

Mário Bulhões Pedreira
Advogado

TESTAMENTO NULO

— escrito pelo escrevente
— ditado pelo tabelião

RIO DE JANEIRO — 1946

Mário Bulhões Pedreira
Advogado
CONSELHO DE JUSTIÇA
RECLAMAÇÃO N. 205

RELATOR:

Exmo. Snr. Desembargador **Frederico Sussekind**

RECLAMANTE:

Dona **Yolanda Porto de Mello**

RECLAMADO:

O Juiz da **2ª Vara de Órfãos e Sucessões**

CASO TÍPICO DE RECLAMAÇÃO E CORREIÇÃO PARCIAL

Decreto-Lei N. 8.527, de 31 de dezembro de 1945:

Art. 12: “compete ao Conselho de Justiça, como órgão máximo da disciplina judiciária:

I — julgar os processos de reclamação apresentados contra os juízes.

III — Proceder, sem prejuízo para o andamento do feito, a requerimento dos interessados ou do Procurador Geral, a correções parciais em autos para emenda de erros ou abusos que importem a inversão tumultuária dos atos e fórmulas do processo, quando para o caso não haja recurso”.

A ORDEM LEGAL DO PROCESSO

Código de Processo Civil:

Art. 529 — “Apresentado o testamento público, o juiz mandará processá-lo de acordo com o disposto nos arts. 525 a 529”.

Art. 526 — “Conclusos os autos, o juiz, ouvido o Ministério Público, mandará registrar, inscrever e cumprir o testamento, **SE REVESTIDO DAS FORMALIDADES EXTRÍNSECAS**”.

TESTAMENTO JURIDICAMENTE INEXISTENTE

- a) **ESCRITO** pelo escrevente;
- b) **DITADO** pelo tabelião.

A LEI VIOLADA

Art. 1.632 do Código Civil:

“São requisitos essenciais do testamento público:

I — Que seja escrito por oficial público, de acordo com o ditado ou declarações do testador, em presença de cinco testemunhas”.

A SANÇÃO LEGAL

Art. 1.634 § único, do Código Civil:

“Se faltar, ou não se mencionar alguma delas, **SERÁ NULO O TESTAMENTO**, respondendo o oficial público civil e criminalmente”.

Art. 130 do Código Civil:

“NÃO VALE O ATO, que deixa de revestir a forma especial, determinada em lei”.

Art. 145, n.º V, do Código Civil:

“É NULO O ATO JURÍDICO quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial à sua validade”.

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

“Se o juiz, em casos regidos pelos arts. 1.632–1.637, deixa de declarar a nulidade do testamento que a lei tem por nulo, **VIOLA DIREITO EXPRESSO** e abre precedentes de graves consequências sociais. **NÃO TEM ELE NENHUM PODER PARA, EM TAIS ASSUNTOS, FAZER DIGRESSÕES LITERÁRIAS E EQUÍVOCAS.**”

(Pontes de Miranda — *Unitas Actus*, págs. 39/40)

“POUCO IMPORTA QUE A VONTADE RESSALTE INDISCUTÍVEL; NÃO PREVALECE, UMA VEZ AVERIGUADO DEFEITO VISCERAL DE FORMA”.

(Carlos Maximiliano — *Direito das Sucessões* — vol. 1, n.º 360)

EXMO. SNR. PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE APELAÇÃO

I

**CASO TÍPICO DE RECLAMAÇÃO E CORREIÇÃO PARCIAL AO
CONSELHO DE JUSTIÇA**

D. YOLANDA PORTO DE MELLO, viúva e meeira de José Ferreira de Mello, a quem se atribue o testamento público apresentado à 2ª Vara de Órfãos e Sucessões, pelo seu advogado, vem reclamar contra o ato do Juiz em exercício naquela Vara que, contra expressas disposições de lei, deferiu cumprimento ao mencionado testamento, fundada nos ns. I e III do art. 12 do Dec.-lei n. 8.527, de 31 de dezembro de 1945, conforme ora expõe e demonstra:

Com efeito, o citado artigo 12 do Dec.-lei 8.527 (Cod. de Organização Judiciária do Distrito Federal) declara competir ao Conselho de Justiça, como órgão máximo da disciplina judiciária,

“I — Julgar os processos de reclamação apresentados contra os juízes.”

“III — Proceder, sem prejuízo para o andamento do feito, a requerimento dos interessados ou do Procurador Geral, a correções parciais em autos para emenda de erros ou abusos

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

que importem a inversão tumultuária dos atos e fórmulas da ordem legal do processo, quando para o caso não haja recurso.”

É a hipótese. A decisão mandando cumprir o testamento sobre constituir erro brutal, agressivo, a todos os princípios que regem a matéria, no direito positivo, na doutrina e na jurisprudência, representa verdadeiro **abuso funcional** praticado pelo digno Juiz, e importa em profunda subversão da ordem legal processual, sem que à parte prejudicada — “o interessado” — assista qualquer recurso.

Todos os requisitos, portanto, estatuidos para legitimar e exigir a providência assegurada no n. III do art. 12 do Cod. de Organização Judiciária:

- a) — interessado que requer;
- b) — erro e abuso funcional;
- c) — inversão tumultuária da ordem legal do processo;
- d) — ausência de qualquer recurso.

a)

A requerimento de interessado

Nenhuma dúvida quanto ao interesse da suplicante. É viúva do suposto testador e meeira dos bens do seu casal. Faleceu este sem descendentes ou ascendentes. Herdeira, pois, *ex vi legis*, da metade dos bens do casal, o registro e cumprimento do testamento, juridicamente inexistente, traduz-se em imediata espoliação patrimonial, com as consequências irreparáveis e imprevisíveis da intervenção no inventário de terceiros que, na qualidade de legatários, e como tais, passarão a agir com a afoiteza e falta de escrúpulo já por eles demonstradas.

b) e c)

“Erro ou abuso que importa na inversão tumultuária da ordem legal do processo”

Dispõe o art. 529 do Cod. de Processo Civil:

“Apresentando o testamento público, o Juiz mandará processá-lo de acordo com o disposto nos arts. 525 a 528.”

Os atos e fórmulas do seu processamento estão, pois, estabelecidos nos artigos ali referidos, entre os quais o de n. 526, que determina:

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

“Conclusos os autos, o juiz, ouvido o órgão do Ministério Público, mandará registrar, inscrever e cumprir o testamento”

SE REVESTIDO DAS FORMALIDADES EXTRÍNSECAS”.

Esta é a condição expressa, formal e indeclinável a que se subordina a legitimidade do ato processual ordenatório do cumprimento de um testamento público. Sem que o testamento se apresente revestido das formalidades extrínsecas, pela citada disposição do Código de Processo, não mandará registrá-lo o Juiz. Se o fizer, a despeito da deficiência formal do instrumento apresentado, não estará vulnerando apenas o direito substantivo, que considera as formalidades extrínsecas na espécie como requisitos essenciais à validade jurídica do ato em si mesmo. Mas, mais diretamente ainda, violará a ordem processual, desobedecendo a **PRECEITO EXPLÍCITO** regulador dos atos e fórmulas atinentes ao processo da apresentação do testamento, preceito que, repita-se, manda “processá-lo” (art. 529), só depois de ouvido o Curador de Resíduos,

“se estiver revestido das formalidades extrínsecas” (art. 526).

Na “ordem legal do processo”, a exigência precípua, liminarmente imposta, aquela sem a qual não se dará ingresso ao instrumento público do testamento de modo a possibilitar os demais atos de seu processamento — o registro, a inscrição, o cumprimento — reside na objetivação das formalidades extrínsecas estatuídas na lei civil. Na “ordem legal do processo”, pois, o primeiro ato, que, em matéria de apresentação de testamento, aos demais sobreleva e prejudica, é a verificação pelo Juiz do preenchimento de tais formalidades. Só depois de tê-lo praticado, achando-as devidamente observadas, poderá mandar registrá-lo, inscrevê-lo e cumpri-lo. Para esse fim, e somente para êle, de tal modo a lei processual cercar da maior garantia esse ato inicial, tornando-o extremo de dúvida e insuscetível de erro, que não se limitou à simples exigência do exame feito pelo Juiz e prescreveu também a fiscalização do Ministério Público, cuja audiência é indispensável logo após a conclusão dos autos, antes daquele pronunciar-se no sentido de ordenar, ou não, o registro do testamento.

Assim, “conclusos os autos” (art. 526), que se formam com a apresentação do testamento, será ouvido o Curador de Resíduos sobre as formalidades extrínsecas, e com seu parecer, absolutamente indispensável, despachará o Juiz ordenando-lhe o cumprimento, “se revestido das formalidades extrínsecas”. A disposição legal processual

desautoriza interpretações. **Não faculta ao Juiz papel decisório sobre o merecimento das formalidades.** Dá-lhe somente a função de verificar objetivamente o seu preenchimento. Uma de duas: ou o testamento está revestido das formalidades extrínsecas, e ordenará o registro; ou, não as preenche, e fôrça é negar-lhe cumprimento. Não é lícito, portanto, ao Juiz que reconhece e proclama a inobservância legal, e, fundado na sua opinião sobre a desvalia das formalidades, consoante uma concepção teórica que abraça e defende, *de lege ferenda*, ordenar o registro, a inscrição e o cumprimento do testamento. A questão não é opinativa. Cabe ao Juiz pronunciar-se sobre a existência das formalidades. Matéria de fato. Mas, desde que do seu exame tenha resultado a verificação de não achar-se o instrumento revestido delas, não decide; aplica a lei que lhe ordena, em tal caso, negar o registro.

Diversamente, seria ir além de “dar ao Juiz moderno, aquela fecunda atividade do pretor romano, de criar o direito”, para usar das próprias expressões do despacho de que se reclama. Seria permitir-lhe a faculdade de rebelar-se contra o direito positivo, contra o direito já criado, contra o único Direito.

Foi, em verdade, o que praticou o digno juiz *a quo*. Longa, cabal e exaustiva é a demonstração inicial, por ele mesmo feita, de que o testamento atribuído a José Ferreira de Mello, não observou requisito formal prescrito em lei. Não obstante, manda cumpri-lo porque... a solenidade estabelecida para o ato, como condição substancial de sua validade, “no direito moderno” (sic) não deve prevalecer sobre a manifestação da vontade. Assim, no seu entender, no conflito entre o direito positivo e aquilo que se lhe afigura ser o “direito moderno”, êste prepondera revogando o primeiro.

Foi o que sustentou e fez. Esqueceu-se, porém, que, contrariando suas inclinações renovadoras, muito respeitáveis, não existia apenas a lei civil, a qual considera o menosprezado requisito como indispensável à existência mesma do ato (*ad solemnitatem*), compreendido entre aquelas formalidades que “**se faltar, ou não mencionar algumas delas, será nulo o testamento**” (art. 1.634, parágrafo único do Cod. Civil), coisa a que não empresta S. Excia. maior importância, dada a sua emancipação do velho direito, como cultor do direito moderno, mas, existe também uma norma do nosso moderníssimo Cod. de Processo Civil, que preceitua, como princípio regulador da atividade funcional do Juiz, no processamento do testamento público, obrigatoriamente, a prévia verificação de revestir-se o instrumento das formalidades extrínsecas para que seja êle autorizado a dar-lhe cumprimento.

