessoas designadas no art. 1.660, estando empenhadas em combate, ou feridas, podem testar nuncupativamente, confiando a sua última vontade a duas testemunhas.

Parágrafo único. Não terá, porém, efeito esse testamento, se o testador não morrer na guerra, e convalescer do ferimento.

No testamento particular as cinco testemunhas deveriam assiná-lo depois da leitura feita a eles, e quando o testador falecesse pelos três testemunhas tinha que ser encontradas para reconhecer o testamento<sup>18</sup>.

As pessoas de incapacidade de fato não poderiam testar, eram os menores de dezesseis anos, os loucos de todo os gênero, e os que na hora de testar não estivessem em seu juízo perfeito, e surdos e mudos que não pudessem manifestar sua vontade. E não podiam ser testemunhas os loucos de todos os gêneros, os menores de dezesseis anos, Os surdos-mudos e cegos e os ascendentes e descendentes irmão ou cônjuge e os legatários.

Passado algum tempo foram surgindo necessidades que o código civil não oferecia solução, então em 1969 foi escolhida uma comissão para a elaboração de um projeto. Este projeto ficou conhecido por Projeto nº 634 de 1975, com a participação de Jose Carlos Moreira Alves, Agostinho Neves de Arruda Alvin, Silvio Marcondes, Erbert Viana Chamoun, Clovis de Couto e Silva, Torquatro Castro e o supervisor Miguel Reale. E este projeto veio a ser aprovado em 15 de agosto de 2001. que é o nosso código civil atual. (JUSTO, 2010 p.13).

Na parte que trata da sucessão testamentária não houve muitas modificações, e vão ser exposta abaixo.

### **1.3 Algumas diferenças entre o Código Civil de 1916 e o de 2002**

Em relação à incapacidade ativa para testar, em 1916 era os menores de dezesseis, os loucos de todos os gêneros, os que na hora de testar não tivessem em seu perfeito juízo e os surdos e mudos que não podiam expressar sua vontade. O código Civil de 2002 (CC) só fala que os que não têm discernimento na hora de testar e os menores de dezesseis anos não podem testar<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Art. 1.645. São requisitos essenciais do testamento particular:

I - que seja escrito e assinado pelo testador;

II - que nele intervenham cinco testemunhas, além do testador;

III - que seja lido perante as testemunhas, e, depois de lido, por elas assinado.

Art. 1.646. Morto o testador, publicar-se-á em juízo o testamento, com citação dos herdeiros legítimos.

Art. 1.647. Se as testemunhas forem contestes sobre o fato da disposição, ou, ao menos, sobre a sua leitura perante elas, e se reconhecerem as próprias assinaturas, assim como a do testador, será confirmado o testamento.

Art. 1.648. Faltando até duas das testemunhas, por morte, ou ausência em lugar não sabido, o testamento pode ser confirmado, se as três restantes forem contestes, nos termos do artigo antecedente.

<sup>19</sup> Código Civil de 1916 Art. 1.627. São incapazes de testar:

I- os menores de 16 (dezesseis) anos;

II- os loucos de todo o gênero;

III- os que, ao testar, não estejam em seu perfeito juízo;

IV- os surdos-mudos, que não puderem manifestar a sua vontade.

Código Civil de 2002 Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento.

Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos.

Os surdos e mudos que em 1916 eram considerados incapazes, agora no vigente código são considerados capazes para testar, tendo algumas restrições como a exigência de saber ler e escrever. Neste caso, além do testamento publico também é aceito o testamento cerrado, tendo de ser escrito ao próprio punho. (DIAS, 2008).

O código de 1916 fala que se o oficial do cartório não verificar todos os requisitos o testamento pode ser considerado nulo e o oficial pode responder tanto no âmbito civil e criminalmente. O atual código não se refere a respeito do que possa acontecer com o oficial que não observar todos os requisitos<sup>20</sup>.

As formas testamentárias em 2002 continuaram a mesma de 1916 considerando os testamentos públicos, cerrado, particular, militar, marítimo e o codicilo. O nuncupativo apenas é considerado no âmbito militar. Foi adicionado o testamento especial, o aeronáutico. Sendo necessário para os testamentos especiais apenas duas testemunhas. No testamento cerrado o número de testemunhas de cinco passaram para duas, no publico também o numero de testemunhas diminuiu de cinco para duas também, e no particular de cinco passou para três. Hoje também o testamento particular pode ser feito sem a presença de testemunhas em alguns casos especiais e o código de 1916 nada fala sobre o assunto. Já no codicilo além da forma pública e cerrada, a particular também é aceita hoje<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Código Civil de 1916 Art. 1.634. O oficial público, especificando cada uma dessas formalidades, portará por fé, no testamento, haverem sido todas observadas.

Parágrafo único. Se faltar, ou não mencionar alguma delas, será nulo o testamento, respondendo o oficial público civil e criminalmente.

<sup>21</sup> Código Civil de 1916 Art. 1.629. Este Código reconhece como testamentos ordinários:

I- o público;

II- o cerrado;

III- o particular;

Código Civil de 2002 Art. 1.862. São testamentos ordinários:

I- o público;

II- o cerrado;

III- o particular

Código Civil de 1916 Art. 1.656. O testamento, nos navios nacionais, de guerra, ou mercantes, em viagem de alto-mar, será lavrado pelo comandante, ou pelo escrivão de bordo, que redigirá as declarações do testador, ou as escreverá, por ele ditadas, ante duas testemunhas idôneas, de preferência escolhidas entre os passageiros, e presentes a todo o ato, cujo instrumento assinarão depois do testador.

Art. 1.660. O testamento dos militares e mais pessoas ao serviço do Exército em campanha, dentro ou fora do País, assim como em praça sitiada, ou que esteja de comunicações cortadas, poderá fazer-se, não havendo oficial público, ante duas testemunhas, ou três, se o testador não puder, ou não souber assinar, caso em que assinará por ele a terceira.

Código Civil de 2002 Art. 1.886. São testamentos especiais:

I - o marítimo;

II - o aeronáutico;

III - o militar.

Art. 1.888. Quem estiver em viagem, a bordo de navio nacional, de guerra ou mercante, pode testar perante o comandante, em presença de duas testemunhas, por forma que corresponda ao testamento público ou ao cerrado.

Parágrafo único. O registro do testamento será feito no diário de bordo.

Art. 1.889. Quem estiver em viagem, a bordo de aeronave militar ou comercial, pode testar perante pessoa designada pelo comandante, observado o disposto no artigo antecedente.

Art. 1.893. O testamento dos militares e demais pessoas a serviço das Forças Armadas em campanha, dentro do País ou fora dele, assim como em praça sitiada, ou que esteja de comunicações interrompidas, poderá fazer-se, não havendo

O código de 1916 em seu primeiro artigo referente a sucessão testamentária, só fala na revogabilidade do testamento. Enquanto o vigente código se refere que além de ter sua revogabilidade mudada a qualquer tempo também é um ato personalíssimo<sup>22</sup>.

#### 1.4 Natureza Jurídica

Não existe definição ao certo sobre testamento, o atual código só menciona ao ato personalíssimo e a revogação podendo ser mudado a qualquer tempo. Já os doutrinadores falam que é um negócio jurídico, pois é uma manifestação de vontade que produz efeitos, unilaterais, pois se trata de uma única vontade do testador, independente se os herdeiros ou legatários vão aceitar a herança. Esta aceitação por parte do herdeiro não dá caráter recíproco do direito contratual.

No entender de Clóvis Beviláqua, o testamento constitui ato personalíssimo, unilateral, gratuito, solene e revogável pelo qual alguém, segundo as prescrições da lei, dispõe total ou parcialmente do seu patrimônio para depois de sua morte. (GONÇALVES, 2010 p. 227).

---

tabelião ou seu substituto legal, ante duas, ou três testemunhas, se o testador não puder, ou não souber assinar, caso em que assinará por ele uma delas.

Código Civil de 1916 Art. 1.638. São requisitos essenciais do testamento cerrado:

IV - que o testador o entregue ao oficial em presença, quando menos, de cinco testemunhas;

Art. 1.632. São requisitos essenciais do testamento público:

I - que seja escrito por oficial público em seu livro de notas, de acordo com o ditado ou as declarações do testador, em presença de cinco testemunhas;

Art. 1.645. São requisitos essenciais do testamento particular:

II - que nele intervenham cinco testemunhas, além do testador; (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)

Código Civil de 2002 Art. 1.868. O testamento escrito pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo, e por aquele assinado, será válido se aprovado pelo tabelião ou seu substituto legal, observadas as seguintes formalidades:

I - que o testador o entregue ao tabelião em presença de duas testemunhas;

Art. 1.864. São requisitos essenciais do testamento público:

II - lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial.

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

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

Art. 1.879. Em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confirmado, a critério do juiz.

Código Civil de 1916 Art. 1.651. Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou jóias, não mui valiosas, de seu uso pessoal (art. 1.797). (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)

Art. 1.655. Se estiver fechado o codicilo, abrir-se-á do mesmo modo que o testamento cerrado (art. 1.644).

Código Civil de 2002 Art. 1.881. Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo, lugar, assim como legar móveis, roupas ou jóias, de pouco valor, de seu uso pessoal.

Art. 1.885. Se estiver fechado o codicilo, abrir-se-á do mesmo modo que o testamento cerrado.

<sup>22</sup> Código Civil de 1916 Art. 1.626. Considera-se testamento o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte.

Código Civil de 2002 Art. 1.858. O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo.

Os atos jurídicos são todos os que produzem efeitos jurídicos em decorrência da ação humana, de comportamentos do homem, da vontade do agente. O ato jurídico em sentido estrito é a ação humana ou a manifestação de vontade que funciona para fazer este ato entrar no mundo jurídico. (VELOZO, 2005 p. 5).

