EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 942.030 - BA (2007/0080097-0)

RELATORA	**:**	**MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI**
EMBARGANTE	:	GERALDO COSTA
ADVOGADO	:	ALANO BERNARDES FRANK - BA015387
EMBARGADO	:	JOSÉ BORGES NERY JÚNIOR E OUTROS
ADVOGADO	:	MARCIA CRISTINA VITA CERQUEIRA DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - BA016276
EMBARGADO	:	ELVIRA ANDRADE BARRETO E OUTROS
ADVOGADO	:	OSVALDO BULHÕES E OUTRO(S) - BA002342

DECISÃO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Geraldo Costa contra decisão proferida pelo Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJAP), que negou provimento ao recurso especial por considerar não configurada violação ao art. 535 do Código de Processo Civil de 1973, ausente o requisito do prequestionamento, incidente o enunciado da Súmula 7/STJ, bem assim que o dissídio jurisprudencial não foi demonstrado.

Diante dos argumentos do ora embargante, reconsidero a decisão embargada e passo a examinar o recurso especial interposto em face de acórdão assim ementado:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE NULIDADE DE TESTAMENTO CUMULAÇÃO COM PETIÇÃO DE HERANÇA E ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO. ILEGITIMIDADE. COISA JULGADA. INOCORRÊNCIA. DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA EM FAVOR DE PESSOA INCERTA. INOCORRÊNCIA. TESTAMENTO. NULIDADE. APELO IMPROVIDO.
>
> A comprovação documental do parentesco confirma a vocação hereditária e a legitimidade dos Apelantes para figurarem no pólo passivo da relação processual em que se busca a nulidade do testamento.
>
> A coisa julgada não se opera em relação àqueles que, a despeito de determinação legal (CC/1916, art. 1646 e CPC 1131, I), não foram citados nem intimados. Inteligência do art. 472, do CPC.
>
> Não se anula disposição testamentária que beneficia pessoa facilmente identificável.
>
> É nulo o testamento não redigido/datilografado pelo próprio testador e cuja assinatura tenha sua veracidade afastada.

Nas razões do especial, sustentou, o ora embargante, em suma, ofensa ao art. 535, inc. II, do Código de Processo Civil de 1973, sob o argumento de que o Tribunal de origem, a despeito da oposição de embargos de declaração, não se manifestou sobre a nulidade da sentença 1) por ter sido proferido por "juízo absolutamente incompetente"; 2) pela existência de contradição entre a fundamentação e o dispositivo; e 3) em razão da valoração da certidão de nascimento das pessoas que alegam ser primas do falecido e não valoração do registro do testamento, a despeito de ambos serem documentos públicos.

Afirmou, ainda, não ter havido deliberação a cerca do entendimento do STJ que, segundo afirma, não exige que o testamento particular seja datilografado; e em relação à "inconsistência entre as duas perícias realizadas e a necessidade de realização de nova perícia". Apontou, ainda, obscuridade "quanto a análise do ônus da prova".

Indicou violação aos arts. 86, 113, 131, 243, 333, 364, 458, inc. II, 1.130, 1.133. do CPC/1973; e 1.645, 1.646 e 1.647 do Código Civil de 1916, sob a alegação de que, tendo sido o testamento particular do falecido confirmado pelo Juízo de Direito da Comarca de Itapetinga/BA, o Juízo de Direito de Itaguaí/BA era absolutamente incompetente para anular" o referido instrumento. Acrescentou que não "poderia uma magistrada de mesmo grau da jurisdição, anular um testamento em que houve o seu reconhecimento judicial em outra Comarca, através do devido processo legal, com oitiva de testemunhas em juízo, parecer favorável do Ministério Público e sentença de magistrado competente".

Aduziu que, ainda que se admita a possibilidade de ajuizamento de ação de anulação de ato jurídico (CPC/1973, art. 486), a medida não poderia ser deduzida perante "Juízo diferente daquele que homologou Ação de Confirmação de Testamento", especialmente diante da circunstância de as autoras da ação de nulidade terem peticionado nos autos da ação de confirmação para suscitar a incompetência do Juízo de Itapetinga/GM, sem, todavia, terem arguido nulidade alguma naquele feito.

Considerou ofendidos os arts. 130, 436 e 437 do CPC/1973, sob o argumento de que os dois laudos periciais existentes nos autos "são conflitantes e contraditórios, que não chegam a conclusão alguma", e foram produzidos por peritos particulares e não pelo órgão oficial do Estado da Bahia, circunstância em que a

"prudência e cautela" recomendam a "necessidade de nova perícia, de forma imparcial e sem as pressões locais".