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

Comentando o art. 529 do Cod. de Processo Civil, **CARVALHO SANTOS** (*Cod. Proc. Civil Interpretado*, Vol. VI, pag. 233) depois de citar o conceito de **CARLOS MAXIMILIANO** sobre testamento público — “o instrumento em que um oficial público exara a última vontade de um indivíduo, conforme o ditado, ou as declarações espontâneas dêste na presença de cinco testemunhas” — e de reproduzir na íntegra o texto do art. 1.632 do Código Civil, no qual se enunciam as solenidades essenciais, escreveu:

“Ouvindo o órgão do Ministério Público, a respeito do preenchimento das formalidades externas, os autos devem ser conclusos ao Juiz que mandará registrar, inscrever e cumprir o testamento, **SE aquelas formalidades tiverem sido observadas.**”

E acrescenta:

“Assim, qualquer nulidade que possa verificar-se, **NÃO SENDO VISÍVEL**, mas, ao envêz, dependendo de prova que só no juízo ordinário seja possível ministrar, não impede a execução do testamento *sit et in quantum*” (Cfr. **PEREIRA DE CARVALHO. CLETO TOSCANO**).

Visível, pois, a nulidade, não dependendo de prova que só possa produzir-se no juízo ordinário, sendo ela, como na hipótese, emergente do próprio instrumento que a contém e declara, não é lícito a um juiz mandar executar o testamento, seguindo os termos expressos da lei do processo civil.

E no comentário ao art. 526 o mesmo processualista emérito, reportando-se às opiniões de **ANDRADE FIGUEIRA, CANDIDO DE OLIVEIRA, LACERDA DE ALMEIDA, JOSÉ HIGINO, BARRADAS e ALFREDO BERNARDES**, salienta:

“O — cumpra-se — só deve ser concedido aos testamentos exequíveis. Quando se trate de falsidade material de tal modo patente, com vícios visíveis e aparentes, o processo complicado do incidente de falsidade pode ser dispensado e a nulidade de pleno direito não depende de ação para ser pronunciada.”

Isto, em se tratando de falsidade na escritura, no instrumento, de regra dependente de exame pericial. Que dizer-se quando o vício consiste na omissão de formalidades extrínsecas, que à simples leitura do testamento se revela?

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

E ainda CARVALHO SANTOS que conclue:

“Quando a nulidade depende de prova *aliunde*, é mister propor a ação ordinária. **NÃO É LÍCITO, AO JUIZ ORDENAR O CUMPRIMENTO INICIAL DE UM TESTAMENTO**, sob fundamento que redunde em prática de ato de jurisdição contenciosa”.

(*Op. cit.* pag. 227/228).

Foi o que com notável clareza sentenciou FERREIRA LIMA, anteriormente, ainda, ao Código Civil:

“Para que um testamento tenha força executória autônoma, constituindo o que, na linguagem forense se chama um instrumento com execução aparelhada, isto é, um instrumento de per si imediatamente exequível, independente de sentença proferida em ação contenciosa nele fundada, **NECESSÁRIO É QUE SEJA INCONTESTÁVEL A SUA VALIDADE JURÍDICA**. Êste ditame de simples bom senso constitui também um preceito positivo da lei. Com efeito, a Ord. liv. I tit. 62, depois de tratar nos §§ 1 e 23 das funções dos juízes provedores e prelados e dos deveres dos testamenteiros na execução dos testamentos assim estatue:

§ 24. “E tudo que por bem dêste regimento mandamos se faça na execução dos testamentos, se fará e cumprirá nas cédulas e codicilos, sendo feitos conforme as nossas ordenações, **PARA SEREM VÁLIDOS**”.

Logo, quando o testamento não fôr valioso, conforme Ordenação e Direito, **NÃO DEVE TER EXECUÇÃO**.

Logo, indispensável se torna verificar, antes de pôr em execução qualquer testamento, se êle é valioso ou não, se deve ou não entrar em execução.

Claro é, que tal verificação não pode competir senão ao juiz a quem a lei comete a vigilância sôbre o cumprimento dos testamentos, assim como que, no exercício dessa função terá o Juiz de proferir um despacho declarando que o

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

testamento pode ser executado, quando valioso, ou não pode, por ser inválido.”

(*Revista de Jurisprudência*, Vol. 52, pag. 128).

A matéria é, assim, caracteristicamente processual. São preceitos reguladores do processo de apresentação e execução dos testamentos, hoje consagrados no Código Nacional de Processo, que disciplinam a ação do Juiz quanto à formalização dos atos processuais necessários ao seu registro, inscrição e cumprimento.

Manifesto é, portanto, na hipótese, “o erro ou abuso que importa na inversão tumultuária dos atos ou fórmulas da ordem legal do processo” pela violação do estatuído no art. 529 combinado com o art. 526 do Código de Processo Civil, tendo mandado o Juiz processar o testamento, com preterição do ato inicial a que condiciona a lei o referido processo, isto é, a verificação pelo juiz, ouvido o Ministério Público, do preenchimento dos requisitos legais:

“Mandarà registrar, inscrever e cumprir o testamento **se estiver revestido das formalidades extrínsecas**” (art. 526).

Inversão tumultuária, com profundas e irremediáveis repercussões de natureza processual, não só em relação aos atos e fórmulas da apresentação do testamento, propriamente, como, por igual, em relação ao processo de inventário dos bens do *de cujus*, no qual, por força dêsse despacho contra a lei, ingressarão indebitamente, como se herdeiros fôssem, pessoas estranhas, cuja qualidade de legatário só poderia emanar de um ato válido, jamais do *nada jurídico*, do ato juridicamente inexistente. Assim, dêsse êrro abusivo de direito, dessa preterição da norma expressa do Código de Processo Civil, decorrerá como consequência imediata, a de compelir o inventariante à prática de ato processual tumultuário, de efeitos perduráveis até que se viesse a julgar a ação de nulidade do testamento, efeitos sem possibilidade de reparação, qual seja o de declarar herdeiros a tais pessoas, investindo-as da qualidade de intervir, intrusamente, em todos os demais atos do processo de inventário.

Em conclusão:

A ordem legal do processo, na espécie, assenta neste princípio: não se revestindo o testamento das formalidades extrínsecas, sem o ato inicial de ter o Juiz verificado o preenchimento delas, depois de ouvido o Ministério Público, não pode êle ordenar a prática dos atos posteriores atinentes ao processamento de sua apresentação. Subverteu-a o despacho sob correição, tumultuando todos os atos e fórmulas do processo, que se

seguirem, e, para restaurá-la, anulando-o, não assiste à parte lesada nem apelação nem agravo.

d)

Ausência de qualquer recurso

Em verdade, para o caso não há recurso. Deu-o o Código de Processo, o de apelação, ao apresentante do testamento, do despacho que nega o cumprimento, por isso que põe termo ao processo, valendo como decisão definitiva em primeira instância. O mesmo não se verifica, em relação ao herdeiro que é ferido nos seus interesses, pela ordem de registro de um testamento juridicamente inexistente.

Não há, no caso, uma decisão mas um abuso, visto como, para tanto, o Juiz deixa de aplicar a lei, que só lhe autoriza mandar cumprir aquele revestido das formalidades exteriores. Assim, do despacho que ordena o registro contra a letra expressa da lei, não cabe recurso. Para corrigir o êrro abusivo do juiz, nessas condições, só a reclamação correcional, destinada, hoje, pelo Código Judiciário do Distrito Federal, a restaurar a ordem legal processual, na ausência de outro remédio específico.

Com efeito, em tais casos, não decide o Juiz. Porque não tem a faculdade de fazê-lo. Desatende simplesmente à lei. Age contra direito expresso. Subverte a ordem legal do processo, violando-a, pela prática de ato de rebeldia à sua norma. Dêsse ato porque não seja, pròpriamente, uma decisão, não há recurso mas, constituindo um “abuso” (N. III do art. 12 do Dec.-lei, 8.527) causador de consequências lesivas, “a requerimento de interessado” (Dispositivo citado), cabe a reclamação.

Caso típico de correição parcial, cujas circunstâncias enquadram-se na moldura legal da providência, como se expressamente o declinasse a lei, ao definir, no citado n. III do art. 12, a principal das atribuições do Conselho de Justiça.

II

O TESTAMENTO NÃO PREENCHE AS FORMALIDADES EXTRÍNSECAS

Demonstrado, assim, que o caso é tipicamente da competência do Conselho de Justiça, nos termos dos ns. I e III do art. 12 do Código Judiciário do Distrito Federal, a questão reduz-se a saber se o testamento atribuído a José Ferreira de Mello se acha revestido das formalidades extrínsecas, consoante o disposto no art. 1.632 do Código Civil.

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

Neste particular, não pode haver, como efetivamente não houve, duas opiniões. Trata-se de instrumento eivado de vícios insanáveis, no qual foram preteridos requisitos formais de exigência legal expressa e indeclinável. Ninguém o contesta. Nem o próprio juiz que lhe ordenou o cumprimento, como se vê da parte expositiva do seu despacho, deixou de reconhecer a infração da forma, **CONSIDERADA PELA LEI COMO SUBSTANCIAL**. Insubordina-se, é certo, contra o absolutismo do sistema de nossa legislação, tendo-o como vasado em moldes antiquados que devem ceder à força renovadora das tendências atuais do direito. Honestamente, entretanto, proclama a inobservância de solenidade essencial, compreendida na discriminação do art. 1.632 do Cod. Civil.

A conclusão, que o manda cumprir, não decorre de contestação da ocorrência, mas do conceito, que forma, da sua desvalia; não da aplicação da lei, mas da crítica a que a submete. No desenvolvimento do raciocínio lógico do despacho, a premissa maior quanto ao fato da preterição do requisito e a menor, representada pela lei que o exige, não são postos em dúvida, e se não o conduziram silogisticamente à denegação do registro é porque, juiz moderno, entende que a lei está errada quando manda, na espécie, que a solenidade prevaleça sobre a vontade; e, por isso, não lhe dá cumprimento.

Assim, sendo impossível a divergência, não houve, até aqui, duas opiniões discordantes sobre o defeito formal do instrumento.

Nem mesmo o apresentante pôde evitar a evidência solar do vício congênito irremediável.

E numa dessas eclosões irreprimíveis da verdade, que o próprio interesse não logra sopitar, êle também o confessa, requerendo então, já que não pode ser admitido como testamento público, em face da lei,

“... que prevaleça como particular embora escrito pelo
escrivão, na impossibilidade do próprio testador escrever.”

(a) **JOÃO CLIMACO DA SILVA.**

(b) *(Textual. Trecho final da petição a fls. 61).*

Atente-se à circunstância. Todos quantos, investidos de responsabilidade, pela função e pelo saber, examinaram o testamento, chegaram à mesma conclusão, só desprezada nos autos pelo despacho surpreendente que lhe ordenou o cumprimento. Apresentado que foi, e ouvido o Ministério Público, na pessoa de um dos seus representantes mais doutos, o Curador de Resíduos, Dr. **MANOEL CAMPOS**, tomou a

iniciativa de suscitar a nulidade, *sponte propria*, por um imperativo de seu dever de fiscal da lei, no seguinte parecer:

Parecer do Curador de Resíduos — Dr. Manoel Campos

“No testamento público de fls. adotaram os serventuários que dêle participaram uma prática outrora permitida (Ord. 1, 97, § 10, e lei de 22 de setembro de 1828, art. 2.º, § 1.º, n. 10), mas que acha-se abolida do nosso direito desde 1871, pelo Decreto número 4.824, no seu art. 78 — a de ser o ato lavrado, embora na presença e sob as vistas do tabelião, por escrevente juramentado.

Comentando o dispositivo do n. 1, do art. 1.632, do Código Civil, diz **TITO PRATES**: “O Código exige oficial público, escrevendo em seu livro de notas. — Em consequência, êsse oficial será daqueles que têm livro de notas, em que se lancem escrituras, isto é, será um tabelião.” “O escrevente juramentado, desde o Dec. n. 4.824, de 1871, que aboliu a concessão

— 26 —

de que gozava de escrever o testamento, sob as vistas do tabelião, que o devia assinar, não pode mais escrevê-lo. Terá de ser o próprio tabelião”. (*Sucessão testamentária* n. 125, pag. 265).