O testamento é considerado personalíssimo, é o desejo de deixar seus bens para determinadas pessoas de acordo com a sua vontade, e um ato espontâneo, onde não é permitido deixar ao arbítrio do herdeiro o valor do legado ou ser feito por representante legal, mesmo este sendo instituído por poderes específicos. Porém, é aceitável ser feito a rogo do testador.

A revogação é que dá a essência ao testador, o testador não fica obrigado a dizer os motivos que levaram a sua ação. É um direito do testador de querer revogá-lo quantas vezes quiser na sua totalidade ou parcialmente e a qualquer tempo. Esta revogabilidade é irrenunciável já que ele faz parte de um princípio de ordem pública, mas esta revogabilidade só acontece em caráter patrimonial, se no testamento houver reconhecimento de filho fora do casamento esta parte fica irrevogável. E a última vontade é que é a respeitada, então se houver vários testamentos o último é que será cumprido. Pois só começa a ter validade após seu obito. (GONÇALVES, 2010 p.321).

É um ato solene, tendo certas formalidades, só tem sua validade se as formalidades expressas na lei forem observadas. Essas formalidades são para assegurar a autenticidade e a seriedade do ato que está sendo praticado pois garante ao testador o cumprimento da sua vontade.

Considerado um ato gratuito onde é inadmissível o testador em troca da liberalidade exigir uma vantagem para si, esta gratuidade dá a essência do ato. Tendo a liberalidade ainda que nos legados com encargos, mesmo havendo a inclusão de um elemento oneroso no ato gratuito, não se consegue apagar o caráter liberal só se esta onerosidade for preponderante. (GONÇALVES, 2010 p. 230).

Ato causa mortis só produz efeito após a morte, sendo necessária a morte do testador para a abertura da sucessão. Com a abertura da sucessão os efeitos se tornam definitivos e irrevogáveis.

## CAPÍTULO 2 FORMAS TESTAMENTARIAS

Como o testamento é a última vontade do testador e só terá efeito após a morte do mesmo, por esta razão o legislador elaborou formalidades, estas formalidades não vieram para prejudicar e sim para proteger e garantir a última vontade do testador. A lei determina algumas formas que eles podem ser feitos, isto para que não ocorra nulidade do ato.

Cada forma de testamento tem um conjunto de solenidades a serem cumpridos, não sendo possível o testamento ser feito de uma forma e caso não se tenha cumprido todas as formalidades ser aproveitado em outra forma de testamento.

Por ser considerado um negócio de natureza jurídica é necessário ser feito da forma escrita, contendo data e lugar para ter sua validade, pois com a falta da data e lugar pode induzir a falsidade. A indicação do lugar é para a observância da lei que rege o lugar. E a assinatura do testador tem a maior importância, sem ela não há testamento.

Negócio jurídico que é de autonomia privada, sendo uma norma estabelecida entre as partes, as partes regula os limites legais de seus interesses. Tendo o negócio jurídico suas classificações dividissem: gratuitos quando são quando as partes obtêm benefício ou enriquecimento patrimonial sem contra prestação, em quanto os onerosos visam reciprocidade de obter vantagem. Existindo também os solenes que tem forma especial prescrita em lei, e os não solenes que não existe uma forma prescrita em lei. O conteúdo dele pode ser patrimoniais que versa sobre questões econômicas, e os extrapatrimoniais que versa questões personalíssimas e ao direito de família. Podendo ser de vontade unilateral quando o ato for de uma só pessoa, e os bilaterais onde são feitos por duas ou mais pessoas e o benefício é para uma delas e o encargo para a outra. (Diniz, 2007 p. 429).

O negócio jurídico é quem da vida as relações jurídicas tuteladas pelo direito, o testamento não pode ser considerada de um ato jurídico, pois os atos jurídicos são atos de vontade humana, que tenha ou não intenção de ocasionar efeitos jurídicos, sendo irrelevante para o direito se a pessoa teve ou não a intenção de praticá-lo, o que se leva em conta é o resultado do ato que pode ter alguma repercussão jurídica. (VENOSA, 2006 p. 338).

As formas de testar estão disponíveis no ordenamento jurídico que se classificam em duas categorias: ordinárias ou comuns e especiais, os ordinários são aqueles que todas as pessoas capazes podem fazer que se divide em três: público, cerrado e particular e os especiais só são permitidos em situação extraordinárias, que acabam dispensando as formalidades ordinárias para sua validade que se divide também em três: militar, marítimo e aeronáutico, eles só podem ser utilizados em situações de risco e sua validade é por tempo determinando. Os comuns têm

validade ate a abertura da sucessão e os especiais por um prazo de noventa dias, contado a partir da sua realização.

A forma é escolhida de acordo com a vontade do testador não sendo possível fazer combinações entre os existentes e cada forma tendo sua regulamentação própria como vamos ver abaixo.

O nosso direito é omissivo, quanto a reconstituição de um testamento, mas muitos doutrinadores são a favor, pois por analogia jurídica a reconstituição de contratos é aceita e o testamento é considerado um negocio jurídico, não sendo fácil justificar a reconstituição do testamento, esta reconstituição sendo vedada para o testamento cerrado, que é um testamento secreto. Com a reconstituição do testamento os herdeiros podem mover ação contra o responsável pela destruição para ressarcimento do dano independente de ter sido por culpa ou caso fortuito.

O testamento conjuntivo não é aceito, pois a lei não admite ser feito por mais de uma pessoa. Que empresa no código vigente no seu art. 1.863<sup>23</sup>. O testamento conjuntivo é proibido, mesmo quando é para favorecer um terceiro ou seja em disposições recíprocas. Duas ou mais pessoas não podem testar em um só instrumento, fazendo disposições de ultima vontade de seus bens, um casal não pode testar reciprocamente quem sobreviver recolhe toda a herança do outro, nem deixar a herança em favor de terceiros. A sua proibição é pelo fato de se tornar um pacto sucessório, contrariando a revogabilidade do testamento. Se um casal quer fazer um testamento vai ao cartório e cada um faz a sua cédula testamentária.

## 2.1 Testamento Público

Conhecido também como solene, aberta ou autentica, pois as declarações são feitas a um tabelião que as coloca no livro de notas escrito por ele é escrito, pois exerce função publica delegada, o que dá mais segurança ao ato, que quase não há riscos de nulidade. Por ficar registrado no livro de notas do não há possibilidade ser destruído como pode acontecer no particular e cerrado pois estes ficam na mão do testador .

O testamento publico é o que exige mais formalidades. Para ser considerado valido é necessário seguir os requisitos por se tratar de um negocio jurídico. Os requisitos são: ser escrito por um tabelião ou seu substituto legal em livro de notas. Ele não se torna publico só pelo fato de ter a participação direta do tabelião, se torna publico pelo fato de não ter nenhum sigilo, o seu texto

---

<sup>23</sup> Art. 1.863. É proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspondente.

é conhecido tanto pelas testemunhas e caso alguém também tenha o interesse de assistir também a solenidade.

Pode ser feito tanto no cartório de notas como em outro lugar que se encontre o testador, como sua casa, devendo ser observado a competência do tabelião, pois ele só pode ir até a delimitação do município que ele recebeu delegação para trabalhar. Caso o tabelião faça um testamento fora da sua competência esse testamento será inválido. Deve conter no testamento o lugar para verificar a competência do tabelião. O horário e dia também podem ser qualquer um, independente de justificativas.

Diante da realidade além de poder ser escrito a próprio punho do tabelião, pode ser escrito mecanicamente. Sendo feito da forma mecânica deve ser impresso e colocado no livro de notas. O testador além de fazer oralmente o testamento pode fazer uma minuta e entregar ao tabelião para ele transcrever para o livro de notas. Não é possível o testamento ser feito de perguntas e respostas do tabelião para o testador, o tabelião só pode interromper o ditado para esclarecer alguma informação. É necessário o tabelião escrever igual o pensamento do testador, mesmo que não utilize as mesmas palavras. A única língua aceita para escrever o testamento é a portuguesa, não sendo possível testar em língua estrangeira.

Mas caso o testador não souber a língua nacional o tabelião deve chamar um tradutor público, para ser o interprete, caso não seja localizado, o tabelião chama uma pessoa que ao seu juízo seja idônea, conforme art. 215 § 4º do CC<sup>24</sup>.

Os brasileiros que se encontram no estrangeiro e querem testar devem procurar um consulado, e o tabelião vai ser a autoridade do consulado.

O tabelião é profissional de direito, dotado de fé pública, a pessoa é delegada ao exercício da atividade notarial, após regular aprovação em concurso público de prova de títulos, e sua atuação é fiscalizada pelo poder judiciário. (PEREIRA, 2004 p. 233).

O tabelião tem que estar legalmente no cargo e em plena função, caso esteja temporariamente impedido anula-se o ato. Como também o tabelião não pode praticar ato que seja do seu interesse ou interesses de seus parentes em linha reta, colateral, consangüíneos ou até terceiro grau. Ele não pode estar como sucessor ou como beneficiário, caso a lei seja infringida só a parte que os benefícios dados ao tabelião ou aos seus parentes terá nulidade. (PEREIRA, 2004 p. 234).

A presença das testemunhas tem que ser durante todo o tempo que está acontecendo a solenidade, são necessárias duas testemunhas que devem ser pessoas idôneas e estarem a uma certa

---

<sup>24</sup> Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena. § 4º. Se qualquer dos comparecentes não souber a língua nacional e o tabelião não entender o idioma em que se expressa, deverá comparecer um tradutor público para servir de intérprete, ou, não havendo na localidade, outra pessoa capaz que, a juízo do tabelião, tenha idoneidade e conhecimento bastante.

distancia onde possam ouvir o que o testador está ditando para o tabelião. Elas devem ter o domínio da língua portuguesa para entender o ditado. As testemunhas não podem ser menores de dezesseis anos, nem mentalmente enfermas ou retardadas, surdos, cegos, herdeiros instituídos, legatários, descendentes, ascendentes e colaterais e afins até terceiro grau.