Assinalou, por fim, que o entendimento do acórdão recorrido encontra-se em dissonância com a orientação do STJ, no sentido de que, não havendo dúvidas de que o testamento foi assinado pelo testador, é possível flexibilizar os seus requisitos meramente formais, a fim de que prevaleça a disposição de última vontade do autor da herança inscrita no documento.

Assim delimitada a questão, anoto, inicialmente, que o acórdão recorrido foi publicado antes da entrada em vigor da Lei 13.105 de 2015, estando o recurso sujeito aos requisitos de admissibilidade do Código de Processo Civil de 1973, conforme Enunciado Administrativo STJ 2/2016.

Observo que o acórdão recorrido manifestou-se de forma suficiente e motivada sobre o tema em discussão nos autos. Ademais, não está o órgão julgador obrigado a se pronunciar sobre todos os argumentos apontados pelas partes, a fim de expressar o seu convencimento. No caso em exame, o pronunciamento acerca dos fatos controvertidos, a que está o magistrado obrigado, encontra-se objetivamente fixado nas razões do acórdão recorrido.

Afasto, pois, a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC/1973, reproduzido no art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015.

Verifico que não tem razão o recorrente no tocante ao argumento de ausência de valoração certidão de nascimento das pessoas que alegam ser primas do falecido e não valoração do registro do testamento, a despeito de ambos serem documentos públicos.

E isso porque as instâncias de origem, a partir do detido exame dos autos, reconheceram demonstrado o parentesco entre os ora recorridos e o falecido, que lhes conferia a condição de herdeiros, e, em consequencia, a legitimidade ativa para o ajuizamento da ação que tem por objeto a validade de declaração de vontade do *de cujus*, supostamente feita em testamento particular, como se observa nas seguintes passagens da sentença (fls. 962-963):

> No caso vertente, as requerentes se dizem primas do falecido Melchiades, posto que possuem, com ascendente comum, .o avô materno Galdilno Nunes Vieira. Tal fato, outrossim, é facilmente

> deprendido dos documentos acostados aos autos, conforme se vê às fls. 24, 25 e 26. Tendo em vista que possuem aquelas, na forma da lei, parentesco em quarto grau de colateralidade, com o *de cujus*, razão coroa os réus, haja vista que a legitimidade das autoras como parte processual encontra-se devidamente lastreada na prova dos autos.
>
> A apontada nulidade dos registros de nascimento das autoras é fato que, também, não merece maiores considerações, posto que, documentos públicos que são, os assentos de nascimento contam om o respaldo da fé pública dos oficiais cartorários, seus eminentes, garantia essa respaldada pelo comando legal do art. 52 da Lei de Registros Públicos.

E do voto condutor do acórdão recorrido (fl. 1.111):

> Das certidões juntadas às fls. 25-28 e 29,verifica-se que as apeladas são irmãs. Da análise da certidão de fl. 24, em cofronto com as de fls. 25/29, depreende-se que o avô do falecido e das Apeladas era a mesma pessoa, Galdino Nunes Vieira. Daí decorre o parentesco entre eles, sendo irrelevante, para fins de constatação de parentesco, a discrepância entre o nome da avó das Apeladas e o do falecido.
>
> Ora, primos que eram do *de cujus*, possuem os Apelados vocação hereditária (CC/1916, art. 1.603, IV).
>
> Vale salientar que não macula a validade dos assentos o fato de não terem sido declaradados pelos pais das Apeladas, pois, além de datarem dos idos de 1940, décadas antes do falecimento do *de cujus*, não trouxeram os Apelantes qualquer prova contrária à veracidade do seu teor. Válidas, portanto, são as certidões consoante se infere do art. 348 do Código Civi de 1916.

A alteração dessa conclusão, portanto, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado no âmbito do recurso especial (Súmula 7/STJ).