É também neste sentido a opinião de todos os nossos tratadistas (**CLOVIS BEVILAQUA**, *Direito das Sucessões*, § 60, nota 2, página 214; **CARVALHO SANTOS**, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XXIII, pag. 6, n. 2; **PONTES DE MIRANDA**, tratado dos testamentos, vol. 2, pag. 28, n. 200; **CARLOS MAXIMILIANO**, *Direito das Sucessões*, vol. 1.º, n. 370, pag. 418).

De acordo com o Cod. Civil e com a generalidade das leis de organização judiciária estaduais, os oficiais públicos com a atribuição de reduzir a escrito o testamento, são os

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

tabeliães, os escrevães distritais, com funções de tabelião e os agentes consulares.

Entretanto, trata-se de matéria que, como diz **PONTES DE MIRANDA**, pode ser regulada por lei de organização judiciária local. Se a lei de organização da justiça do Estado em que foi feito o testamento, o Estado do Rio, der funções notariais aos escreventes juramentados, assunto êste que deve ser esclarecido pelo apresentante do testamento, será válido o testamento e não me oporei ao seu registro e cumprimento. Em caso contrário, isto é, se não tiver sido restaurada pela lei local a prática de poder o escrevente juramentado reduzir a escrito, sob as vistas do tabelião, as disposições testamentárias, opinarei, de acôrdo com o art. 1.634, § único, do Código Civil, no sentido de ser negado registro e execução ao testamento. — 30-4-46. (a) **M. CAMPOS.**”

Como seu parecer contrário ao “cumpra-se”, pela razão indicada, admitisse, entretanto, ser suscetível de modificá-lo a hipótese da Organização Judiciária do Estado do Rio dar ao escrevente atribuições notariais, o que ao apresentante cumpriria provar, e como êste na impossibilidade de fazê-lo, tentasse criar confusão em tôrno da matéria, a reclamante, oferecendo à Curadoria de Resíduos um exemplar da lei daquele Estado, trouxe aos autos os seguintes esclarecimentos:

Legislação do Estado do Rio

“I — Com irrecusável acêrto e a acostumada proficiência, o ilustre Dr. Curador de Resíduos suscitou e demonstrou uma das muitas nulidades essenciais que vulneram o referido testamento, — opinando pelo indeferimento do pedido de registro, a menos que o interessado provasse ser admitida, pela Organização Judiciária do Estado do Rio, a lavratura da escritura pública, na espécie, pelo escrevente de justiça, subscrevendo-a, sòmente, o tabelião.

II — Não o fez o requerente. Nem o poderia fazer, porque semelhante anomalia, tal como se verifica em todas as leis de organização judiciária existentes no Brasil, não a consagra a legislação do Estado do Rio de Janeiro. Mas na impossibilidade de fazê-lo, veio o interessado com a longa petição de

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

fls., no esforço inglório de confundir a matéria, que dessautoriza qualquer controvérsia.

III — Nessas condições, como elemento elucidativo que servirá para documentar a improcedência das conclusões da mencionada petição, pede vênua a Suplicante para deixar em mãos do ilustre Dr. Curador um exemplar da publicação oficial onde se encontra o Decreto-lei n. 77, de 28 de fevereiro de 1940, que dispõe sobre a organização judiciária daquele Estado. De sua leitura, fôrça é reconhecer que não só inexistente qualquer dispositivo conferindo ao escrevente a atribuição de lavrar, no livro de notas do oficial público, escritura pública de testamento, na presença, ou não, do tabelião, como, ao contrário, está ela absolutamente prosrita em face das normas definidoras das respectivas funções.

IV — Com efeito, a Lei de Organização da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, revela-se, neste particular, de rara precisão técnica e em perfeita harmonia com o Código Civil e toda a legislação do País. Ao dispor sobre Auxiliares de Administração da Justiça, no Capítulo V, art. 21, letra c, declara: —

“Denominam-se *ofício ou serventia de Justiça*, os cargos de escrivão, Tabelião, Oficial do registro público, distribuidor, partidor, contador e depositário judicial, e *empregos de justiça* os cargos dos demais funcionários auxiliares da administração da justiça”.

Quem, pois, na espécie, exerce o ofício, quem é o *oficial público*, nos termos exigidos pelo art. 1.632, n. 1, do Código Civil, é somente o *tabelião* que, pessoalmente, de mão própria, deve escrever o testamento no seu livro de notas. O Escrevente exerce mero “emprego de justiça”; não é oficial.

V — Não poderia haver repulsa mais forte a qualquer desvirtuamento de interpretação maliciosa do interesse no sentido de confundir atribuições inconfundíveis, próprias de cargos distintos, do que a decorrente do texto citado da Lei de Organização Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, o qual, como raramente se encontra na legislação congênere dos demais Estados, teve o zelo de precisar a natureza das funções de tabelião e escrevente, não pelo método descritivo mas *segundo a essência mesmo de sua definição legal no quadro dos Auxiliares de Administração da Justiça*. Assim, naquele Estado, por fôrça de lei, ao escrevente de justiça jamais, como simples empregado,

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

será permitido praticar atos de ofício, inerentes à função de tabelião, que é, no caso, unicamente, o oficial público.

VI — Corroborando a distinção, dispõe o art. 54 do citado Decreto-lei n. 77: “Os escrivães, tabeliães, distribuidores, contadores e oficiais do Registro Público, poderão ter, como auxiliares, escreventes de Justiça e sub-oficiais, nomeados nos termos dêste Decreto, sendo os escreventes juramentados e escolhidos de preferência entre datilógrafos e taquígrafos”.

— 29 —

§ único — Um dêses escreventes juramentados poderá ser nomeado “substituto” nos termos dêste Decreto, para funcionar nas suas faltas ou impedimentos legais. Nada mais claro e insofismável. Ao tabelião é facultado ter, como auxiliares, escreventes juramentados, e, dentre êstes, um poderá ser nomeado substituto, para funcionar nas suas faltas ou impedimentos legais.

VII — Dessarte, a função, o ofício, de tabelião, as atribuições que lhes são próprias, só poderão ser exercidas pelo escrevente juramentado: a) sendo êste o substituto nomeado; b) nas faltas ou impedimentos legais do tabelião. Em tais condições, opera-se uma substituição e o escrevente categorizado como substituto passa a ser o tabelião em exercício. Absurdo e ilegal é, portanto, exercer suas atribuições sem substituí-lo, de modo a intervir como escrevente, realizando a função exclusiva do tabelião *no mesmo ato em que êste aparece como tal*, subscrevendo-o e autenticando-o. Não há, não pode haver concomitância de exercícios do mesmo cargo. O “empregado de justiça” nunca praticará atos de “oficial público”, senão quando, afastado êste da função efetiva, o esteja substituindo na forma legal.

VIII — Ora, na hipótese em exame, o “escrevente de justiça” Anaxagoras Rattes, que escreveu o testamento, admitindo-se que possa ser o “substituto nomeado”, o que a escritura não declara, e não se provou — manifestamente não estava substituindo o tabelião “na sua falta ou impedimento”, tanto que êste interveio no ato no pleno exercício de suas funções para subscrevê-lo e dá-lo por fê.

IX — Acresce considerar que o art. 1.º do citado Decreto n. 77, de 28 de fevereiro de 1940, determina: “A organização de justiça do Estado reger-se-á pelo que dispõe o presente decreto-lei, pelas demais leis estaduais em vigor

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

e, supletivamente, naquilo que lhe fôr aplicável, pelas leis federais.” Ora, êste decreto lei não revogou as leis de organização judiciária anteriores, senão nas disposições que lhe possam contrariar (art. 245). Assim, estão de pé, em plena vigência de sua força imperativa, as disposições do art. 313, da lei n. 1.580 de 20 de janeiro de 1919 (Cod. Judiciário do Estado do Rio de Janeiro) que, mantendo velha e ininterrupta tradição de sua legislação, reproduziu, por sua vez, o texto da lei anterior, n. 1.137, de 20 de dezembro de 1912 (Código de Organização Judiciária) nestes termos: “O tabelião de notas poderá lavrar escritura, ou outro instrumento por escrevente autorizado, contanto que a subscreva e carregando com a respectiva responsabilidade. Exceptuam-se as seguintes escrituras, que pelo próprio tabelião devem ser lavradas: 1.º — as QUE CONTIVEREM DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS; 2.º — as que forem de doação CAUSA MORTIS; 3.º — em geral, AS FEITAS FORA DO CARTÓRIO.”

X — Na hipótese dos autos, trata-se de escritura pública: a) — de testamento; b) — lavrada fora do cartório. Verifica-se, assim, a concorrência de DOIS MOTIVOS de ilegalidade e desvalia, qualquer dêles suficiente, por si só, para importar na NULIDADE SUBSTANCIAL DO ATO. Nem o escrevente Anaxagoras tinha qualidade para fazer escritura de testamento, nem, tão pouco, qualquer que fôsse sua natureza, poderia lavrá-la fora do cartório. No Estado do Rio de Janeiro, tal como ocorre em todo o país, só ao oficial público — tabelião — se confere atribuição para escrever escritura de testamento; só a êle, pessoalmente, é lícito funcionar nas escrituras realizadas fora de tabelionato.

XI — Consequentemente, a menos que realmente tivesse havido impedimento temporário do tabelião e fôsse feita a sua substituição por designação prévia (Vide — *O Machado* — “Guia dos Tabeliães”, segunda edição, § XL), o escrevente não podia escrever o testamento, na única qualidade admissível, e que não tinha, de — tabelião interino (vide — Ferreira Alves — *Leis da Provedoria*, § 85). Resulta daí que o testamento por essa forma escrito é como se não existisse e, sendo assim, foi preterida uma das formalidades extrínsecas essenciais, exigidas *ad solemnitatem* (Código Civil — art. 145, n. IV, combinado com o art. 1.632; Acórdão do Tribunal de Justiça — S. Paulo, de 20-3-1906, in “S. Paulo Judiciário”, vol. 10, pag. 96),

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

o que importa em nulidade absoluta (Amezagua, “De Las Nulidades en General” — pag. 126, n. 103).

XII — Tal nulidade, para ser decretada, não depende de ação devendo o juiz declará-la, desde logo, uma vez que do próprio instrumento se verifica o vício que o invalida, denegando-se o — cumpra — ao testamento que o contém. (Ferreira Chaves, *Op. citada*, § 49; Pereira de Carvalho, *Primeiras Linhas sobre o Processo Organológico*, § 87).”

Em face de tais esclarecimentos sobre a legislação vigente no Estado do Rio de Janeiro, ordenou o M. M. Juiz que fôsse ouvida de novo a Curadoria de Resíduos, a qual, já agora representada interinamente pelo Dr. **Hermenegildo de Barros Filho**, assim se pronunciou:

Parecer do Curador de Resíduos — Dr. Hermenegildo de Barros Filho

“São as seguintes as disposições do artigo 78 e alíneas 1.^a e 2.^a do Decreto n. 4.824, de 22 de novembro de 1871: “Artigo 78 — Os tabeliães de notas poderão fazer lavrar as escrituras por escreventes juramentados, subscrevendo-as elas e carregando com a inteira responsabilidade. Exceptuam-se as seguintes, que pelo próprio tabelião devem ser lavradas: 1.^o — as que contiverem disposições testamentárias; 2.^o — as que forem de doação causa mortis. Em geral, as que houverem de ser lavradas fora de cartório.”

A legislação do Estado do Rio de Janeiro não diverge do que estabelecia o citado artigo 78 da Reforma Judiciária do Estado (lei de 20 de dezembro de 1912), reproduziu o art. 78 do decreto de 1871, tendo também reproduzido as exceções do mesmo artigo, mesmo literalmente, pois aí se diz que pelo próprio tabelião devem ser lavradas as escrituras que contiverem disposições testamentárias, as que forem de doação causa mortis e, em geral, as feitas fora do cartório. Estas disposições se acham em vigor, porque nenhuma lei posterior as revogou.