Após escrever o que o testador disse o tabelião faz a leitura do testamento em voz alta para o testador e as testemunhas, para conferência do texto para o ditado. Caso o testador seja surdo ele mesmo faz a leitura, caso ele não saiba ler, o número de testemunha aumenta para três testemunhas e esta testemunha lê o testamento no lugar do testador.

Logo em seguida a leitura vem a última formalidade: a assinatura do tabelião que foi quem escreveu o testamento, e em seguida pelo testador que deve assinar seu nome todo, não sendo possível só a rubrica, mas caso sua assinatura habitual seja abreviada isto não prejudica a validade do testamento. Ainda é possível, caso o testador não souber ou estiver no momento enfermo, uma das testemunhas assinar a seu rogo. Na assinatura a rogo o tabelião por cautela pode pegar a digital do testador e colocá-la ao lado da assinatura e por fim deve constar a assinatura das testemunhas.

Um testamento sem data pode ser considerado nulo com fundamento no art. 166, V do CC, pois é um requisito do art. 215, § 1º, I a data e o local da realização da escritura pública<sup>25</sup>.

Para os deficientes visuais a única forma de testar é a pública, pois oferece uma segurança maior para o testador. A leitura do testamento deve acontecer por duas vezes, uma pelo tabelião e a outro por uma das testemunhas que o testador escolher, assim fica seguro a exatidão das declarações, o tabelião deve fazer menção das duas leituras e caso o testador não saiba assinar pode ter a assinatura a seu rogo.

Já o deficiente surdo e cego pode testar na forma pública desde que possa falar, e ter três leituras: a do tabelião, uma testemunha por conta que é exigido para o cego e mais uma pessoa indicada pelo testador, por conta da sua surdez. Esta terceira pessoa tem que ser alguém a mais das duas testemunhas. ( DIAS, 2008 p. 355 ).

Quem não sabe ler e escrever pode testar na forma pública, pois é o tabelião quem escreve e a assinatura pode ser a rogo por uma das testemunhas.

No caso do deficiente auditivo, como ele pode falar faz o testamento público, se souber ler deve ler o testamento caso não saiba deve designar uma pessoa para ler não podendo ser o tabelião e nem uma das duas testemunhas tem que ser uma terceira pessoa.

---

<sup>25</sup>Art. 166. É nulo todo negócio jurídico quando:

V- for preterida alguma solenidade que a lei considerar essencial para sua validade.

Art. 215. A escritura pública, lavrada em notas de tabelião, é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena.

§1º. Salvo quando exigidos por lei outros requisitos, a escritura pública deve conter:

I – data e local da sua realização.

O mudo pode testar, pessoalmente, entrega uma minuta ao tabelião e ele têm plenas condições de ouvir a leitura feita após a escrita do testamento pelo tabelião.

O testamento deve seguir a seguinte forma: nomeando o ato, inicia-se com o ano, mês, dia e lugar, em seguida o nome, identidade e nacionalidade do testador e das testemunhas, a partir daí começa a escrever o que o testador esta ditando, após escrever faz a leitura em voz alta, se estiver tudo nos conformes seguem para as assinaturas. O tabelião também deve certificar-se da identidade do testador e da sua capacidade mental para fazer o testamento.

Registrado por escritura publica tem fé publica, sendo prova plena o registro no livro de notas, por se tratar de documento publico que resulta na sua publicidade, acaba sendo o testamento menos usado pelas pessoas que querem testar, que acabam escolhendo outras modalidades que garantam o sigilo, pois qualquer pessoa pode ter acesso ao seu conteúdo, basta solicitar uma certidão. Para que este inconveniente não aconteça de qualquer pessoal sem informar sua intenção em pegar a certidão, o Projeto n° 6.960/2002 diz que: enquanto vida tiver o testador, só ele pode requerer a certidão ou por ordem judicial. (GONÇALVES, 2010 p. 253).

Não é requisito do CC a unidade de ato e lugar, mas a maioria dos doutrinadores fala da importância, disso pois, caso não se conclua o testamento em um dia, no outro dia deve começar tudo novamente para evitar especulações de validade.

O testamento publico é a única forma que não se destrói, pois não fica na mão do testador, fica guardado no cartório. Ao final do testamento o tabelião entrega ao testador o traslado do testamento, que é uma copia do que ficou registrado no livro de notas. (DIAS, 2008 p. 345 ).

Caso o testamento tenha alguma rasura ou emendas e borrões pode invalidar o ato jurídico, mas se no final do testamento o tabelião citar estas falhas antes das assinaturas, o ato fica livre de nulidades, pois ocorreu a sua convalidação.

Com o óbito do testador, qualquer interessado pode encaminhar o testamento para o magistrado traslado, requerendo que o mesmo seja ordenado o seu cumprimento. O magistrado então ordenara o seu processamento e em seguida oficiando o Ministério Publico. Se não houver vícios que possa ter sua nulidade, o magistrado determinará o seu registro, o arquivamento e o seu cumprimento.

Se ninguém apresentar o testamento o magistrado ordena a sua busca e apreensão, após o registro do testamento o testamentário nomeado terá o prazo de cinco dias após o recebimento da intimação para assinar um termo de compromisso. Caso no testamento não haja testamenteiro ou o nomeado não aceite, o magistrado fará uma nomeação de dativo pela preferência do art. 1.984 do CC<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Art. 1.984. Na falta de testamenteiro nomeado pelo testador, a execução testamentária compete a uns dos cônjuges, e, em falta destes, ao herdeiro nomeado pelo juiz.

Uma copia do testamento se junta aos autos de inventario da herança.

Para não ser considerado nulo tem que haver todas as formalidades exigidas como ser escrito pelo tabelião, ter a presença do testador e o mesmo expor sua vontade, ser escrito no livro de notas, em seguida ser lido em voz alta as testemunhas e o testador, conter a assinatura de todos os presentes.

## 2.2 Testamento Cerrado

Contem este nome, pois garante o sigilo da vontade do testador, nem mesmo as testemunhas tomam conhecimento da ultima vontade do testador, elas só participam do ato de aprovação do testamento, o tabelião nesse tipo de testamento limita-se a declarar a sua autenticidade. Conhecido também como testamento secreto ou místico.

Esse tipo de testamento é o mais procurado, pois contem a descrição do conteúdo e tem sua autenticidade. (PEREIRA, 2004 p. 238).

Só pode ser feito por pessoas que saibam ler, como estar exposto no art. 1.872 do CC<sup>27</sup>.

É necessário um testamento cerrado conter: a escrita onde o testador tem que produzi-lo a próprio punho ou mecanicamente, também sendo aceito ser produzido a seu rogo, não sendo necessário justificar a sua escolha, onde pode ser algum parente desde que não seja uns dos herdeiros, legatários, cônjuge, ascendente e descendentes que faça a seu rogo, e pode ate mesmo o tabelião fazer a seu rogo e que depois venha aprová-lo.

O testamento precisa ser assinado pelo testador e se for feito a rogo deve conter a assinatura de quem o escreveu também. Se for feito mecanicamente precisa enumerar e rubricar todas as folhas. Não há necessidade de conter data, pois na autenticação vai conter data e é esta data que será considerada para verificar a competência notarial e capacidade do testador, ou ate mesmo a anterioridade de outro testamento. (PEREIRA, 2004 p. 238).

O idioma pode ser tanto o nacional quanto estrangeiro desde que essa língua seja familiar ao testador e quando houver a abertura do testamento será feita e tradução.

O testador deve entregar ao tabelião o testamento declarando que é seu, e pedindo sua aprovação, esta entrega deve ser feita na presença de duas testemunhas. O ato da entrega é um ato personalíssimo não podendo ser entregue por procurador ou mandatário. O instrumento de aprovação deve ser feito no fim do testamento caso não haja espaço pode ser feito em folha apartada, o tabelião não lê o conteúdo do testamento, mas se ao pegar o testamento ver alguma rasura deve fazer uma ressalva no termo de aprovação. O testador pode autorizar que o tabelião leia

---

<sup>27</sup> Art. 1.872. Não pode dispor de seus bens em testamento cerrado quem não saiba ler ou não possa ler.

o testamento para verificar se contem as formalidades necessárias, mas isto é uma exceção da regra.

O termo de aprovação tem três partes: primeira é a introdução que qualifica as partes, localidade e a data, segunda é a confirmação que recebeu o testamento para a autenticidade deste e por fim a terceira que é o encerramento com leitura e a assinatura do instrumento.

A leitura do auto de aprovação será feita para o testador e as testemunhas para poder ser assinado; se o testador não puder assinar uma das duas testemunha a seu rogo, o ato de aprovação tem que ser continuado sem interrupção. Após a assinatura o tabelião coloca o testamento em um envelope que será lacrado e cerrado e entregue ao testador, e o tabelião faz anotação no livro de notas.

Este tipo de testamento não pode ser feito pelo cego e o analfabeto, só podendo ser utilizado pelo surdo – mudo desde que não seja a rogo, conforme o art. 1.873 do CC<sup>28</sup>.

Na hora da aprovação se o testador for surdo ou mudo deve escrever o testamento na frente do tabelião e das testemunhas “este é meu testamento, cuja aprovação peço”. (DINIZ, 2010 p. 222)

Com a morte do testador o testamento só poderá ser aberto pelo magistrado na presença de quem o apresentou e do escrivão, verificando a integridade da cédula. Após a abertura se faz a leitura do auto de aprovação e é lavrado um termo circunstanciado no qual contem que o testamento foi entregue ao magistrado. Apurado a inexistência de vícios e a ouvida do Ministério Público, será inscrito e mandado cumprir o testamento, se estiver em outra língua o magistrado pede sua tradução para poder ordenar o seu cumprimento. (PEREIRA, 2004 p. 243).

O testamento será aberto pelo magistrado do lugar onde for achado o testamento, caso não seja o magistrado do inventario depois de aberto e registrado será remetido a este.

A sua vantagem é que ninguém conhece seu conteúdo e tem a autenticidade de aprovação.