Ressalto que o mesmo óbice da Súmula 7/STJ incide em relação ao aos requisitos formais do testamento e à necessidade de produção de novas provas. E isso porque, ao contrário do que afirma o recorrente, o Tribunal de origem admitiu a possibilidade de serem mitigadas as formalidades do testamento, com a finalidade de prestigiar a declaração de vontade do testador, em harmonia com a orientação deste

Tribunal sobre o tema, confira-se:

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA DE CONFIRMAÇÃO DE TESTAMENTO. FLEXIBILIZAÇÃO DAS FORMALIDADES EXIGIDAS EM TESTAMENTO PARTICULAR. POSSIBILIDADE. CRITÉRIOS. VÍCIOS MENOS GRAVES, PURAMENTE FORMAIS E QUE NÃO ATINGEM A SUBSTÂNCIA DO ATO DE DISPOSIÇÃO. LEITURA DO TESTAMENTO NA PRESENÇA DE TESTEMUNHAS EM NÚMERO INFERIOR AO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO GRAVE APTO A INVALIDAR O TESTAMENTO. AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE DÚVIDAS ACERCA DA CAPACIDADE CIVIL DO TESTADOR OU DE SUA VONTADE DE DISPOR. FLEXIBILIZAÇÃO ADMISSÍVEL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO.
>
> 1 - Ação distribuída em 22/04/2014. Recurso especial interposto em 08/07/2015 e atribuídos à Relatora em 15/09/2016.
>
> 2 - O propósito recursal é definir se o vício formal consubstanciado na leitura do testamento particular apenas a duas testemunhas é suficiente para invalidá-lo diante da regra legal que determina que a leitura ocorra, ao menos, na presença de três testemunhas.
>
> 3 - A jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido de que, para preservar a vontade do testador, são admissíveis determinadas flexibilizações nas formalidades legais exigidas para a validade do testamento particular, a depender da gravidade do vício de que padece o ato de disposição. Precedentes.
>
> 4 - São suscetíveis de superação os vícios de menor gravidade, que podem ser denominados de puramente formais e que se relacionam essencialmente com aspectos externos do testamento particular, ao passo que vícios de maior gravidade, que podem ser chamados de formais-materiais porque transcendem a forma do ato e contaminam o seu próprio conteúdo, acarretam a invalidade do testamento lavrado sem a observância das formalidades que servem para conferir exatidão à vontade do testador.
>
> 5 - Na hipótese, o vício que impediu a confirmação do testamento consiste apenas no fato de que a declaração de vontade da testadora não foi realizada na presença de três, mas, sim, de somente duas testemunhas, espécie de vício puramente formal incapaz de, por si só, invalidar o testamento, especialmente quando inexistentes dúvidas ou questionamentos relacionados à capacidade civil do testador, nem tampouco sobre a sua real vontade de dispor dos seus

bens na forma constante no documento.

6 - A ausência de cotejo analítico entre o acórdão recorrido e os julgados colacionados como paradigma impede o conhecimento do recurso especial interposto pela divergência jurisprudencial.

7 - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido"

(RESP 1.583.314/MG, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 23.8.2018).

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NULIDADE DE TESTAMENTO. PRETERIÇÃO DE FORMALIDADE LEGAL. VÍCIOS FORMAIS INCAPAZES DE COMPROMETER A HIGIDEZ DO ATO OU POR EM DÚVIDA A VONTADE DO TESTADOR. SÚMULA N. 7/STJ.

1. A análise da regularidade da disposição de última vontade (testamento particular ou público) deve considerar a máxima preservação do intuito do testador, sendo certo que a constatação de vício formal, por si só, não deve ensejar a invalidação do ato, máxime se demonstrada a capacidade mental do testador, por ocasião do ato, para livremente dispor de seus bens. Precedentes do STJ.

2. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ.

3. No caso concreto, o Tribunal de origem, com suporte em ampla cognição das provas produzidas nos autos, assentou, de modo incontroverso, que a escritura pública de testamento reflete as disposições de última vontade do testador.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgInt no RESP 1.073.860/PR, Quarta Turma, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, DJ 01/04/2013).

No caso presente, todavia, as instâncias de origem afastaram a possibilidade de o testamento expressar a declaração de vontade do autor da herança. Primeiro, porque concluíram que os provas testemunhais colhidas nos autos afastaram a possibilidade de o testamento ter sido datilografado pelo testador. Ademais, as duas perícias produzidas nos autos contrariam a veracidade do documento. Com efeito, uma delas não reconheceu que a assinatura nela aposta seja do autor da herança; a outra,

concluiu que o documento foi subscrito antes de confeccionado, como se observa dos seguintes trechos da sentença (fl. 964):

> *A priori*, existem nos autos dois laudos periciais conclusivos no sentido de contrariar a legitimidade do testamento em exame. O primeiro laudo (fls. 334/342) aponta no sentido de que a firma, embora autêntica, teria sido aposta no documento em fase anterior à sua composição, ou seja, o papel assinado teria preenchido em oportunidade posterior. O segundo laudo, produzido pelo DPT de Salvador (fls. 368/372) contraria a autenticidade da assinatura de Melchiades Menezes, afirmando que aquela não teria sido produzida pela mãos do de *cujus*.
>
> Apesar da farta e eloquente argumentação da defesa, não existem, nestes autos, elementos que sustentem suas afirmações; ao contrário, todo o contexto probatório aponta no sentido da procedência da presente *querela nullitatis*.