Ora, trata-se de testamento e testamento lavrado fora do cartório, não pelo próprio tabelião Apolinário de Moraes Rattes, mas por Anaxagoras Rattes, que é apenas “escrevente de justiça”. O próprio testamento consigna: “..... as quais (as testemunhas)

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

assinam comigo Anaxagoras Rattes, escrevente de justiça, que escrevi estas disposições... às vistas do titular. E eu, Apolinário de Moraes Rattes, tabelião, subscrevo, dou fé e assino em público e raso.”

Anaxagoras não era sequer escrevente de justiça que poderia ser nomeado “substituto”, nas faltas ou impedimentos legais do tabelião, como permite o artigo 54, § único, do Dec.-lei do Estado do Rio, n. 77, de 28 de fevereiro de 1940. **ELE não funcionou como substituto** (dado que tivesse nomeação para êsse fim), na falta ou impedimento legal do tabelião, tanto que êste se achou presente ao ato do testamento, como do mesmo ficou constatado de modo expresse.

Conclue-se, portanto, que o testamento com que faleceu José Ferreira de Mello, não está em condições de merecer o “cumpra-se e registre-se” para que possa ser devidamente executado. Falta-lhe o requisito essencial de haver sido escrito e lido às testemunhas por oficial público como é exigido, sob pena de nulidade, pelo art. 1.632 e art. 1.634, § único do Código Civil. É o meu parecer.”

Quiz, ainda, o ilustre titular da 2.^a Vara de Órfãos, Dr. Eduardo Espinola Filho, ouvir o parecer do 2.^o Inventariante Judicial, Dr. Armando Dias Maia, que, com a costumada proficiência, demonstrou exuberantemente a imprestabilidade jurídica do instrumento.

Parecer do Inventariante Judicial — Dr. Armando Dias Maia

São seus argumentos:

“No tratado dos Testamentos e Sucessões de Gouvêa Pinto acomodado no Fôro do Brasil por Teixeira de Freitas, ed. 1881, lê-se no § 68: — “Testamento público é o escrito: — 1.^o — por tabelião, em seus respectivos Distritos; 2.^o — por escrivães do Juízo de Paz, também em seus respectivos Distritos; 3.^o — por autorizados a funcionar como tabeliães.”

Ainda cita Gouvêa Pinto — cap. 5, § 1.^o: “O testamento público, além da fé, e autoridade que recebem por ser feito pela pessoa pública do tabelião, deve ter etc.”

Carlos Maximiliano ensina no seu Dir. das Sucessões, Ed. 1937, no número 368 — “Testamento público, solene ou aberto é o instrumento em que um oficial público exara a última vontade de um indivíduo, conforme o ditado ou as

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

declarações espontâneas dêste na presença de cinco testemunhas” — e no n. 369 explica: — “O Projeto do Código Civil de Clovis Beviláqua determina no artigo 1.803, que o testamento público fôsse escrito por tabelião em seu livro de notas. A Comissão Revisora presidida pelo Ministro da Justiça preferiu atribuir tal incumbência a — Oficial público. Esta linguagem mais genérica prevaleceu no texto definitivo do art. 1.632, e abrange todos os funcionários habilitados a lavrar um ato de última vontade: os notários, ou tabeliães, dentro dos limites das cidades e vilas; os escrivães distritais, ou de paz, nos distritos rurais, e autoridades consulares, investidas de atribuições tais por lei nacional.” E após afirmar que na Alemanha o ato pode ser lavrado perante o Juiz por escrivão que sirva junto ao mesmo, prossegue: “Enfim, a competência de funcionários judiciários para lavrar testamentos é de Direito estrito, explicitamente outorgada por lei regional, nos países de sistema federativo.”

No n. 370 é ainda mais explícito o eminente autor: “Não tem valor o ato lavrado pelo escrevente, muito embora encerrado e subscrito pelo notário; só êste pode funcionar, de princípio ao fim.”

O auxiliar faz testamentos quando substitue seu chefe, isto é, quando nomeado tabelião interino. Atribuía-se outrora ao escrevente juramentado a faculdade de colaborar na feitura de atos de última vontade, mas explicitamente o decreto 4.824 de 22 de novembro de 1811, no art. 78 vedou semelhante prática”; oficial público com funções de tabelião ou notários são a nosso ver a mesma cousa, pois são êles os que exercem algum cargo ou função delegada pela sociedade.

Como se vê os tabeliães ou notários, podem escrever o testamento público, e os escrivães distritais, ou de paz e as autoridades consulares, quando por lei estão investidos ou

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

autorizados para tal fim. No Brasil, desde 22 de novembro de 1811, que se vedou a prática dos escreventes juramentados escreverem o testamento público. Na Capital da República, a partir de 1811, pelo citado decreto 4.824, foi defeso aos escreventes juramentados escreverem os testamentos públicos e posteriormente pelo art. 78, 2.^a alínea do dec. 4.824 de 22 de novembro de 1871, foi conferido exclusivamente aos tabeliães a faculdade de lavrar escrituras que tivessem de ser assinadas fora do cartório, preceito este mantido pelo decreto 9.428 de abril de 1885, pelo Decreto 3.084 de 5 de novembro de 1898, parte segunda, art. 265, letra c, e pelo decreto 16.273 de 1923 (art. 176), alterado agora pelo artigo 210, parágrafo único do Dec.-lei 8.527 de 31-12-45, mas mantida a proibição em relação às disposições causa mortis.

— 35 —

Pontes de Miranda, no seu Tratado dos Testamentos no vol. II à pag. 66, tratando da essencialidade dos requisitos do art. 1.632, afirma: “Tudo que no artigo 1.632 se exigiu é insuprível e torna a cédula negócio formal; se alguma exigência não se satisfaz, não vale o testamento”.

No Estado do Rio, como se verifica de fls. 9 a 17, a exemplo do que acontece no Distrito Federal, a legislação não atribue ao escrevente juramentado a função de oficial público, ou mesmo as relativas às disposições causa mortis. A questão, portanto, cinge-se à forma externa e é ainda Carlos Maximiliano que, no n. 63 da sua citada obra, ensina: “o onus da prova em relação à forma incumbe àquele que apoia as suas pretensões no ato de última vontade; essa prova ressalta do próprio testamento — *ex propriis verbis testamenti, non extrinsecus*; não pode ser suprida por meio de outro documento ou testemunhas. Ressaltará exclusivamente do contexto.”

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

A fls. 26, juntou o ilustre testamenteiro várias certidões extraídas do livro de compromisso de funcionários do Juízo da Comarca de Barra Bansa, mas em nenhuma delas se afirma estar o escrevente que escreveu o testamento público, a que se refere a certidão de fls. 4, no exercício de tabelião no dia 31 de março de 1946, data em que o testamento foi elaborado, e isso mesmo não seria possível, dado que do testamento impugnado consta estar o tabelião Apolinário de Moraes Rattes, no exercício do cargo de tabelião.

À vista do exposto, não tenho elementos para contrariar a opinião do ilustrado Órgão do Ministério Público, o Dr. Curador de Resíduos, a quem a lei incumbe especialmente de promover as medidas necessárias à execução dos testamentos (art. 148, n. 4 do dec.-lei n. 8.527 de 31-12-45).

Devo ainda salientar que o ilustrado testamenteiro na petição de fls. 26 *in fine*, pretende do M. M. Juiz faça prevalecer o testamento em questão, como um testamento particular para ser homologado e conseqüentemente cumprido. Não me parece exista esta possibilidade, porque um dos requisitos essenciais do testamento particular, é, segundo o art. 1.654 do nosso Código Civil: “I — que seja escrito e assinado pelo testador”; circunstância, essa, assinalada pelo próprio Carlos Maximiliano em nota à sua própria afirmativa exarada no n. 365 *in fine*, dizendo: “Pelo Direito atual é mais fácil o testamento cerrado prevalecer como particular”. Esta pretensão só seria possível no regime anterior ao Código Civil quando em vigor a Ord. liv. 4 n. 80, § 3.º; Carlos Carvalho — *Dir. Civ.*, art. 1.765 e Teixeira de Freitas, *Cons.* artigo 1.060. É o que me cabe dizer somente em obediência ao respeitável despacho de fls. 25.”

Foi quando a reclamante, pelo seu advogado, teve ensejo de verificar a ocorrência de fato gravíssimo na apresentação do traslado do testamento, de natureza a

caracterizar a prática de fraude que a lei penal conceitua como crime de ordem pública: o traslado da escritura pública do testamento em questão não conferia com o original constante do livro de notas, fôra alterado em ponto fundamental. Trouxe, assim, ao conhecimento do Juízo a prova imediata da ação delituosa da autoria do apresentante no propósito evidente de ocultar à Justiça motivo de nulidade substancial da escritura, o que vinha reforçar, com novo fundamento, a procedência do parecer do Ministério Público, quando, por iniciativa própria, suscitara a nulidade do testamento. Dirigiu, então, ao M. M. Juiz uma petição concebida nestes termos:

O escrevente não era substituto. Traslado alterado fraudulentamente para ocultar nulidade que a escritura contém

“1. — Mal satisfeito manifesta-se o apresentante dêsse documento público da fraude, a que vem querendo emprestar força de testamento, com a intervenção esclarecedora da suplicante, secundando a iniciativa e a ação da Curadoria de Resíduos, que, desde logo, por iniciativa própria, demonstrou a desvalia substancial do ato e a impossibilidade legal de lhe ser concedido o “cumpra-se”. É natural o seu desagrado. Mas não impedirá que a suplicante, a quem não se pode recusar o direito de intervir em tudo quanto se relacione com a defesa de seu patrimônio moral e material, rastreando os passos dos ilustres representantes da lei, venha trazer novos esclarecimentos, sem dúvida supérfluos, no tocante à nulidade do testamento, depois dos pareceres dos dois Curadores de Resíduos e do Dr. Inventariante Judicial, que se pronunciaram nos autos, tendo, entretanto, o efeito de revelar aspectos ainda não conhecidos, da maior gravidade, da imprestabilidade jurídica do instrumento público apresentado a êste Juízo.

2 — Posto que sem nenhum alcance as certidões oferecidas pelo apresentante do testamento, querendo fazer com que o escrevente Anaxagoras Rattes, que o lançou no livro de notas do tabelião oficial público, exercia, como substituto ou interinamente, a função de tabelião, no seu impedimento, com elas, mais uma vez dolosamente, pretendeu ocultar a verdade e ilaqueiar a justiça.

Sem nenhum alcance, é certo, porquanto no mesmo instrumento, cujo cumprimento requer, encontra-se a réplica imediata a essa falsidade. Nele está escrito, logo de início, com todas as letras: que o testamento teria sido feito

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

“perante mim, Apolinário de Moraes Rattes, tabelião”, “e, afinal, ‘eu Apolinário de Moraes Rattes, tabelião, subscrevo, dou fé e assino, em público e raso’”. Ora, dado que o escrevente, a 31 de março do ano corrente, tivesse qualquer daquelas qualidades — substituto interino ou tabelião interino — manifestamente não funcionou em nenhuma delas, nem o poderia fazer, porquanto:

— 38 —

a) — no ato do testamento, escrevendo-o, interveiu, como escrevente que é e declara: “eu Anaxagoras Rattes, escrevente, que escrevi”;
b) — substituto interino ou tabelião interino só exerceria a função de oficial público, “nas faltas ou impedimentos legais do tabelião” (Parágrafo único do art. 54 do Dec.-lei n. 77, de 28 de fevereiro de 1940 — Lei de Organização Judiciária do Estado do Rio de Janeiro) o que não ocorreu, pois em exercício pleno do cargo se achava o titular, como do mesmo instrumento se verifica.

Mas, sem nenhum alcance quanto aos efeitos colimados, têm as certidões a virtualidade de documentar os processos maliciosos dos interessados no ocultamento da verdade, para triunfo da fraude e consequente locupletação ilícita. Porque, apresentando-as, pretenderam apoiar uma falsidade: a de ser o escrevente Anaxagoras, ao tempo da lavratura, tabelião substituto ou interino.