### **2.3 Testamento Particular**

Particular é o testamento escrito pelo próprio testador a próprio punho ou na forma mecânica, lido perante três testemunhas e assinado por todas. É a forma mais simples de testar, mas não é utilizada, pois oferece muitos riscos já que é o testador quem escreve e quem guarda.

---

<sup>28</sup> Art. 1.873. Pode fazer testamento cerrado o surdo-mudo, contanto que o escreva todo, e o assine de sua mão, e que, ao entregá-lo ao oficial público, ante as duas testemunhas, escreva, na face externa do papel ou do envoltório, que aquele é o seu testamento, cuja aprovação lhe pede.

Também é conhecido como testamento privado, aberto, do próprio punho e hológrafo ou ológrafo expressão grega que diz escrito inteiro.

São poucas as exigências necessárias, por sua simplicidade são rigorosas as observâncias, sujeita a comprovação. Contendo também algum benefícios como a comodidade, custo barato e presteza, pois não precisa de um oficial publico, nem o deslocamento ate um cartório.

Suas formalidades consistem em escrito pelo testador pode ser manuscrito ou mecânico, lido para três testemunhas e as três devem estar juntas e só precisão estar na hora da leitura, assinado por todos os presentes caso tenha mais de uma folha todas devem estar assinadas por todos e a ultima assinatura deve ser a do testador.

Este tipo de testamento não tem muitas formalidades mais a falta de uma torna um testamento nulo. Deveria conter algumas exigências como a data que com ela verifica a capacidade do testador, bem como se existir mais de um testamento saber qual deles é o mais recente.

Se for feito de forma mecânica deve ser impresso não podendo ficar salvo em alguma pasta do computador. Se for feito a mão deve ser evitado a letra de forma pois dificulta saber a autoria do testador.

A atividade do testamento particular é um ato personalíssimo não admitindo a forma a rogo, se uma pessoa não tem como escrever com a mão, pode escrever de outra forma com o pé ou com a boca desde que seja o testador quem escreva.

Devendo ser um ato continuo do momento da apresentação, a leitura e a assinatura das testemunhas. Pode ser escrito em qualquer língua desde que as testemunhas compreendam o que esta sendo lido. E com a morte do testador deve ser traduzido para a língua oficial que é o português.

Após a morte do testador é necessário algum requisito de eficácia: a lei ordena que o testamento seja confirmado e publicado em juízo, requerido por uns dos herdeiros ou legatário ou ate o testamenteiro. As testemunhas serão intimadas para serem ouvidas e reconhecer a autenticidade da sua assinatura, confirmado a leitura do testamento falando das disposições que lembram estar no testamento, com isso não é necessário produzir outras provas.

Se uma só das testemunhas contradizer o que está no testamento este será anulado, salvo se ficar provado que ela foi subjugada para não dizer a verdade.

Se nenhuma das testemunhas for encontrada para falar do testamento, mesmo não havendo irregularidades ou duvidas da sua autenticidade o testamento não produzira efeitos. Pois é um testamento muito fácil de se extraviar e o que faz ele ser confirmado é a memória das testemunhas. Caso as testemunhas morram primeiro que o testador ele pode fazer um novo testamento, só que nem sempre é possível, pois o testador não fica sabendo da morte das testemunhas ou já não tem capacidade para fazer outro testamento.

Por conta ser um testamento fácil de se extraviar, é bom, por cautela, fazer mais de uma via do testamento, todas contendo todas as assinaturas e ser lida todas as cópias também.

O mudo pode testar na forma particular devendo redigir o testamento e na hora da leitura ele designar uma pessoa para ler por ele e ele acompanha a leitura.

Da decisão que homologa ou recusa eficácia de um testamento cabe recurso de apelação.

### **2.3.1 Confeção do testamento particular em circunstâncias excepcionais**

Se o testador fizer um testamento sozinho sem a presença das testemunhas, fica a critério do magistrado a sua confirmação como diz o art. 1.879 do CC<sup>29</sup>.

O dispositivo citado fala da possibilidade do testamento ser considerado válido, com apenas a escrita do testador, sem as formalidades exigidas. Em muitos casos esse testamento só é considerado se o testador se encontrar em situação que esteja isolado, sem comunicação ou calamidade.

Esta forma de testar deveria ser considerada como um testamento nuncupativo, apenas se seguido da morte do autor da herança que não teve oportunidade de fazer de outra forma.

## **2.4 Testamento Marítimo**

Pode ser feito por qualquer pessoa que esteja a bordo de um navio nacional de guerra, comercial e mercantil tendo em vista atender uma emergência, podendo ser usado tanto pela tripulação e pelos passageiros devendo o navio estar em curso fluvial, no auto mar, se o navio estiver ancorado no porto o testador deve descer e testar nas formas ordinárias; caso esteja ancorado mas não tenha condições de descer ou não tenha autorização ou não tenha um notório ou consulado brasileiro para se testar na forma ordinária, o registro do testamento deve ser feito no diário de bordo.

O comandante fica com a guarda provisória do testamento por sua função notarial que entrega no primeiro porto nacional a autoridade administrativa que vai entregar ao oficial de notas, ou em porto estrangeiro que tenha consulado brasileiro que será entregue ao diplomata. Caso aconteça do testador morrer durante a viagem o testamento deve ser entregue ao magistrado para sua execução.

---

<sup>29</sup> Art. 1.879. Em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confirmado, a critério do juiz.

As suas modalidades podem ser o cerrado ou o publico; o publico é feito da seguinte forma: o comandante ou escrivão a bordo na presença de duas testemunhas presente a todo ato, redige o que está sendo ditado pelo testador, o testamento é feito no diário a bordo do navio, fazendo a leitura e todos ao final assinam. Já no cerrado vai ser redigido pelo testador que apresenta seu testamento ao comandante na presença de duas testemunhas, o recebimento e registrado na própria cédula do testamento e assinado por todos e depois costurado.

Este tipo de testamento tem um prazo de caducidade de noventa dias após o desembarque em terra, onde o testador possa fazer um testamento na forma ordinário. Se acontecer de se passarem noventa dias ate sua morte e por motivo de doença o testador não tenha conseguido testar de forma ordinária o testamento marítimo continuara com sua eficácia. E caso não venha a falecer, mas no testamento contenha o reconhecimento de um filho este ato se tornara irrevogável também.

## **2.5 Testamento Aeronáutico**

Tem as mesmas regas do testamento marítimo, só pode ser feito por quem está a bordo da aeronave comercial ou militar, como o comandante do vôo não pode sair da cabine ele designa alguém para representá-lo para fazer as formalidades do testamento.

Pode ser feito por qualquer pessoa que esteja a bordo de aeronave nacional de guerra, ou comercial tendo em vista atender uma emergência, que esteja piorando de alguma moléstia e deseja dispor de seus bens, podendo ser usado tanto pela tripulação e pelos passageiros devendo estar no ar. Se a aeronave estiver estacionada no pátio de decolagem o testador deve descer e testar nas formas ordinárias, caso a aeronave se encontre no pátio de pouso, mas se o testador não tenha condições de descer ou não tenha autorização ou não tenha um notório ou consulado brasileiro para se testar na forma ordinária, o registro do testamento deve ser feito no diário da cabine de vôo.

O comandante fica com a guarda provisória do testamento por sua função notarial que entrega no primeiro aeroporto nacional a autoridade administrativa que vai entregar ao oficial de notas, ou em aeroporto estrangeiro que tenha consulado brasileiro que será entregue ao diplomata. Caso aconteça do testador morrer durante a viagem o testamento deve ser entregue ao magistrado para sua execução.

As suas modalidades podem ser o cerrado ou o publico; o publico é feito da seguinte forma: o comandante ou escrivão a bordo na presença de duas testemunhas presente a todo ato, redige o que estar sendo ditado pelo testador, o testamento é feito no diário a bordo da aeronave, fazendo a leitura e todos ao final assinam. Já no cerrado vai ser redigido pelo testador que apresenta seu testamento ao comandante na presença de duas testemunhas, o recebimento e registrado na própria cédula do testamento e assinado por todos e depois costurado.

Este tipo de testamento tem um prazo de caducidade de noventa dias após o desembarque em terra onde o testador possa fazer um testamento na forma ordinário. Se acontecer de se passarem noventa dias até sua morte e por motivo de doença o testador não tenha conseguido testar de forma ordinária o testamento aeronáutico continuara com sua eficácia. E caso não venha a falecer, mas no testamento contenha o reconhecimento de um filho este ato se tornara irrevogável também.

## 2.6 Testamento Militar

Este testamento pode ser usado para todos que estejam a serviço das Forças Armadas que são: marinha, aeronáutica e exercito podendo se estender aos policiais militares dentro e fora do país em situações bélicas, não necessariamente prestando serviço no momento; podendo testar também os voluntários, os diplomatas, os prisioneiros e até os reféns, enfim todos que estão em risco, sem comunicação e não tendo tabelião no local ou seu representante legal.

Pode ser feito de três formas de testamento: o público, o cerrado e particular e o nuncupativo, este testamento é feito de forma oral perante duas testemunhas.

O publico é escrito pela autoridade militar diante de duas ou três testemunhas, o testador e as testemunhas devem assinar caso o testador não possa, uma das testemunhas assina a seu rogo.

O cerrado ou particular deve ser escrito a próprio punho do testador e autenticado pelo auditor, é necessário que seja datado e assinado pelo próprio testador, deve ser apresentado na presença de duas testemunhas e ao oficial da patente. O oficial da patente que receber o testamento deve dizer o lugar dia, mês e ano em que lhe foi apresentado e esta nota deve conter a assinatura por ele e pelas testemunhas.

Estes testamentos têm um prazo de caducidade caso o testador não venha a óbito após noventa dias estar em lugar que possa testar de forma ordinária este prazo também caduca mesmo que o testador passe os noventa dias em cidades diferentes. O prazo só é interrompido se o testador seja convocado para outra campanha ou ficar em situação prevista do art. 1.893 do CC<sup>30</sup>.