E do voto condutor do acórdão recorrido (fls. 1.114-1.116):

> Segundo o art.1.645 do CC/1916, é da essência do testamento particular a redação de próprio punho pelo testador.
>
> A jurisprudência flexibilizou tal exigência, admitindo que o texto seja datilografado, desde que pelo próprio testador.
>
> (...)
>
> Não bastasse ter sido afastada a veracidade da assinatura do testador (laudo de fls. 384/400), as testemunhas ouvidas afirmaram que era ele homem de poucas letras, incapaz de comunicar-se de forma rebuscada, além de não possuir máquina de escrever, chegando com o texto pronto para ser assinado:
>
>> ... O Sr. Melquíades escrevia muito pouco, sendo um semi analfabeto (...) que teve oportunidade de ir muitas vezes na casa do falecido em Iguaí e na fazenda onde o mesmo residia; que não tinha máquina de datilografar nas residências do falecido; que na residência do falecido não havia livros (...) na época que frequentava a casa do Sr. Melquíades era namorada do mesmo (...) o falecido não sabia datilografar e nem veio a aprender; que o falecido tinha uma linguagem simples, mas de maneira correta; que o falecido não tinha conhecimento para redigir um texto, e tinha uma escrita precária, que não escrevia corretamente. (depoimento de Noraney Andrade Sampaio - fls. 538-539).

> ... que Melquíades era quase analfabeto. (Filemon Oliveira Brito - fls. 540).
>
> ... que tinha amizade íntima com o falecido; que o falecido sabia ler e escrever pouco; que frequentava a casa do Sr. Melquíades "sempre sempre"; que não sabe dizer se o falecido tinha uma máquina de datilografar, mas sabe informar que Melquíades não sabia usar máquina de datilografia (...) o Sr. Melquíades não tinha livros nas suas casas; que era amigo íntimo d Melquíades e entrava nas suas residências; que nunca viu máquina de escrever nas casas de Melquíades... (Adelmo Leite de Albuquerque - fls. 541-542).
>
> ... que não se recorda como o Sr. Melquíades transportou o testamento se em pasta ou em envelope, que não sabe quem datilografou o testamento, pois, o Sr. Melquíades já trouxe pronto... (Germínio Santos Moreira - fls. 622).
>
> ... que tal testamento fo assinado pela testemunha no escritório do Sr. Otávio Rolim sente este datilografado sendo que a testemunha assinou já pronto, não assistiu a sua confecção (...) se recorda que o Sr. Melquíades tirou o testamento da pasta (...) não sabe informar quem datilografou o testamento o que sabe é que foi retirado de pasta de seu Melquíades por ele; que seu Melquíades ao entrar se identificou dizendo que era Melquíades mas não mostrou documento de comprovação de identidade (Ivanildes Simões Fagundes Rosa - fls. 624/625).
>
> ... trouxe o testamento pronto (...) não sabe informar quem datilografou o testamento. (Amaure Almeida Carvalho - fls. 630-631).
>
> ... que não sabe quem datilografou o testamento quando chegou já estave pronto. (Sebastião Rodrigues dos Santos - fls. 632/633).

Assim, inexistindo prova de que foi realmente o testador quem datilografou o documento de fl. 267, deve ser declarada sua nulidade.

No tocante aos demais dispositivos legais mencionados, observo que todo

o inconformismo do ora recorrente tem por argumento central o trânsito em julgado da ação de confirmação de testamento que tramitou no Juízo de Direito da Comarca de Itapetinga/BA, premissa a partir da qual deduziu as alegações de incompetência absoluta do Juízo de Itaguaí/BA e de impossibilidade de anulação de testamento cuja validade foi reconhecida em sentença proferida por juízo diverso.