Para tanto, ocultaram consciente e deliberadamente o fato de que, cessadas interinidades anteriores, por ter o titular reassumido a função, somente a — 16 de maio de 1946 — foi nomeado substituto interino por portaria do Juiz da Comarca, assinando o compromisso e entrando em exercício no dia 20 de maio de 1946. É o que demonstra a certidão ora apresentada (documento 1), nestes termos: “... Aos vinte dias do mês de maio de mil novecentos e quarenta e seis, nesta cidade de Barra Mansa, Município e Comarca do mesmo nome, ... compareceu o cidadão Anaxagoras Rattes, a quem o Meritíssimo Juiz deferiu o compromisso legal de bem e fielmente exercer o cargo de substituto interino do serventuario do terceiro ofício da Justiça desta Comarca, durante o seu impedimento, cargo para o qual foi nomeado nos termos da portaria de dezesseis do corrente mês, devendo funcionar desta data até o dia vinte de junho do corrente ano...”.

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

“Cai, assim, por terra, o embuste, já de si inoperante, pelo qual o apresentante do testamento quis, sem alcance prático, mas com efeitos morais graves, que tanto o comprometem, convencer o julgador da falsa circunstância, falsa e inócua, de que, a trinta e um de março próximo passado, data do testamento, teria o escrevente Anaxagoras função de oficial público, como substituto interino.”

Por igual, falsa é a alegação de que o citado escrevente seja o substituto do tabelião. Pela lei (§ único do art. 54 do Decreto-lei n. 77, de 28-2-1944) “Um dêses escreventes juramentados poderá ser nomeado ‘substituto’ nos termos do decreto para funcionar nas suas faltas ou impedimentos legais”. Trata-se de nomeação do Govêrno, não sendo atribuição do Juiz fazê-la, senão interinamente. E o substituto do titular do terceiro ofício da Comarca de Barra Mansa é D. Lucília Rattes como se vê declarado em todos os documentos daquele cartório e da presente certidão: “... compareceu dona Lucília Rattes, a quem o Meritíssimo Juiz deferiu a afirmação de bem e fielmente exercer o cargo de substituto do serventuário de justiça do terceiro ofício desta comarca, durante os impedimentos do respectivo titular, para o qual foi nomeada pelo Interventor Federal em dezoito de setembro do corrente ano” (doc. n. 2). Consequentemente, embora em nada alterasse a ineficácia jurídica do ato, porquanto, presente o tabelião, intervindo nele como tal, não o estaria substituindo “nas suas faltas ou impedimentos legais”, a alegada circunstância é absolutamente falsa: Anaxagoras só assumiu a função de “substituto interino” cerca de dois meses depois de ter escrito o testamento.

3 — A fraude, neste particular, tem, porém, expressão meramente intelectual. Mentiu o apresentante do testamento, é certo. Mentiu sôbre fato, que pensou manter encoberto, graças à confusão de certidões incompletas, no pressuposto de que suas atividades matreiras não seriam devidamente policiadas. Mentiu alvarmente, sem possibilidade de eficácia, por isso que a contradizê-lo estava nos autos o próprio instrumento por ele apresentado. Mas até aqui, trata-se de caso vulgar de fraude no processo — e nada mais.

4 — Onde a torpeza assume proporções desmedidas, na revelação de capacidade delituosa pouco comum, é, porém, no ato mesmo da apresentação do testamento, trazendo a Juízo, com o objetivo de lograr o “cumpra-se”,

UMA CERTIDÃO FALSA em ponto fundamental, na qual FORAM ALTERADOS DIZERES da escritura pública de que emana, consoante está lançada nos livros de notas do tabelião.

5 — Em verdade, quando o eminente Dr. Curador de Resíduos repeliu como imprestável o testamento, tinha diante dos olhos para seu exame e parecer, um documento falso, preparado criminosamente afim de não mencionar um dos vícios mais graves da formação do ato, dos muitos que o invalidam. Certo, não logrou maior resultado o expediente criminoso, porquanto, a despeito da alteração fraudulenta efetuada na certidão, de molde a omitir essa nulidade, impossível foi evitar a revelação de não ter sido escrito o testamento pelo oficial público — o que bastava para o seu repúdio.

6 — Mas o crime foi consumado, em todos seus elementos constitutivos físicos e morais. Ei-lo: No livro de Notas n. 2, a folhas oitenta e um verso do terceiro ofício da Comarca de Barra Mansa, Estado do Rio de Janeiro, encontra-se escrito o testamento atribuído a José Ferreira de Mello, cujos dizeres se alongam pela página seguinte (folhas oitenta e dois) e onde se lê, afinal: “Eu, Anaxagoras Rattes, escrevente que escrevi, **DITADO PELO TITULAR**”.

Prova-o, sem possibilidade de qualquer dúvida, a certidão fornecida por aquele cartório, no dia 10 de abril de 1946, subscrita pelo substituto legal do tabelião, Lucília Rattes (doc. n. 3). Mais. Revela-o, como se fôra a realidade objetiva das próprias páginas do livro, que se transpõem para estes autos, a certidão fotocópica do testamento na íntegra, que ora se apresenta, devidamente conferida e achada conforme o original pelo atual substituto interino, em exercício — Anaxagoras Rattes (doc. n. 4).

Por esta fotocópia, verifica-se que além de encontrar-se no testamento a declaração mencionada — “ditado pelo titular” — de que já nos dava notícia a certidão fornecida pelo substituto legal (doc. n. 3), existe ainda uma ressalva expressa:

“RESSALVANDO A EMENDA ‘DITADO’, de punho e letra do oficial público.”

Pois bem. Conhecendo o apresentante do testamento que constitui requisito essencial de sua formação, quando feito por instrumento público, que seja DITADO ou declarado pelo testador (art. 1.632, n. 1 do Cod. Civil),

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

a circunstância de constar da própria escritura que o fôra, não pelo testador, mas pelo tabelião, bem o compreendeu, era de natureza a não lhe autorizar a menor esperança em obter fosse ordenado o seu registro e cumprimento.

E, para ocultá-la, não trepidou em recorrer à prática de um crime: obteve lhe fôsse fornecida a certidão do testamento que apresentou, como traslado fiel do original, na qual, onde está escrito no livro de notas:

“DITADO pelo titular”

fez substituir pela locução

“ÀS VISTAS do titular”.

7 — Assim, tentando emprestar vitalidade àquela peça nula e criminosa, para consumação do plano diabólico contra a honra e o patrimônio da Suplicante, de que esse testamento é não só *magna pars*, mas representa, em si mesmo, todo o objetivo e a própria razão de agir, a equipe astuta e audaciosa que o concebeu e o vem realizando sob a douda orientação do apresentante, executou com rara exatidão, no seu conceito legal, o crime previsto no art. 299 do Código Penal:

Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar ou nele inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita com o fim de criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

E a ação delituosa desenvolve-se e completa-se, ainda, pela forma prevista no art. 304 do Cod. Penal:

“Fazer uso de quaisquer dos papéis falsificados ou alterados a que se referem os arts. 297 e 302”.

8 — Vai a Suplicante, pelos meios legais, provocar a ação da Justiça Pública, que a gravidade do fato reclama contra todos os autores de tais crimes, em obediência a um dever indeclinável de ordem social.

9 — Nesta oportunidade, porém, revelando a V. Excia. a ação delituosa que se comprova pelo simples confronto dos dois documentos — o testamento apresentado e o testamento real — isto é, a falsa certidão trazida a juízo e a certidão fotocópica de páginas do livro em que foi lavrado, quer, apenas, demonstrar a existência de *outro motivo legal impeditivo do registro solicitado*, que só escapou à vigilância do eminente Curador de Resíduos porque o crime foi praticado precisamente com a finalidade de evitar que ele

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

o conhecesse, sendo para isso alterada a verdade no documento público submetido ao seu exame.

10 — Em conclusão:

a) — o instrumento apresentado a juízo, como sendo o traslado da escritura do testamento, é falso em ponto fundamental;

b) — o testamento, conforme se encontra no livro de notas do tabelião do 3.º Ofício de Barra Mansa, e nele expressamente se declara:

I — NÃO FOI ESCRITO PELO OFICIAL PÚBLICO.

II — NÃO FOI DITADO PELO TESTADOR, MAS SIM, PELO TABELIÃO.

II — É matéria de simples verificação objetiva. Flagantemente, vê-se no testamento que ele não encerra requisitos legais, que representam formalidades extrínsecas essenciais, exigidas *ad solemnitatem*, o que importa em nulidade absoluta, da natureza daquelas que JAPIOT define: “*c’est le neant*” — o nada jurídico.

Tal nulidade, “não depende de ação, uma vez que a prova exibida demonstre desde logo o vício que invalida o aludido instrumento. Nesta hipótese, deve ser *incontinenti* pronunciada denegando-se o — cumpra-se — ao testamento que a contém.

“.....

porque ao Poder Judiciário não compete senão cumprir a lei, quaisquer que sejam as suas consequências.”

(Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, 28 de março de 1906).

— BENTO DE FARIA — “Pareceres”, vol. 11, págs. 458-459.

Nula, em geral, a escritura pública escrita por escrevente, fóra do cartório

CARLOS DE CARVALHO, consolidando as disposições de nosso direito sobre a matéria, pôde escrever em 1899:

“Os tabeliães de notas poderão mandar lavrar as escrituras pelos escreventes devidamente habilitados subscrevendo-as, porém, e carregando com inteira responsabilidade.”

Exceptuam-se as seguintes, que serão exclusivamente lavradas pelos tabeliães:

a) — as que contiverem disposições testamentárias;

b) — as que forem de doações *causa-mortis*;

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

c) — as que houverem de ser lavradas fora do cartório;
(art. 259 e parágrafo único da “Nova Consolidação”).

E, aliás, o que de modo expresso prescreve a lei de 1871, fonte de competência dos escreventes de cartório.

Quando, portanto, uma escritura pública de testamento tenha sido lavrada por um escrevente de tabelião ou, qualquer que seja a sua natureza, fora do cartório, é claro que o ato deixou de revestir a forma especial determinada em lei, de onde a sua nulidade, uma vez que não haja diferente sanção legal contra a preterição da forma. (Cod. Civil, art. 130).

Um instrumento, pois, embora lavrado por notário público competente *ratione loci e ratione materiae*, que se não revista de alguma das formalidades exigidas pela lei, não é o que, em técnica jurídica, se diz: “escritura pública”, porque tal só se reputa o que contém todos os requisitos exigidos.

Ora:

“É canon inconcusso di dottrina, che la mancanza di una formalità imposta dal legislatore *ad solemnitatem* produce la nullità assoluta del negozio giuridico, per cui quella formalità era richiesta (nullum est negotium: nihil actum est). Per la mancanza di essa forma dà luogo ad una nullità, a qualificare la quale ed il suo conseguente effetto, non vi ha bisogno di una speciale ed espressa sanzione della legge; il negozio riesce, per questa mancanza del suo elemento esteriore costitutivo, *ipso iure*, nullo”.

(GIORGI, Obr. vol. I, pág. 331, da 5.^a ed.).

Princípio incontroverso este de doutrina, que, por duas vezes figura no Código Civil brasileiro, como se, pela repetição, lhe quisesse dar o Legislador maior autoridade:

Art. 130. — Não vale o ato, que deixa de revestir a forma especial, determinada em lei.

Art. 145, n. V. — “É nulo o ato jurídico, quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial à sua validade.”

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

Com clareza e síntese, apanágio da sabedoria, o Prof. MENDES PIMENTEL emitiu sobre o tema parecer admirável, que se encontra a fls. 416 do vol. XLV da Revista Forense. São dêle estes conceitos:

“Disponha o art. 78 do dec. 4.824, de 22 de novembro de 1871 que

‘Os tabeliães de notas poderão fazer lavrar as escrituras por escreventes juramentados, subscrevendo-as eles e carregando com a inteira responsabilidade.