Para Paulo Nader, “O testamento militar contendo data e local preenche todos os requisitos não deveria caducar no prazo de noventa dias, pois tem os requisitos de um testamento ordinário”( 2009, p. 218 ).

E a ultima forma de testar é a nuncupativa feito em viva voz; esta forma de testar só é aceita para pessoas quem estejam em combate, que fará sua vontade em viva voz diante de duas

---

<sup>30</sup> Art. 1.893. O testamento dos militares e demais pessoas a serviço das Forças Armadas em campanha, dentro do País ou fora dele, assim como em praça sitiada, ou que esteja de comunicações interrompidas, poderá fazer-se, não havendo

pessoas que após escutarem as recomendações, vão escrevê-las e apresentá-las depois de assinar e entregar ao auditor.

Caso o testador não venha a falecer no combate ou resista aos ferimentos, este testamento perde seu efeito mesmo que já tenha sido reduzido a escrito.

Se o testador venha a falecer em combate não vai haver duvida quanto a sua eficácia, o comandante envia o testamento para autoridade competente para cumprir e executar o testamento.

## 2.7 Codicilo

É um pequeno escrito, ou pequena carta ou ate mesmo testamento – anão apesar de não ser um testamento, é um ato de ultima vontade, apenas um escrito contendo como deve ser o funeral e pequenas doações de bens de pequeno valor. (FREITAS, 1896 p. 619).

No começo sua serventia era apenas como uma declaração para os herdeiros, servindo como um segundo testamento com a função de modificar ou complementar o testamento sendo observado que da mesma forma que era feito o testamento tinha que ser feito o codicilo. Com a sua generalização, veio à necessidade de adotar uma forma legal, com menos formalidades que um testamento.

O código civil brasileiro não o admite como testamento nem como complemento de um. O seu objetivo é limitado com consta no art. 1.881 a 1.883 do CC<sup>31</sup>.

A sua forma é autônoma, independe do autor ter ou não deixado testamento, sua utilização é para deixar bens de pouca monta, como moveis, jóias, roupas de uso pessoal, dizer com quer seu enterro, reabilitar indigno e ate mesmo reconhecer filho havido fora do casamento.

Muitos doutrinadores discordam que em um codicilo possa servir para reconhecer filho, com a justificativa que ultrapassa os limites da lei em relação ao codicilo.

Já Zeno Veloso faz um comentário sobre o assunto onde defende a possibilidade de reconhecimento de filho através do codicilo.

---

tabelião ou seu substituto legal, ante duas, ou três testemunhas, se o testador não puder, ou não souber assinar, caso em que assinará por ele uma delas.

<sup>31</sup> Art. 1.881, Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou jóias, de pouco valor, de seu uso pessoal.

Art. 1.882. Os atos a que se refere o artigo antecedente, salvo direito de terceiro, valerão como codicilos, deixo ou não testamento o autor.

Art. 1.883. Pelo modo estabelecido no art. 1.881, poder-se-ão nomear ou substituir testamentários.

Deve se dar construtiva, teleológica, humanitária pois o direito de ter revelado a ascendência biológica é substancial e diz respeito a dignidade da pessoa humana que é um dos fundamentos da Republica Federativa do Brasil; sendo assim o reconhecimento de filho deve ser facilitado e não dificultado a esse ponto. (GONÇALVES, 2010 p. 295).

Toda pessoa capaz pode fazer um codicilo, aplica-se a ele o mesmo art. do CC 1.860 usado no testamento. São requisitos essenciais para fazer um codicilo, a forma deve ser hológrafa simplificada contendo data e assinatura do autor e não sendo aceito a forma a rogo. Desta forma só quem possa ler e escrever é que pode deixar codicilo, e a data é essencial, pois sem ela o documento não tem valor algum. Seus requisitos parecem com os requisitos do testamento particular.

Hoje em dia por conta da modernidade é aceito o codicilo digital desde que numeradas as paginas e rubricadas pelo autor. Caso o codicilo seja fechado deve ser aberto com a mesma solenidade do testamento cerrado, se for aberto vai ser necessário o mesmo procedimento do testamento particular, quem encontrar a cédula deve levar para o magistrado que nomeará testamenteiro que velará pelo seu cumprimento.

Como está expresso na lei só pode ser deixados bens de pouca monta, mas a mesma não especifica o valor dessa monta, este valor é estabelecido de acordo com o montante do patrimônio deixado, não ultrapassando dez por cento do valor do acervo hereditário, mas na pratica este critério é flexível sendo apreciado caso a caso. Se os valores forem ultrapassados o magistrado pode convalidar e reduzir as disposições a um monte razoável ou considerá-lo nulo. (GONÇALVES, 2010 p. 297).

Se após o codicilo for feito um testamento que o modifique ele fica revogado, a sua revogação pode ser tácita ou expressa. A revogação tácita acontece quando a elaboração do testamento posterior de qualquer natureza não o confirme, ou o modifique. Já na forma expressa é revogado quando outro codicilo ou testamento faz a menção para ser revogado.

Muitas vezes o codicilo posterior não revoga o anterior, pois eles podem tratar de assuntos diferentes; não havendo incompatibilidade entre os assuntos os dois podem ser cumpridos.

## **2.8 Testamento Vital**

Este testamento não tem as mesmas características dos testamentos tradicionais pois estes só tem sua validade após a morte do testador. O testamento vital tem que ser feito antes de perder a capacidade e deve ser mantido aberto para que os familiares tomem conhecimento da sua vontade, no testamento deve conter um procurador para este tomar todas as providencias.

É um documento onde suas vontades são antecipadas, a pessoa diz como quer que seja as atenções medicas que espera receber, caso venha a ficar com alguma doença incurável e não tenha como se expressar quando estiver doente.

Deve ser feito por meio de escritura publica ou pode ser por instrumento particular autenticado acompanhado de declaração medica atestando sua capacidade plena.

Este tipo de testamento deve ser aceito pelo principio da dignidade da pessoa humana que estar no art. 1º III da Constituição Federal (CF)<sup>32</sup>. Nos princípios fundamentais da bioética esta o princípio da autonomia que é a liberdade individual, compreendendo o respeito à escolha de morrer e dizer como quer a sua assistência medica no futuro, e o art. 5º III da CF<sup>33</sup> versa sobre o assunto.

Alexandre de Moraes da um conceito de dignidade da pessoa humana da seguinte forma:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAIS, 2005 p. 128).

Hoje no Brasil se tem uma grande preocupação com a valoração da dignidade da pessoa humana da forma que está declarada na CF, só que ainda há violações continuas dos direitos da dignidade da pessoa humana. (GUERRA, 2006 p. 6).

O principio da dignidade da pessoa humana impõem o dever de abstenção das condutas positivas a efeito de proteger a pessoa humana, esta imposição recai sobre o Estado que tem que respeitar.

Mas existe uma resistência em admitir o direito sobre o próprio corpo na escolha da morte oportuna. Em deixar que a pessoa decida se quer ou não prolongar a vida em caso de uma doença terminal. Em alguns casos as pessoas ficam incapazes de tomar uma decisão, por conta desse fato surgiu o testamento vital ou direitos antecipados, com indicações caso aconteça alguma doença, as providencias que deveram ser tomadas.

As declarações de vontade impõem um limite aos cuidados médicos para ter com a sua própria vida. O que se assegura através desde documento é a morte digna, no que se refere a um tratamento medico que o paciente será submetido, que se encontra em condições físicas os mentais incuráveis, e sem expectativa de cura.

<sup>32</sup> Art. 1º. A Republica Federativa do Brasil, formada pala união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:  
III- a dignidade da pessoa humana;

<sup>33</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Pais a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes:  
III- ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

Estas instruções aplicam-se uma condição terminal onde a pessoa não tenha capacidade de tomar decisões e expressar seu desejo. O testamento vital serve para estabelecer o tratamento a ser aplicado.

A jornalista Eliane Brum em uma entrevista ao medico Jose Eduardo de Siqueira, fez algumas perguntas sobre o testamento vital, uma das perguntas ela fala que hoje em dia os médicos só vêm corpos. E o medico respondeu, que realmente que eles perderam a noção do ser humano por completo. Pois colocamos os doentes na Unidade de Tratamento Intensivo, oculta tudo do paciente, isso se chama conspiração do silencio onde, os médicos e familiares ficam conversando do lado de fora e o paciente sozinho na UTI. (2010, p. 2).

A morte hoje é uma coisa muita fria, sofrida que não corresponde com a dignidade humana. A parti do momento que coloca o paciente na UTI e fazendo de tudo até o ultimo momento, todos acham que é um beneficio e na realidade é um malefício, estão tratando o paciente com um objeto e não como um sujeito. O uso da tecnologia esta sendo feita de maneira errada. (BRUM, 2010 p. 3).

Tem que se respeitar o ser humano, e não privar o ser humano deste momento tão decisivo que é uma coisa cruel. Morrer com dignidade e morrer com seus valores, cercado de pessoas que ama e na UTI o paciente morre sozinho. (BRUM, 2010 p. 3).

O testamento vital vai servir para o paciente descartar o tratamento desproporcional, este tratamento desproporcional é a intervenção medica feita em pacientes terminais cujos resultados não trazem benefícios ao paciente, ao contrario traz mais sofrimento, pois são inúteis e não modificam o prognostico da doença. (BRUM, 2010 p. 5).

### CAPÍTULO 3 O NEGÓCIO JURÍDICO NUNCUPATIVO

Nuncupativo é um adjetivo, que diz ao ato não escrito, feito de viva voz, oralmente realizado em circunstâncias excepcionais que seja afastada a forma escrita exigida em lei. (LÔBO, 2010 p. 111).