Ocorre, porém, que, nos termos do art. 1.126 do CPC/1973, em vigor da época dos fatos e reproduzido no art. 735, regra aplicável ao testamento particular nos termos do art. 1.133 do CPC/1973 (art. 737, § 2º, do CPC/2015), a ação de confirmação de testamento particular tem por finalidade o seu registro, arquivamento e cumprimento e, portanto, o juiz limita-se a examinar a presença de eventual vício externo, "que o torne suspeito de nulidade ou falsidade", sendo precisamente esta a conduta adotada pela Juíza de Direito da Comarca de Itapetinga, que em momento algum manifestou-se sobre o conteúdo do testamento (fl. 61):

> Atendidas as formalidades específicas e favorável o parecer do Ministério Público, determino cumprir-se o testamento deixado por MELQUÍADES MENEZES, e que se proceda ao seu registro e arquivamento, cumprindo-se a disposição final do CPC- art. 1.126/parágrafo único.
>
> Nomeio testamenteiro o Sr. JOSÉ BORGES NERY JUNIOR, que, aceitando o cargo, assinará o termo de testamentaria no prazo de 05 dias e aos fins devidos (CPC-1.127- parág. único), receberá uma cópia autenticada do testamento, para ser juntada aos autos de inventário dos bens deixados por Melquíades Menezes.

Ressalto que o referido procedimento de jurisdição voluntária não constitui óbice algum à discussão sobre a existência dos requisitos intrínsecos do testamento, relacionados à validade do ato de última vontade do testador (hipótese dos autos) e que deverão ser suscitados em ação própria, como fizeram os autores da presente ação anulatória e sem que se verifique a prevenção do Juízo que confirmou o testamento, sendo certo que se trata de procedimento prévio à proposição do inventário e partilha dos bens deixados pelo autor da herança, ação a a ser proposta no foro de seu domicílio (art. 48, CPC/2015, correspondente ao art. 96 do CPC/1973).

Nesse sentido, a orientação deste Tribunal:

> PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO

ANULATÓRIA DE TESTAMENTO. INVENTÁRIO. COMPETÊNCIA.

1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos.

2. O fato da ação de abertura, registro e cumprimento de testamento ter se processado na comarca de Uberaba-MG não implica a prevenção do juízo para a ação anulatória de testamento. Afinal, trata-se de um processo de jurisdição voluntária, em que não se discute o conteúdo do testamento, limitando-se ao exame das formalidades necessárias à sua validade.

3. Nem sempre coincide a competência para conhecer do pedido de abertura registro e cumprimento de testamento e para decidir as questões relativas à sua eficácia, tais como a ação declaratória, constitutiva negativa de nulidade ou de anulação.

4. Não há conexão entre o inventário e a ação anulatória porque ausente a identidade entre os elementos objetivos das demandas. Todavia, a prejudicialidade é evidente. Com efeito, a conclusão do processo de inventário, ao final, dependerá do resultado da ação anulatória.

5. Ainda que a ação anulatória não tenha sido proposta em face do Espólio, a declaração de nulidade do testamento interessa à herança e, por isso, deve ser apreciada pelo juízo do inventário.

6. A denominada *vis* atrativa do inventário (art. 96 do CPC) é abrangente, sendo conveniente que todas as demais ações que digam respeito à sucessão, dentre elas o cumprimento das suas disposições de última vontade (art. 96 do CPC), também sejam apreciadas pelo juízo do inventário.

7. Não havendo prevenção do juízo que determinou o registro e cumprimento do testamento impugnado, em Uberaba-MG, remeter-lhe o processo para julgamento poderia gerar novos questionamentos acerca da sua própria competência, em franco prejuízo à duração razoável do processo.

8. Negado provimento ao recurso especial.

(RESP 1.153.194/MS, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrigui, DJ 21.11.2012).

TESTAMENTO. ABERTURA (EXECUÇÃO). MINISTÉRIO PÚBLICO (EXIGÊNCIAS). PODER GERAL DE CAUTELA.

1. No procedimento de jurisdição voluntária, ao juiz é lícito investigar

livremente os fatos (Cód. de Pr. Civil, art. 1.109).
2. É lícita a exigência de certidões negativas, porque só se cumpre o testamento, "se lhe não achar vício externo que o torne suspeito de nulidade ou falsidade" (Cód. de Pr. Civil, art. 1.126).
3. Recurso especial não conhecido.
(RESP 95.861/RJ, Terceira Turma, Relator Ministro Nilson Naves, DJ 21/06/1999)

Encontrando-se a conclusão do acórdão recorrido em consonância com essa orientação, tem aplicação a Súmula 83/STJ.

Em face do exposto, não conheço do recurso especial.

Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI
Relatora