Exceptuam-se as seguintes, que, pelo próprio tabelião, devem ser lavradas: 1.º — as que contiverem disposições testamentárias; 2.º — as que forem de doação *causa mortis*; 3.º — em geral as que houverem de ser lavradas fora do cartório.’”

Esse dispositivo foi mantido na legislação imperial, consolidação de 28 de abril de 1885, arts. 28 e 29 e continuou a vigorar no Estado de Minas Gerais, como se vê no art. 239 da lei n. 375 de 19 de setembro de 1903, e do art. 287 do dec. n. 4.561 de 24 de abril de 1916, estando assim redigido êste último:

Aos escreventes de cartório compete...

II — Escrever no livro de notas as escrituras, subscrevendo-as os escrevães, *exceptuadas as que contiverem disposições testamentárias, as que forem de doação causa mortis e todas as que houverem de ser lavradas fora do cartório.*

Instrumento público, em geral, se define aquele que é feito, segundo certas formalidades, por tabelião ou qualquer oficial público autorizado, no lugar onde o ato é lavrado, a lhe atribuir fé pública. (JOÃO MONTEIRO, Th. do Proc., § 134).

Por tabelião ou qualquer oficial público “autorizado”, porque *omnis potestas a lege*; ato feito por oficial não autorizado ou incompetente é radicalmente nulo (JOÃO MONTEIRO, loco citado; RIBAS, Consolid., art. 367 § 1.º; RAMALHO, *Praxe Brasileira*, § 165; RAMALHO, *Prat. Civ. e Com.*, p. 100; PER. E SOUZA — T. DE FREITAS, *Prim. Linhas*, nota 475; P. BAPTISTA, § 143; JOÃO MENDES, *Dir. Jur. Brasil.*, p.p. 220-221, 2.ª ed. *passim*).

III

O DESPACHO QUE MANDA CUMPRIR O TESTAMENTO

Dir-se-ia impossível, nessas circunstâncias, a quem quer que fôsse, ainda o menos versado na matéria, deixar de reconhecer a deformidade congênita do testamento, como nunca talvez tão grosseira se tivesse exibido em juízo.

Não obstante tudo isso, quando, afinal, sobem os autos à conclusão do julgador, entra em férias o titular da Vara, e quem o substitue, reconhecendo embora os fatos provados, nega-lhes os efeitos prescritos em lei, porque, consoante seu juízo crítico, o nosso Código Civil e todo o sistema a respeito estão errados, são velharias desprezíveis, que não podem sobrepor-se ao pensamento emancipado de um juiz moderno.

Com magnífico desassombro êle alça o vôo condoreiro às regiões estratosféricas do *direito novo* e, à maneira de um *anjo rebelado*, nega a Lei e não se submete a sua filosofia

A *ratio decidendi* do seu despacho revolucionário, em resumo, encontra-se integralmente nestes períodos de ouro:

“O direito moderno não põe embaraços à manifestação da vontade”.

“Os requisitos do artigo em apreço (1.632) são essenciais, ligados, portanto, à substância do ato, mas não foram criados para dificultar a manifestação da vontade; contrariamente, se destinam a dar à mesma, a segurança, a clareza, o vigor, a precisão que deve ter o grande ato de disposição gratuita do patrimônio, destinado a produzir efeitos justamente numa época em que essa vontade não pode ser reproduzida.”

E adiante:

“Vimos, anteriormente, que em contraposição ao direito antigo, a solenidade hoje é imposta ao ato, substancialmente, em atenção à segurança e precisão da manifestação da vontade.”

Admita-se. Mas êsse não é o nosso direito positivo. E, *servus legis*, a sua rebeldia que seria tolerada como professor, é imperdoável como juiz. Não é, realmente, êsse o nosso direito, a que está êle, pela função, obrigado a aplicar.

“Pouco importa que a vontade resulte indiscutível; não prevalece, uma vez averiguado defeito visceral de forma” (CARLOS MAXIMILIANO, *op. cit.*, n. 360).

PONTES DE MIRANDA que, ao doutrinar sobre o tema, teve a previsão do caso em exame, sentenciou:

“Se o juiz, em casos regidos pelos arts. 1.632–1.637, deixa de declarar a nulidade do testamento que a lei tem por nulo,

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

VIOLA DIREITO EXPRESSO e abre precedentes de graves consequências sociais. NÃO TEM ELE NENHUM PODER PARA, EM TAIS ASSUNTOS, FAZER DIGRESSÕES LITERÁRIAS E EQUIDOSAS.” (*Op. cit.*, págs. 39/40).

Formalidades *ad probationem* e *ad solemnitatem*

A diferença — escreveu o Ministro COSTA MANSO, em “Nulidade de Testamento” págs. 9/12 — entre a forma estabelecida *ad probationem* e a que a lei prescreve *ad solemnitatem* é, principalmente, a seguinte:

a) — No 1.º caso, a forma é livre. A preterição das formalidades prescritas acarreta a nulidade do *instrumento*, mas não a do ato jurídico. Decidir-se-á, unicamente, que o interessado não provou, por meio do instrumento, o que alegara. Em consequência, é lícita a produção de prova de outro gênero.

b) — No 2.º caso, a forma é *essencial*. Faz parte da substância do ato. Confunde-se, por assim dizer, com o próprio ato. Não pode ser suprida por outra prova. Ou o ato é revestido das formalidades prescritas, e é valioso; ou falta um dos requisitos legais, e é irremediavelmente nulo, *embora se demonstre, por outro modo, que o instrumento exprime a vontade da parte, que o fez elaborar*.

Seria, portanto, manifestamente contrária ao direito expresso a decisão em que, apreciando o juiz um testamento nulo por inobservância de formalidades essenciais, deixasse de pronunciar a nulidade, sob o pretexto de representar êle, em face da prova produzida, a expressão da vontade do testador. Como observa PONTES DE MIRANDA,

—
“pode o testamento exprimir a vontade do testador, mas, por defeito de forma, ser nulo. O sistema da lei é reconhecer a vontade do testador e não o testamento. Por isso, dá ação contra o oficial público por faltar formalidade, ou não se mencionar alguma delas: a cédula nula representa a vontade do testador PARA O SÓ EFEITO de dar aos contemplados a ação civil contra o oficial”. (*Unitas Actus*, p. 41).

CARLOS MAXIMILIANO, *op. cit.*, n. 360, corrobora:

“Conclue-se do exposto caberem às formas três efeitos: *probatório, acautelatório e executório*; pois constituem a

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

melhor prova da última vontade; abroquelam as disposições contra a fraude, e servem de instrumento ou base para ser executado o que o hereditando verdadeiramente quiz. Não existem, pois, como simples meios de prova (*ad probationem*) porém como requisitos substanciais, indispensáveis à existência mesma do ato (*ad solemnitatem*). Portanto, a consequência da preterição de qualquer das formalidades prescritas para as declarações da última vontade é a *nulidade insanável, absoluta*, de todo o testamento; fica êle considerado como inexistente... Forma preterida, em parte sequer, — testamento inexistente. Os preceitos sôbre formalidade têm interpretação não — restritiva, e sim estrita; observa-se não — mais do que exigem; porém — tudo o que impõem.”

POUCO IMPORTA QUE A VONTADE RESULTE INDISCUTÍVEL, NÃO PREVALECE, UMA VEZ AVERIGUADO DEFEITO VISCERAL DE FORMA.

E transcreve a lição de ENDEMANN:

“Esta (forma) é o *paladium* da liberdade; significa ordem, e só é digno da liberdade quem se adapta a todas as modalidades legítimas das relações da existência.”

Decidindo sôbre nulidade de testamento, pois, o juiz não julga em *hipótese*, e sim, em *tese*. Não aprecia um caso concreto, para mandar que subsista ou deixe de subsistir o testamento, segundo lhe pareça provado ou não provado que o testador quis aquilo que está declarado no instrumento. Limita-se a verificar se as prescrições legais foram ou não cumpridas. No 1.º caso, manda executar o testamento. Declara-o inválido, no 2.º caso. Em ação civil de indenização, intentada contra o oficial público, é que poderá a pessoa contemplada no testamento discutir semelhantes questões. Se provar que foi prejudicada, isto é, que o testador pretendeu realmente beneficiá-la, o dano será ressarcido. No caso contrário, ou seja, quando se apurar que o testamento anulado não representava (como no caso dos autos) a vontade do testador, a ação de indenização será julgada improcedente.

A não ser assim, dois testamentos, elaborados em condições idênticas, poderiam ser julgados de modo diferente, um dêles válido e outro nulo, o que seria

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

converter as formalidades substanciais em acidentais, ou, melhor dizendo, admitir, num caso em que a forma é exigida *ad solemnitatem*, outro gênero de prova! O art. 134 do Código Civil, por exemplo, exige a escritura pública nos pactos antenupciais, nas doações e nos contratos constitutivos de direitos reais sôbre imóveis de valor superior a 1:000\$000. Haverá juiz que considere válido um dêesses contratos, realizado por instrumento particular, porque a prova colhida na demanda evidenciou a sua conformidade com a intenção das partes?

As disposições de última vontade reclamam cuidados infinitamente maiores do que os atos *inter vivos*, e por isso —

“o rigor formal do testamento público foi considerado pelo Código Civil matéria de interêsse público. Não podem os juizes dispensar nele, a título de proteção à vontade dos testadores, porquanto o legislador entendeu ser melhor sacrificar a cédula defeituosa do que salvar a cédula, deixando em risco a liberdade de testar. Não se protege o testador sòmente quando, na dúvida, se opta pela validade do testamento. Também se protege quando, em casos que só o legislador pode apontar, se corta cerce qualquer tentativa de fraude. Se o juiz, em casos regidos pelos arts. 1.632–1.637, deixa de declarar a nulidade de testamento que a lei tem por nulo, viola direito expresso e abre precedentes de graves consequências sociais. Não tem êle nenhum poder para, em tais assuntos, fazer digressões literárias e equidasas” (PONTES DE MIRANDA, *op. cit.* págs. 39–40).

A vontade do testador

Em holocausto à vontade do testador sacrificou o juiz a lei; para fazê-la prevalecer sôbre a forma, não hesitou em repudiar princípios, opiniões, fatos. Só em face dos Códigos, só diante dos pareceres, só frente ao processo, defendeu o seu estranho isolamento, como se lhe fosse dado, a êle, sòmente, dentro dos autos e na literatura jurídica nacional, o privilégio da verdade, fundado no pressuposto de estar ao serviço da vontade do testador, que, segundo êle pensa, as formalidades garantem mas não estrangulam.

Devaneio de poeta...

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

Se lhe fôsse possível descer da tese à hipótese, quanta decepção o aguardaria!

A vontade do testador, neste caso, é uma irrisão macabra.

O testamento foi feito poucas horas depois de ter sido José Ferreira Mello atingido pelas balas homicidas, em grave estado de choque, sob a ação da morfina e do Seconal sódico.

Foi feito, a despeito da enérgica oposição do médico assistente, quando, impossível seria ao testador manifestar sua vontade. Para tanto, querendo os empreiteiros da burla obter a conivência daquele profissional, para acobertá-los da responsabilidade, desmandaram-se na violência e no escândalo, tais o açoitamento, a precipitação da cupidez de que estavam possuídos.

É o que afirma o Dr. Aldovrando de Oliveira, no Relatório junto aos autos do inventário:

“podemos observar que o ferido se achava em grave estado de choque, apresentando diversos ferimentos por arma de fogo.

Em face dêsse quadro não permitimos a visita do tabelião acompanhado de testemunhas, ao que soubemos para lavrar um testamento. Nem consentimos igualmente que o paciente recebesse a visita da Polícia que nos pareceu querer tomar-lhe declarações.”