A boa fé constitui um elemento que se junta ao negócio jurídico para torná-lo eficaz. Em relação ao matrimônio a boa fé tem uma grande importância no plano da eficácia do casamento, pois mesmo sendo nulo produz todos os seus efeitos até o momento do registro da sentença que decreta a nulidade em relação ao cônjuge de boa fé em relação ao impedimento para casar. A boa fé deve ser considerada em dois sentidos: objetivo que é o comportamento leal que as pessoas têm com as outras nas relações que se desenvolve entre elas; e a subjetiva que é a ignorância ou desconhecimento de circunstância que envolve o negócio jurídico. A boa fé dos negócios jurídicos está expressa nos arts. 113 e 422 do CC<sup>34</sup>. (MELLO, 2009 p. 88).

Para o negócio ser considerado válido ou inválido precisa existir. O negócio jurídico para ser considerado válido é preciso conter todos os elementos que estejam de acordo com o ordenamento jurídico. A atribuição da validade se dá com o preenchimento dos requisitos do negócio jurídico que se divide em três categorias, que são quanto: ao sujeito; ao objeto; e a forma de exteriorização da vontade. O sujeito se refere a manifestação de vontade, visando resguardar à sua consciência. O objeto é a consciência do sobre a licitude; a moralidade; e a possibilidade do ato jurídico. Já a forma de exteriorização da vontade é que deve ser feito segundo algumas solenidades. Quando é válido produz todos os efeitos queridos pelas partes, e os efeitos são próprios e admitidos pelo ordenamento jurídico. (MELLO, 2009 p. 4).

A invalidade do negócio jurídico se dá com a falta; omissão; erro; ou dolo de algum pressuposto ou não obedece ao ordenamento jurídico, à invalidade é um valor negativo é uma consequência, a sanção civil é imposta pelo ordenamento jurídico que busca impedir que quem venha a praticar o ato tenha alguma vantagem. (MELLO, 2009 p. 49).

A invalidade tem dois graus que é a nulidade e a anulabilidade. A nulidade é a sanção mais enérgica e em geral acarreta em ineficácia, o CC nos arts. 166 e 167<sup>35</sup> expressa às causas de

---

<sup>34</sup> Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Art. 422. Os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

<sup>35</sup> Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

- I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
- II – for ilícita, impossível ou indeterminável o seu objeto;
- III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
- IV – não revestir a forma prescrita em lei;
- V – for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para sua validade;
- VI – tiver por objeto fraudar lei imperativa;
- VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

nulidade. A nulidade pode ser absoluta ou relativa. A nulidade relativa só pode ser atacada pela pessoa que seja diretamente prejudicada e é uma nulidade sanável pois não é idôneo de produzir efeitos, pode produzi-los desde que seja superados os requisitos que faltam. Já a nulidade absoluta tem natureza de ordem pública e podem ser alegadas por qualquer interessado, até pelo Ministério Público e de ofício pelo magistrado. E ela produz total ineficácia do ato. (MELLO, 2009 p. 60).

Com a anulabilidade o ato é eficaz desde logo, mas por conta de uma pendência ou deficiência resolutive, alegando o vício com isso a eficácia se desfaz. No art. 171 do CC<sup>36</sup> estão descritos as formas de deficiência da anulabilidade. Para ser reconhecida a anulabilidade é que haja um erro reconhecível, que é o destinatário saiba que as declarações de vontade vão gerar um erro substancial. A anulabilidade tenta proteger os interesses privados de uma das partes que está no negócio jurídico. (VELOSO, 2005 p. 244).

E para ser eficaz precisa ser válido, é uma conseqüência da validade à eficácia, mas em alguns casos expressos na lei um ato nulo pode ser eficaz. Tirando as exceções o ato jurídico nulo é ineficaz, decretando um ato nulo não é necessário desconstituir os seus efeitos pois a aparência se desfaz, mas em alguns casos é necessário declarar quais os atos que se desfaz. (VELOZO, 2005 p. 22).

A ineficácia ela é originária quando a nulidade é determinada por um vício na formação, no momento da celebração do negócio. Com a ineficácia os atos não produzem efeitos ou ainda não produziram os efeitos. Já com a ineficácia superveniente acontece por um distrato; ou uma revogação, que não é um negócio invalido, tem sua validade por um tempo, como é o caso dos testamentos especiais, que se o testador não falecer na viagem ou nos noventa dias após o desembarque marítimo; ou aeronáutico o testamento perde sua eficácia. Os testamentos especiais não têm uma validade temporária e sim uma eficácia temporária, quando o prazo acaba eles caducam e não produzem mais efeitos.

O testamento e o casamento são daqueles atos mais solenes do direito brasileiro. Pois a lei os reveste de várias formalidades perante autoridades do Estado que são de sua própria essência para garantir a publicidade, outorgando com isso a garantia de validade ao ato. (VENOSA, 2006 p. 29).

Art. 167. É nulo o negocio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulado, se válido for na substância e na forma.

§1º. Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I – aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II – contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III – os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós- datados.

§2º. Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

<sup>36</sup> Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I – por incapacidade relativa do agente;

II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Para falarmos de casamento nuncupativo, antes vamos falar brevemente do conceito de casamento: Sílvia Rodrigues define: “Casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regular as suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência.” (VENOSA, 2006 p. 27).

O casamento é o centro do direito de família e também é considerado um negócio jurídico, as suas formalidades começam antes mesmo da celebração do casamento até a conclusão, até os efeitos do negócio jurídico até esgotar as relações entre os cônjuges. (VENOSA, 2006 p. 27).

Então o casamento é um negócio jurídico bilateral, que dá margem a efeitos patrimoniais, pessoais e sociais, pois cada nubente manifesta a sua vontade, regulamentando em um acordo que se volta aos efeitos jurídicos. (VENOSA, 2006 p. 28).

Para acontecer a cerimônia do casamento é necessário estar com a certidão de habilitação do casamento que é expedida pelo oficial de registro civil. A habilitação visa observar a capacidade e a aptidão, a fim de dar validade à celebração e provar que não há impedimento entre os cônjuges. Os nubentes precisam apresentar por escrito o pedido ao oficial de Registro Civil, junto ao pedido devem apresentar os documentos que estão no art. 1.525 do CC<sup>37</sup>. Estando toda a documentação em ordem o oficial publicará o edital durante quinze dias, caso não ocorra nenhuma impugnação estão aptos os nubentes para o casamento. (RIZZARDO, 2007 p. 65).

Com a certidão de habilitação em mãos os interessados pedem ao magistrado competente que designe dia e hora para a cerimônia, como dispõem o art. 1.533 do CC<sup>38</sup>. Esta habilitação tem eficácia de noventa dias a contar do dia que foi expedida. A cerimônia é gratuita de acordo com o art. 1.512 do CC<sup>39</sup>. Durante a cerimônia deve haver no mínimo duas testemunhas. (RIZZARDO, 2007 p. 67).

O nosso código só permite em duas ocasiões que a cerimônia do casamento seja simplificada, que acontece quando um dos nubentes está com grave doença ou com risco iminente de vida. Na primeira situação o legislador facilita o casamento por conta da situação existente. A cerimônia deve ser celebrada na casa do nubente impedido ou no hospital, diante de duas

<sup>37</sup> Art. 1525. O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos:

I – certidão de nascimento ou documento equivalente;

II – autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra;

III – declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar;

IV – declaração de estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos;

V – certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade, ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio.

<sup>38</sup> Art. Celebrar-se-á o casamento, no dia, hora e lugar previamente designados pela autoridade que houver de presidir o ato, mediante petição dos contraentes, que se mostrem habilitados com a certidão do art. 1.531.

<sup>39</sup> Art. 1.512. O casamento é civil e gratuita a sua celebração.

testemunhas que saibam ler e escrever. Caso a autoridade competente não possa ir o casamento pode ser feito por um dos seus representantes legais de acordo com o art. 1.539 §1º do CC<sup>40</sup>. Também podendo ser substituído por um ad hoc, ou seja, alguém nomeado para atuar no ato caso seja um substituto ad hoc, este devera lavar um termo avulso que tem que ser levado no prazo de cinco dias ao registro. (VENOSA, 2006 p. 97).

Os nubentes que estiverem com grave doença ou em risco iminente de vida para a celebração acontecer devem está no seu pleno discernimento. O art. 1.540 do CC<sup>41</sup>, fala como o casamento de iminente risco de vida pode ser celebrado. Nos casos que um dos nubentes se encontra em risco iminente de vida, não havendo tempo para a celebração do casamento com as formalidades previstas na lei, pode ser realizado o casamento nuncupativo, feito de viva voz, contraído de forma oral.

Para ser considerado nuncupativo o casamento é celebrado pelos nubentes, mas caso tenha a possibilidade da autoridade competente comparecer, não vai deixar de ser considerado nuncupativo. O que caracteriza o casamento nuncupativo é a dispensa das formalidades exigidas para o casamento comum. Para o casamento nuncupativo acontecer não pode ser exigida qualquer documentação, pois iria de encontro com a finalidade do instituto jurídico. (NADER, 2008 p. 118)

A lei criou essa modalidade de casamento, pois seria lamentável se não existisse um remédio para efetivar a união dos contraentes, que não tivesse mias tempo para realizar o casamento com todas as formalidades legais. (MONTEIRO, 2007 p. 99).

Arnaldo Rizzardo, chega a dizer quais os casos de iminente risco de vida ”... Quando um dos nubentes é ferido por disparo de arma de fogo, ou sofre grave acidente, ou ainda, é vítima de mal de súbito, em que não há a mínima esperança de salvação e a duração da vida não poderá ir além de alguns instantes ou horas” (2007 p. 90).

Já Paulo Lôbo é mais radical quanto às possibilidades de acontecerem o casamento nuncupativo: “São hipóteses dessa espécie de casamento as situações de guerra, de conflitos armados, de calamidades naturais” (2010 p. 111).

Como a situação é desesperadora, a pessoa pode querer regularizar a vida conjugal que já tem com a outra pessoa, ou efetivar o casamento que já está programado, mas não providenciou a habilitação. Como Paulo Nader cita:

---

<sup>40</sup> No caso de moléstia grave de um dos nubentes, o presidente do ato irá celebrá-lo onde se encontra o impedido, sendo urgente, ainda que à noite, perante duas testemunhas que saibam ler e escrever.

§1º. A falta ou impedimento da autoridade competente para presidir o casamento suprir-se-á por qualquer dos seus substitutos legais, e a do oficial do Registro Civil por outro ad hoc, nomeado pelo presidente do ato.

<sup>41</sup> Art. 1.540. Quando algum dos contraentes estiver em iminente risco de vida, não obtendo a presença da autoridade à qual incube presidir o ato, nem a de seu substituto, poderá o casamento ser celebrado na presença de seis testemunhas, que os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau.

Os nubentes que recorrem ao casamento nuncupativo, geralmente vivem sob o mesmo teto e constituem família, sendo que a oficialização da união constitui uma satisfação ao consorte, aos filhos e a sociedade. As vezes a preocupação é a de proporcionar algum tipo de benefício ao consorte. Enquanto o casamento tradicional os nubentes vislumbram o futuro, visando à comunhão de vida e à constituição da prole, no que se realiza sob iminente risco de vida contempla-se o passado, a solidariedade vivida ao longo dos anos, o que se construiu em conjunto com os filhos gerados. ( 2008, p. 118).

Por conta da urgência do caso o processo de habilitação pode ser dispensado, e se a autoridade competente não puder comparecer a cerimônia pode acontecer sem a presença dela, neste caso os nubentes conduzem a cerimônia manifestando o seu desejo na presença de seis testemunhas, desimpedidas e convocadas especialmente para o ato. As testemunhas convocadas não podem ter parentesco em linha reta, colateral, até em segundo grau com os nubentes. No casamento comum as testemunhas podem ser parentes, pois o interesses delas é comum com o do nubente. Já no casamento nuncupativo este interesse pode ser oposto. (MONTEIRO, 2007 p. 100).

Após as testemunhas presenciarem o casamento devem no prazo de dez dias comparecerem perante autoridade judicial competente, pedindo que sejam tomadas as declarações de termo como está no art. 1.541 do CC<sup>42</sup>.

As testemunhas vão comparecer perante a autoridade para afirmar: que foram convidadas por parte do enfermo; que realmente parecia estar em perigo de vida mas em perfeito juízo; que na sua presença os nubentes demonstraram livre e espontânea receber-se como marido e mulher. As testemunhas pode não comparecer espontaneamente no prazo, caso isso ocorra, poderá qualquer interessado requerer sua intimação para que sejam tomadas suas declarações. (MONTEIRO, 2007 p. 100).

Com isso o magistrado, com a oitiva do Ministério Público tomara as providencias necessárias verificando se os nubentes poderiam ter-se habilitado regularmente e ordena a apresentação dos documentos ordenados no art. 1.525 do CC. E manda que se expeça aviso, para possível manifestação de interessados, para apresentar impugnações, no prazo de quinze dias o magistrado ouve as partes interessadas, para poder aceitar ou rejeitar o pedido. Não aparecendo impugnações o magistrado pode homologar a decisão após o transitado e julgada decisão o magistrado, ordena a transição para o livro de registro de casamento, retroagindo os efeitos, á data da celebração dos cônjuges.

---

<sup>42</sup> Art. 1.541. Realizado o casamento, devem as testemunhas comparecer perante autoridade judicial mais próxima, dentro em dez dias, pedindo que lhe tome pro termo a declaração de:

I- que foram convocados por parte do enfermo;

II- que este parecia em perigo de vida, mas em seu juízo;

III- que, em sua presença, declaram os contraentes, livre e espontaneamente, receber-se por marido e mulher.

O magistrado deve observar a idoneidade do casal de acordo com §2º do art. 1.541 do CC<sup>43</sup>. Dependendo da decisão do magistrado cabe recurso. Se no caso das testemunhas não comparecerem no prazo de dez dias, esse casamento se torna inexistente. A sua eficácia se dá após o prazo de dez dias da realização do casamento, é quando ele produz seus efeitos. (FRYDMAN, 2007 p. 1).

Já com relação ao testamento nuncupativo, no Brasil só foi aceito na forma ordinária na legislação anterior ao código civil de 1916. O testamento nuncupativo é o testamento feito de forma oral, quando o testador se encontra em perigo de vida e não teve tempo de fazer o testamento de forma escrita, então podia fazer na forma oral na presença de seis testemunhas. (VENOSA, 2009 p. 1).

Tanto na legislação de 1916 como na de 2002, o testamento nuncupativo só é aceito na forma especial de testamento que é na forma de testamento militar. O testamento nuncupativo é feito de forma oral perante duas testemunhas.

É a única forma de testar em viva voz; esta forma de testar só é aceita para pessoas que estejam em combate, que fará sua vontade em viva voz diante de duas pessoas que após escutarem as recomendações, vão escrevê-las e apresentá-las depois de assinar e entregar ao auditor, que no caso é o comandante.

Caso o testador não venha a falecer no combate ou resista aos ferimentos, este testamento perde seu efeito mesmo que já tenha sido reduzido a escrito.

Se o testador vem a falecer em combate não vai haver dúvida quanto a sua eficácia, o comandante envia então o testamento para autoridade competente para cumprir e executar o testamento.

Eduardo de Oliveira Leite diz que: “As razões para o testamento nuncupativo não ser aceito pelo código vigente, é que ele não oferece garantias suficientes, facilitando a simulação e a fraude promovendo demandas e favorece o dolo das testemunhas podendo alterar a ultima vontade do testador”. (2004, p 435).

Arnaldo Rizzardo fala:

É o que se chama de casamento nuncupativo sendo este termo conhecido por realizar-se em circunstâncias excepcionais ou extremas, como acontece com o testamento previsto para o mesmo momento derradeiro da vida, devendo ser realizado pessoalmente pelo cônjuge, sem possibilidade de se representar por procuração. (2007, p. 91).

---

<sup>43</sup>§2º. Verificado a idoneidade dos cônjuges para o casamento, assim o decidirá a autoridade competente, com recurso voluntário às partes.

Como o casamento e o testamento, são semelhantes no que permite à exigência de solenidades e a lei reconhece o casamento nuncupativo, também deveria reconhecer o testamento nuncupativo não militar, pois como diz o texto acima o casamento nuncupativo é feito nas situações extremas.

O casamento é aceito no âmbito civil, porém houve uma restrição para o testamento nuncupativo ordinário, sendo só aceito no âmbito militar e que estejam os militares em situações bélicas. Depois que o testamento nuncupativo passou só a ser considerado como forma especial o número de testemunhas diminuiu passando a ser necessário duas testemunhas enquanto que no casamento são necessárias seis testemunhas e estas testemunhas não podem ter parentesco em linha reta e colateral até segundo grau com o nubente.

No casamento se dá um prazo de dez dias para as testemunhas procurarem a autoridade competente para pedir que seja reduzido a termo o que elas têm a declarar. Já no caso do testamento as testemunhas após escutarem as declarações do testador as passam para o papel e as entrega para autoridade competente.

Tanto o testamento como o casamento são considerados negócios jurídicos sendo que um é unilateral e o outro bilateral, mas os dois são solenes tendo formas próprias na lei. Nuncupativo é a forma especial feita por pessoas que se encontrem em situações excepcionais, da mesma forma que o casamento nuncupativo pode ser feito no âmbito civil o testamento também poderia ser feito por todos os civis quando se encontrasse em risco iminente de vida.

Pois são um remédio para as situações extremas que não são corriqueiras, como Paulo Nader fala: “que o casamento nuncupativo ... pode-se afirmar que a frequência de sua prática é pequena, embora não rara.”(2008 p. 108). Está forma especial de casar não acontece todos os dias, se fosse aceito também o testamento não aconteceria todos os dias, e se no casamento não há tanta preocupação com fraude, se o testamento tivesse os mesmos requisitos do casamento não teria que ter essa preocupação com a fraude.

O testamento nuncupativo não militar feito pelos civis deveria ocorrer nas mesmas situações que ocorre o casamento que são: ferimento por arma de fogo; sofre grave acidente; ou até mesmo sofre de mal de súbito onde não há mais esperança de salvação onde a pessoa só tenha horas de vida. O testador que se encontrasse nestas circunstâncias de risco iminente de vida e fosse do seu desejo testar e não teve tempo de fazê-lo de forma ordinária, poderia testar da forma nuncupativa, e já que o testamento é considerado ato de última vontade não deveria ser negado.

No testamento nuncupativo em vez de só ter duas testemunhas como é hoje deveria aumentar o número passando a ser de seis o mesmo que no casamento, e as testemunhas também não podendo ter parentescos em linha reta e nem colateral até segundo grau. Como o número maior de testemunhas pode-se evitar a fraude.

As testemunhas convocadas para o ato, após escutarem as disposições do testador passariam para o papel e entregaria a autoridade competente mais próxima. E as testemunhas citar no escrito que o testador estava em seu juízo perfeito.

No casamento nuncupativo após a realização do casamento as testemunhas têm um prazo de dos dias para comparecerem a autoridade competente e reduzirem as suas declarações a termo, no caso do testamento dez dias é considerado um prazo extenso, para o testamento esse prazo pode ser menor, em dez dias as testemunhas podem esquecer os detalhes do testamento.

O testamento nuncupativo militar, com o falecimento do testador o testamento se torna eficaz não tendo duvida enquanto a sua eficácia. Com o testamento nuncupativo não militar poderia acontecer o que acontece no casamento que fica a critério do magistrado dar a decisão aceitando ou não o testamento, de acordo com o que foi dito pelas testemunhas. Se as declarações das testemunhas forem iguais, caso a declaração de uma delas não for parecido com o das demais o magistrado não homologa o testamento até se verificar se for possível onde está erro ou dolo das testemunhas.