E êsses deveres tiveram de ser observados entre inúmeras dificuldades entre as quais as criadas pela Polícia e ainda as provocadas pela impertinência do tabelião. Insistia êste para a lavratura do testamento do ferido sob nosso cuidado, o que não autorizamos pois as condições não o permitiam, não só pelo estado de choque, como também sujeito que se achava à ação de injeções de cloridrato de MORFINA na dose de dois centigramas, como ainda de uma cápsula de seconal sódico.

Deu lugar essa nossa atitude de reação exclusivamente profissional e atendendo a um imperativo de nossa consciência de médico, a um forte atrito com o referido tabelião que se achava acompanhado do seu filho

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

Anaxagoras Rattes, Dr. Altair Nogueira, o Promotor Público, Dr. Bellot, em casa do Dr. José Alves Caldeira.

Exigia o tabelião a todo transe que consentíssemos na visita ao doente, em companhia de grupo de pessoas, com o que, pelas razões acima, não podíamos concordar.” (Certidão junta).

Sem embargo dessa resistência do médico, que chegou a um começo de luta física com o tabelião, sem embargo do “grave estado de choque”, “das injeções de morfina na dose de dois centigramas”, “do seconal sódico”, o “grupo” dirigiu-se à Santa Casa e o testamento se fez, “escrito pelo escrevente”, “ditado pelo tabelião”, mas com tais vícios substanciais, e quantos os tivesse, mandou cumpri-lo o juiz... por amor à vontade do testador. É realmente uma irrisão macabra.

O Relatório do médico assistente em todas as circunstâncias nele referidas, está confirmado pelos depoimentos prestados perante o Juiz de Barra Mansa, no processo crime, pelas pessoas aí invocadas:

O Delegado de Polícia,

Dr. Altair Nogueira,

Dr. José Alves Caldeira.

Declara o último:

“no dia 31 de março, que era um domingo por volta das treze horas, estando o seu colega em sua casa, Dr. Aldovrando de Oliveira, foi êle procurado por um filho do tabelião Rattes, desta cidade, dizendo-lhe que o Dr. Altair Nogueira da Silva precisava falar-lhe; cêrca de quinze minutos mais tarde chegaram à porta da residência dêle, depoente, o Escrivão Rattes, o Promotor de Justiça, Dr. Bellot e o Dr. Altair Nogueira da Silva e mais outras pessoas;

que tendo o tabelião Rattes se entendido com o Dr. Aldovrando de Oliveira, no sentido de permitir sua entrada na Santa Casa local afim de fazer o testamento do Snr. Ferreira de Mello, que lá se encontrava internado, em virtude de ferimentos recebidos, respondeu o Dr. Aldovrando que isso não era possível, em virtude de se

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

encontrar o mesmo sob ação de morfina; ‘nessa ocasião houve forte troca de palavras entre o médico e o tabelião, tendo sido ambos acalmados pela interferência do Dr. Promotor e Dr. Altair Nogueira da Silva; em seguida, retiraram-se de automóvel, ficando ainda, por alguns momentos, em sua residência, e o Dr. Aldrovando, o Dr. Altair Nogueira da Silva’.”

(Certidão junta).

No mesmo sentido, depõe o Dr. Altair:

“quando iniciava conversa com o referido médico, à porta da casa do Dr. José Alves Caldeira, chegaram o referido Dr. Bellot e o escrivão Rattes tendo este imediatamente se dirigido ao Dr. Aldovrando recriminando-o por não ter anteriormente concedido a sua atualização; “houve um ligeiro incidente por palavras entre aquele facultativo e o apontado escrivão, sendo certo que o Dr. Bellot e o depoente imediatamente intervieram e obtiveram a cessão do mesmo”.

(Certidão junta).

Note-se: a ocorrência se verificou “por volta das treze horas” do dia 31 de março — *três horas após o “testador” ter sido atingido por cinco tiros de revólver.*

Pois bem. Êste homem, cuja “vontade”, em tais condições, seria tão forte que, para respeitá-la, o M. M. Juiz não hesitou em repudiar todo um sistema de direito positivo, tão “livre” e tão “espontânea” que lhe justificaram a subversão da ordem legal do processo, — *vinte e sete horas depois* ainda não tinha se libertado completamente dos efeitos do “grave estado de choque”, das “injeções de morfina”, e do “Seconal sódico”, como esclarece o Delegado de Polícia, Tenente Camara, que procedeu ao inquérito, no seu impressionante depoimento prestado perante o juiz de Barra Mansa.

Eis como depõe o Tenente Luiz Soares Camara:

“No curso do dia 31 de março, logo após ouvir as testemunhas do flagrante, o depoente procurou ouvir a vítima, o que não lhe foi permitido, por proibição médica, sob alegação de que não se achava em condições de depor,

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

em consequência da ação da morfina; INSISTINDO o depoente não só durante o referido dia 31, como na noite desse dia e no dia seguinte, 1.º de abril, para tomar tais declarações, no que não foi atendido pela referida razão; ficando então combinado que do hospital o avisariam logo que os médicos entendessem que a vítima ESTAVA EM CONDIÇÕES DE FALAR;

que isso se deu, cerca de quatro horas da tarde (1.º de abril), e logo que foi avisado para aí se dirigiu... na ocasião de tomar as declarações da vítima esta achava-se profundamente deprimida, as suas palavras eram ouvidas a custo, necessitando chegar o ouvido muito perto dela, as suas frases eram interrompidas constantemente e sem a necessária concatenação; estando presente o Dr. João Climaco da Silva, diante da dificuldade da vítima em exprimir-se, êste, a todo momento procurava insinuar as respostas, pretendendo ditá-las diretamente ao escrivão, com o que não concordou o depoente.

.....

por ocasião da assinatura do depoimento, a vítima não conseguiu controlar os movimentos, de modo a lançar a sua assinatura, pelo que o depoente trouxe o livro para servir de base ao papel onde deveria assinar, procurando uma posição cômoda, mas ainda assim não foi à vítima possível fazê-lo sozinha; pelo que o Dr. Climaco segurou-lhe a mão de modo a que pudesse escrever”.

(Certidão junta).

E Afonso Diniz, testemunha que subscreveu as “declarações” da vítima, confirma o fato e esclarece mais ainda:

“... o delegado e mais um senhor calvo, moreno, procuravam auxiliar a vítima afim de que ela assinasse um papel;

apesar de terem-no colocado recostado ao leito em frente a um livro onde se encontrava o referido papel, a vítima não

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

conseguiu lançar a sua assinatura sozinha, pelo que aquele senhor moreno segurou-lhe da mão afim de auxiliá-lo, observando o depoente que apesar do auxílio a vítima não conseguiu prender a caneta com firmeza, não tendo contrôlo dos movimentos;

o mesmo senhor moreno, alegando que não estava boa mas muito trêmula, quis trazer outro papel para tentar nova assinatura, com o que não concordou o delegado dizendo que aquela mesma servia.”

(Certidão junta).

Se vinte e sete horas após a ocasião em que se lhe atribue ter feito testamento, eram, ainda, essas as suas condições psíquicas, cujo quadro, descrito pelo delegado e pelas testemunhas, exclue a possibilidade da manifestação livre e espontânea da vontade, que dizer àquele momento, quando, ainda em pleno estado de choque e sob a ação desintegradora da síntese mental, decorrente dos medicamentos a que o submeteram?

Mal avisado se houve, pois, o juiz *a quo*, abandonando o rumo que lhe traçava a lei, em face da preterição das solenidades essenciais, para orientar-se no sentido da ficção de uma vontade, que na espécie, se subordina à forma, e no caso, realmente, não representou a do testador mas as dos interessados em sua sucessão, transformando-se em herdeiros.

A mão que lhe dirigiu os movimentos para simular uma assinatura nas declarações do inquérito, foi tão hábil como o espírito que presidiu à tragi-comédia dessa lavratura de testamento, para a qual não faltaram nem mesmo os episódios escandalosos de domínio público. E pertencem à mesma pessoa...

Se para aqui trazemos a prova imediata dos fatos, outra finalidade não visamos senão a de demonstrar objetivamente o desacerto dos devaneios do juiz, vítima do teorismo das concepções abstratas, que o levaram a rebelar-se contra o direito positivo. Com a prevalência das solenidades sobre a manifestação da vontade, no ato do testamento, funda-se a lei na experiência dos fenômenos reais, afim de cercá-lo de garantias especiais contra a fraude e a mistificação.

O acontecimento ilustra a tese da lei; revela que ainda, entre nós, deve subsistir o rigorismo formal, em tais atos, visto como importa em exemplo eloquente de que o açodamento, a precipitação, próprias da fraude na urgência dos casos pré-agônicos,

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

levam seus agentes à preterição de requisitos, o que sela e documenta o crime, tornando-o inoperante, pela nulidade absoluta do instrumento.

Numa cidade, onde trabalham três tabeliães, só tendo aceitado o encargo o único que não podia escrever o testamento, precisamente aquele de antecedentes criminais comprovados, a circunstância, que determinou a necessidade de ser feito pelo escrevente, não só indica a fraude como a tornou sem eficácia.

Bem haja, pois, ao velho critério do direito brasileiro.

Os defeitos formais, quasi sempre, refletem vícios mais profundos, que se enraízam na substância mesma do ato, relacionados com a sua autenticidade, com a sua veracidade, com a própria capacidade do testador. Na fisionomia deformada do instrumento, via de regra, retrata-se o espírito da fraude que o inspirou. Dificilmente, um testamento verdadeiro, que representa a manifestação da vontade espontânea e livre do testador, deixa de plasmar-se nos moldes legais, não se reveste das formalidades extrínsecas essenciais.

Só as situações anormais explicam a contingência da preterição dos requisitos, cuja omissão invalida o testamento. Muito rara deve ser a hipótese de erro, por desatenção ou ignorância, na realização de um testamento verdadeiro. Neste caso, não há por que desatender às exigências legais. Tudo se pratica com o zelo e a calma próprios dos atos lícitos e espontâneos. O rigorismo da forma jamais prejudiciou a manifestação real da vontade, mas constitui sério embaraço às mistificações fraudulentas, na dependência da oportunidade, da cumplicidade de terceiros, de circunstâncias de local e de momento, que urge serem aproveitadas, de qualquer modo, pelo receio de não se reproduzirem, tornando impossível a realização do testamento em tais condições.

Daí a contingência de não se observarem solenidades essenciais. Não é porque seus autores as ignorem, nem porque as desprezem. É porque não pode ser diversamente. E por isso fazem-no de qualquer modo, na esperança de que haja juiz que mande cumpri-lo, assim mesmo, por amor à vontade do testador...

Erra, pois, o despacho de que se reclama, erra lamentavelmente, na sua crítica de superfície ao princípio legal da prevalência da solenidade sobre a vontade, em matéria de testamento. A lei não é uma concepção abstrata. Regula os fenômenos reais da vida em sociedade e orienta-se pela generalidade dos interesses que atende e disciplina. Pode haver, na aplicação da norma, situações individuais, casos particulares, sobre os quais incida injustamente. É isso inevitável, por maior que seja o acerto da regra. Não lhe

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

retira, porém, a razão de ser, inspirada que é pelo sentido dos interesses gerais, refletindo a observação e a experiência dos fatos, conforme normalmente se realizam.

Ocorre, na espécie, um paradoxo aparente. A nulidade absoluta do testamento por vício de forma, sem indagar-se da perfeição da vontade, se, excepcionalmente, pode prejudicá-la, prevalecendo contra ela, é realmente estatutida em seu benefício, no da sua manifestação real, espontânea e livre, porque a experiência demonstra que a preterição das solenidades substanciais é apanágio da deshonestidade, sendo certo que tais solenidades cercam a manifestação da vontade da maior precisão e segurança. Elas dificultam sobremodo a simulação e a fraude. E como só estas explicam, normalmente, o não preenchimento dos requisitos legais, são de se presumirem onde elas não sejam provadas.