Para ser cumprido todos os requisitos da eficácia do negócio jurídico é necessário verificar alguns elementos como o da validade e o da boa-fé, para o magistrado poder dar a sua decisão quanto ao testamento nuncupativo deve verificar e analisar se o testamento contém todos os elementos, se as testemunhas realmente estão falando a verdade, reproduzindo de forma leal as ultimas vontades do testador.

O magistrado só poderá tomar as providencias depois que as testemunhas comparecerem para falar das declarações do testador, que é a parti desse momento que o testamento começa a existir. As testemunhas não comparecendo o testamento é inexistente.

Com a sua existência é que o testamento começa ter validade, se conter os seus elementos como o testador sendo maior de dezesseis anos; e estando em seu pelo discernimento.

O Código de Processo Civil (CPC) no seu capítulo quatro, seção III no seu titulo tem Do Testamento Militar, Marítimo, Nuncupativo e do Codicilo, trata o testamento nuncupativo como uma forma de testar separada do testamento militar, pois se o testamento nuncupativo só é aceito dentro da forma militar não havia a necessidade do CPC dizer como deve ser cumprido o testamento nuncupativo se já estar explicando a forma de cumprimento do testamento militar, art. 1.134 do CPC<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Art. 1.134. As disposições da seção precedente aplicam-se:

I – ao testamento marítimo;

II – ao testamento militar;

III – ao testamento nuncupativo;

IV – ao codicilo.

Dessa forma sendo aceito o testamento nuncupativo não militar, no CPC o testamento nuncupativo já vai conter a forma de confirmação, que é a mesma forma do testamento particular.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia buscou apresentar um programa histórico e jurídico sobre a sucessão testamentária, cujo o tema foi investigado através da legislação e da doutrina pátria, dedicando um especial enfoque ao testamento nuncupativo.

O interesse pelo tema abordado deu-se em razão de querer verificar as formas de testamento admitidas pela legislação brasileira, onde o estudo identificou a existência de varias espécies de testamento, sendo eles: o público; cerrado; particular; marítimo; aeronáutico; militar; e o codicilo.

Abordou-se no primeiro capítulo o surgimento do testamento na Grécia e em Roma onde durante muito tempo o testamento foi desconhecido, só havendo a sucessão hereditária. Com a chegada do código de Sólon é que o testamento começou a ser conhecido apenas para quem não tinha filhos que podiam deixar testamento.

Em Roma foi criado As Doze Tabuas e trazendo mudanças no direito sucessório, o homem podia testar dispor de seus bens de acordo com a sua vontade, mas as mulheres ainda eram proibidas de testar. Nas doze tabuas só havia duas formas de testar que era: *calatis comittiis* e o *in procinctu*, o primeiro utilizado em tempo de paz e o segundo em tempo de guerra. No período pré-clássico surgiu o testamento *per aes et libram*. Mas o testamento só teve sua importância no direito clássico, com o surgimento do testamento pretoriano. No período pós-clássico surgiram os testamentos que perduram até hoje, que são: o público; o particular; e o militar.

Abordou-se também como o testamento chegou ao Brasil que foi através dos portugueses e os primeiros testamentos usados no Brasil foram: o particular; o público; o cerrado; o nuncupativo; e o marítimo. Com a chegada do código de 1916 as formas passaram testamentárias foram classificadas em ordinárias e especiais. Os ordinários: o público; cerrado e particular, e os especiais em: militar; marítimo. Com a chegada do Código Civil de 2002 os testamentos ordinários permaneceram os mesmos e nos especiais veio com uma novidade o testamento aeronáutico.

Finalizou-se no primeiro capítulo com a natureza jurídica do testamento que é considerado um ato personalíssimo, pois deve partir da idéia de dispor de seus bens deve partir do testador; é um ato unilateral; gratuito; solene; revogável; e só produz efeito após a morte do testador.

Abordou-se no segundo capítulo as formas testamentárias existentes no direito brasileiro, que se divide em ordinários e especiais. Os ordinários são: o público; o cerrado; e o particular. O público que é lavrado pelo tabelião no livro de notas, portanto é uma escritura pública, deve conter as declarações do testador, na presença de duas testemunhas.

O cerrado conhecido como secreto, redigido pelo próprio testador e o tabelião na presença de duas testemunhas lavra o auto de aprovação. O particular feito pelo próprio testador não

podendo conter rasuras, devendo ser realizado na presença de três testemunhas, e para ser confirmar o testamento após a morte do testador e necessário pelo menos uma testemunha esta viva para confirmá-lo.

Os testamentos especiais são; o marítimo; o aeronáutico; e o militar. O testamento marítimo é feito a bordo de um navio, na presença do comandante e de duas testemunhas, só podendo ser feito na forma pública e cerrada.

O aeronáutico é feito da mesma forma que o marítimo só mudando o local que passa a ser a bordo de uma aeronave. O militar além de poder ser feito da forma pública e cerrado pode ser feito também na forma nuncupativa que é o testamento feito de forma oralmente. Esta forma é restrita aos militares, o testador que se encontrar em situação bélica pode testar de forma oral na presença de duas testemunhas, que depois de escutarem as disposições do testador vão reduzidas a termo e entregar ao auditor.

O codicilo não é considerado um testamento, pois é um pequeno escrito que contém um ato de última vontade, onde pode ser deixado dez por cento de todo o patrimônio do testador.

O testamento vital, não está elencado no nosso ordenamento jurídico, mas é um tipo de testamento que seu efeito acontece com o testador ainda vivo. Este testamento traz disposições caso o testador venha a adoecer e não puder decidir o tratamento médico que quer receber.

Por fim o terceiro capítulo aborda-se o negócio jurídico nuncupativo que para ser considerado válido precisa existir e conter todos os elementos que estejam no ordenamento jurídico. Na falta de algum elemento o negócio jurídico se torna inválido, esta invalidade divide-se: em nulidade; e anulabilidade.

A nulidade é a sanção mais enérgica e em geral acarreta em ineficácia, já com a anulabilidade o ato a princípio é eficaz, quando o vício é alegado a sua eficácia se desfaz. A eficácia se dá com a validade e com a boa-fé, mas em alguns casos mesmo o ato sendo nulo pode gerar eficácia.

A boa-fé no matrimônio é de grande importância no plano da eficácia, pois sendo nulo o casamento produz todos os efeitos até o momento da sentença.

O casamento nuncupativo só é aceito em situações extremas em caso que um dos nubentes esteja em risco iminente de vida e não há mais tempo para providenciar a habilitação para o casamento, com isso o nubente convoca seis testemunhas para presenciar o ato que será realizado pelos próprios nubentes, após assistirem a cerimônia as testemunhas têm o prazo de dez dias para comparecer a autoridade competente e pedir que tome em termo suas declarações nelas devem conter que o nubente que estava em situação de risco estava em seu juízo.

No testamento nuncupativo ele é restrito apenas para os militares que se encontram em situações bélicas, onde o testador na presença de duas testemunhas diz suas últimas vontades, após

ouvirem o relato do testador as testemunhas escrevem o que escutarão e as entrega para autoridade competente.

Da mesma forma que o casamento nuncupativo é aceito no âmbito civil o testamento também deveria ser aceito desde que tivesse as mesmas formalidade como as mesmas situações em o testador se encontrasse em risco de vida iminente; mesmo numero de testemunhas e ela afirmando que o testador se encontrava em juízo perfeito. E a autoridade competente tomaria a decisão de acordo com as declarações dadas pelas testemunhas se admitia ou não aquela forma de testar.

Como o negócio jurídico nuncupativo é uma forma que só acontece em situações extremas, é como se fosse um remédio. Os civis em seu ultimo momento de vida que não teve a oportunidade de testar de forma ordinária dispor, dispor de forma nuncupativa para ser atendido o seu ultimo ato de vontade.

## REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**: 6 ed. rev. acres. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406. **Vade Mecum**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Lei nº 5.869. **Vade Mecum**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Lei nº 3.071. Disponível em: [http://www.allanhelber.com/imagensDin/editor/files/Legislacao/CCBantigo%20\(2\).pdf](http://www.allanhelber.com/imagensDin/editor/files/Legislacao/CCBantigo%20(2).pdf).

Acesso 15 de out. 2010.

BRUM, Eliane. **Testamento Vital**. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI154190-15230,00.html> Acesso em: 25 de out. 2010.

CAHALI, Francisco José. **Direito das Sucessões**. 3 ed. rev. Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Edameris, 2006. Disponível em: <http://ebooksbrasil.org/eLibris/cidadeantiga.html>. Acesso em: 05 de maio 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 24 ed. rev. atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva. 2007, v.1.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 24 ed. São Paulo: Saraiva. 2010, v. 6.

FRYDMAN, Tatiana. **Casamento nuncupativo e sua eficácia**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1317, 8 fev. 2007. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/9472>. Acesso em: 8 nov. 2010.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo de Existencial**. Disponível em: <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf>: Acesso em 26 de out. 2010.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 7.

JUSTO, Antonio dos Santos. O direito brasileiro: raízes históricas. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Portugal, n.14, 2010. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/dir\\_bras\\_raiz\\_hist.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/dir_bras_raiz_hist.pdf)>. Acesso em: 07 out. 2010.

LEITE, Eduardo de Oliveira, **Comentários ao Novo Código Civil: Direito das Sucessões**: arts. 1.784 a 2.027. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. XXI.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano de Validade**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 38 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2.

MORAIS, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOTA, Silvia. **Testamento Vital**. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <<http://www.silviamota.com.br/enciclopediabiobio/testamentovital/testvital-definicao.htm>> Acesso em: 15 set. 2010.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 5.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v.6.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil: Direito das Sucessões**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. VI.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 28 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 6.

VELOSO, Zeno. **Invalidez do Negócio Jurídico: Nulidade e Anulabilidade**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** parte geral. 6 ed. 3 reimpressao. São Paulo: Atlas, 2006. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Direito civil:** direito das sucessões. São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Testamento excepcional.** Disponível em: <<http://www.silviovenosa.com.br/artigo/testamento-excepcional>> Acesso em: 25 de out. 2010.