Acresce considerar circunstância relevantíssima: José Ferreira de Mello sobreviveu cinco dias ainda, depois de terem-no feito “assinar” o testamento, “escrito pelo escrevente”, “ditado pelo tabelião”. Nesse período readquiriu a capacidade de testar, pelo reequilíbrio de seu estado mental, livre que ficou do “grave estado de choque”, tendo eliminado o cloridrato de morfina e o seconal sódico. Por que não realizou, então, testamento válido, com observância da lei, ratificando o primeiro, grosseiramente nulo? Por que preferiram os interessados ficar com o instrumento, feito em Barra Mansa, aos trancos e barrancos, na excitação das ocorrências conhecidas, quando fácil lhes seria, aqui no Distrito Federal, obter que ele o fizesse calmamente, lucidamente, legalmente, sem vícios nem suspeitas?

E se sua vontade, livre e espontânea, fôra efetivamente manifestada, por que não cercá-la da garantia da forma válida, podendo fazê-lo, ao invés de sacrificá-la no testamento juridicamente inexistente?

Ignorância? Não. O testador vinha sendo assistido por advogados habilíssimos.

Que respondam a tudo isso os Drs. João Climaco da Silva — 1.º testamenteiro — José Fontes Torres — 2.º testamenteiro — e Antonio Bellot de Souza, promotor público interino, que se colocou à frente do grupo para invadir a Santa Casa contra as ordens do médico assistente.

Todas estas considerações sobre as circunstâncias reais em que se teria feito o testamento, de comprovação imediata, nada têm a ver com o aspecto formal do ato — único que interessa à questão da nulidade decretada imperativamente no art. 1.634 do Código Civil — mas colimam o objetivo de demonstrar, com o exemplo eloquentíssimo

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

do próprio caso em apreciação, o quanto desacertada é a rebeldia do juiz, insurgindo-se contra a lei, no pressuposto de servir à manifestação da vontade.

Ditado e declarações

Desejando o juiz fazer convalescer *à outrance* o ato nulo, o aleijão sem viabilidade, cometeu inacreditável inversão de lógica e de técnica, em matéria de prova. Com efeito, ninguém discute que, até demonstração em contrário, há de prevalecer o livro de notas do tabelião sobre certidão dele extraída em desacôrdo com seus dizeres.

No livro do Tabelião Rattes, conforme prova fotostática, devidamente conferida, que não sofreu contestação, consta que o testamento foi “ditado pelo titular” e não pelo testador. Pois bem. O juiz *a quo*, diante do traslado fraudulento oferecido em juízo, com substituição dessa parte, a fim de encobrir a nulidade, sustenta que deve ser feita investigação *aliunde*, a fim de saber-se se é verdadeiro o livro ou... o traslado. Assim, para êle, no conflito entre o *original* e a *cópia*, entre o objeto e a fotografia deformada, as últimas invalidam os primeiros, tornando-os incertos até que se investigue pericialmente qual deles traduz a verdade.

É a suprema inversão. Desaparece a presunção de verdade, *sit et in quantum*, da escritura pública, só destruída pelos meios ordinários de anulação, para, em seu lugar, suspender-se a força probante do que nela está escrito, na dependência de ter sido, realmente, redigida nos termos em que está elaborada.

Mas, queira ou não, o ilustre Juiz, a escritura, o livro de notas, declara que foi o testamento *ditado pelo tabelião*.

E basta.

Não nos é lícito, em face do instrumento público do testamento, em que se lê ter sido êle “ditado pelo titular”, pô-lo em dúvida, retirar a força probante do seu texto, como está escrito, só porque um interessado exibiu traslado diferente do original, alterado nessa passagem, no propósito claríssimo de ocultá-la ao conhecimento da Justiça, perante a qual devia produzir efeito. A prevalecer semelhante doutrina, seria o triunfo da má fé, o regime da insegurança para os atos mais solenes da vida civil, para aqueles, precisamente, que a lei quiz cercar de maiores garantias, prescrevendo a escritura pública como condição de sua validade. Uma certidão inexata, obtida por fraude, teria a virtualidade de infirmar a escritura, sujeita que ficaria esta aos meios ordinários de comprovação, no sentido de esclarecer qual delas a verdadeira, qual delas haverá de prevalecer.

O maior dos absurdos.

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

Verificando-se, assim, que no instrumento há expressa afirmação de ter sido o testamento *ditado pelo tabelião*, nenhuma significação pode ter qualquer certidão que com ela não confira.

Ora, é da essência do ato que quem o dita só pode ser o testador.

“Num dos requisitos essenciais do testamento público é que êle seja escrito por oficial público, de acôrdo com o *ditado ou as declarações do testador*; é nula, pois, essa forma ordinária de testamento, si, em lugar de ditado ou declarações, o testador entregou já as disposições de última vontade ao tabelião que se limitou a copiá-las, ainda que lhe tenha sido afirmado pelo testador como expressão da sua vontade.”

(Acórdão do Trib. de Apelação do Estado de São Paulo, de 1.º de junho de 1934. *Rev. dos Tribunais*, vol. 93, pág. 159).

O art. 1.632, n. I — servindo-nos, ainda, da lição de COSTA MANSO — emprega as palavras “ditado” e “declarações”, quando alude ao modo por que o testador deve manifestar a sua vontade. Daí o se pretender sustentar que *ditar* e *declarar* são cousas diferentes. O contrário é que resulta da letra e do espírito da lei: aquelas palavras foram tiradas como sinônimas.

De fato, depois de, na cabeça do artigo, usar dos dois referidos vocábulo, o legislador, logo no § único, determinou que as “declarações” do testador sejam feitas em língua nacional. Se *declaração* fosse cousa diferente de *ditado*, o parágrafo único repetiria as duas palavras. Do contrário, chegaríamos ao absurdo de afirmar que o Código não permite declarações em língua estrangeira, mas que o ditado pode deixar de ser feito em vernáculo!

Mais, ainda: o art. 1.635 não admite o testamento público de quem não possa fazer de *viva voz* as suas declarações. Logo, a vontade do testador há de ser manifestada oralmente, isto é, por meio de ditado, quer êle vá dizendo de memória o que pretende seja consignado no instrumento, quer se utilize de notas escritas, lendo-as perante o tabelião e as testemunhas. É o que sustentam os mestres e exige o Supremo Tribunal Federal.

À medida que o testador dita ou declara, deve o tabelião, exarar “em seu livro de notas”, dispõe o Código, as respectivas disposições.

“Ouvídas as disposições, o oficial exara uma por uma, em seguida, na presença do disponente e das testemunhas. Devem estas assistir ao ato inteiro, e a lavratura constitue parte integrante e essencial, se não a principal, do mesmo. Por outro

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

lado, quem dita, por força está presente à escrita” (CARLOS MAXIMILIANO, *op. lit.*, n. 383).

“O Direito brasileiro não conhece tomada de notas pelo oficial público, para lavrar depois, ali mesmo ou alhures, o testamento” (PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, pág. 67).

“... não seria de admitir-se que o tabelião ouvisse todo o ditado ou as declarações e só depois, confiado na sua memória, ou nas suas notas, redigisse o testamento” (*Ibid.*, pág. 117, *in fine*).

“O testamento tem de ser escrito à medida que o testador fala, de modo que não é possível tomar notas o tabelião, para depois as lançar...” (*Ibid.*, pág. 118).

Seria uma dupla operação, perigosíssima. Quem dita e ouve ler o rascunho, achando-o exato, pode deixar de prestar toda a atenção à leitura final, depois de efetuada a trasladação do esboço para o livro de notas. As testemunhas, menos interessadas do que o testador, descansarão na fé que lhes mereça o oficial público. E este, intencionalmente, ou por inadvertência, poderá alterar o rascunho, fazendo uso de palavras ou frases que traduzem de modo diferente a vontade do testador. Estudamos os princípios. Não importa que, neste ou naquele caso, o tabelião haja ou não procedido dolosa ou culposamente. O cumprimento das formalidades deve ser estudado, repetimos, em tese, e não em hipótese. Tão nulo é o testamento viciado, em que funcione um tabelião deshonesto, relaxado ou ignorante, como o elaborado, nas mesmas condições, por funcionário competente e acima de toda suspeita. A lei não permite semelhante indagação, que converteria, repetimos ainda, em formalidades *ad probationem, tantum*, as estabelecidas *ad solemnitatem*.

Conclusão

Do exposto, força é concluir pela procedência desta reclamação e correição parcial, para emenda do erro e do abuso que representa o despacho do juiz em exercício na 2.^a Vara de Órfãos e Sucessões, mandando registrar, inscrever e cumprir o testamento atribuído a José Ferreira de Mello. A inversão tumultuária da ordem legal, sem recurso específico, não é tão grave nos incalculáveis prejuízos materiais e morais, que causa à reclamante, quanto o é em relação à ofensa aos princípios consagrados no direito pátrio, quer no Código Civil, quer no Código de Processo.

Não se traduz, apenas, por um erro na aplicação da lei. Mas, numa atitude de rebeldia em face da lei: é a recusa formal em aplicá-la, é a expressa insubmissão às

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

suas normas, é a afirmação categórica de que deve ceder, como letra morta, ao império do arbítrio inspirado pela crítica ao seu sistema.

Restaurando a ordem legal do processo que impõe ao juiz para mandar cumprir um testamento — para “processá-lo” (art. 529 do Cód. de Proc. Civil) — a condição de verificar

“se estão preenchidas as formalidades legais”, o Egrégio Conselho de Justiça, por igual, restabelecerá o princípio da nossa lei civil que, na espécie, erige a *forma* em elemento substancial de existência jurídica do ato e

“Esta, segundo o citado conceito de ENDEMANN, é o *paladium* da liberdade; significa ordem, e só é digno da liberdade quem se adapta às modalidades legítimas das relações da existência”.

O Egrégio Conselho de Justiça restabelecerá simplesmente a ordem legal do processo, em face do disposto no art. 526 do Código de Processo Civil que prescreve ao juiz a recusa do registro, inscrição e cumprimento do testamento, se não estiver revestido das formalidades extrínsecas. Fazendo-o, não conhecerá do mérito da questão, no sentido de um prejudgamento quanto à nulidade do instrumento, em instância superior, que poderá ser apreciada pelo Tribunal de Apelação, caso o apresentante do testamento use o recurso de apelação que se lhe faculta.

Assim, cassado o despacho que mandou cumprir o testamento, a despeito de ter o digno prolator verificado e reconhecido a preterição de formalidade a que a lei processual condiciona a ordem de inscrição, registro e cumprimento, a emenda desse erro ou abuso, que tumultúa as fórmulas e atos do processo, consoante a ordem legal para eles estabelecida, o Conselho de Justiça exercerá apenas a sua função administrativa de implantar o império da lei, onde fôr ele subvertido por ato irrecorrível do juiz.

E cassado o despacho ilegal, a decisão terá somente o alcance de fazê-lo subsistir por aquele que deveria ter sido proferido em obediência à disposição imperativa do Cód. de Processo Civil, do qual, é óbvio, decorrerá o prazo normal para recurso, caso entenda de interpô-lo a parte interessada.

Em duas palavras: será administrativamente compelido o juiz a obedecer à lei, que lhe não permitia *processar* (artigo 529) o testamento senão quando revestido das formalidades extrínsecas (art. 526), e dêse novo despacho, por determinação do Conselho, negando o registro, caberá recurso. Nas mesmas condições em que caberia se

Mário Bulhões Pedreira

Advogado

êle o tivesse proferido, espontâneamente, ao lhe serem conclusos os autos, depois de ouvido o Ministério Público (art. 526), como *servus legis*, servindo à Moral e à **JUSTIÇA**.