

SUPERANDO O RIGOR QUANTO ÀS
SOLENIIDADES TESTAMENTÁRIAS:
DA *SUBSTANTIAL COMPLIANCE* AO
DISPENSING POWER

OVERCOMING THE STRINGENCY OF TESTAMENTARY
SOLEMNITIES: FROM THE “SUBSTANTIAL COMPLIANCE”
TO THE “DISPENSING POWER”

Raphael Rego Borges Ribeiro

Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia.
Ph.D. Student na University of Ottawa (Canadá). Professor efetivo
de Direito Civil na Universidade Federal do Oeste da Bahia.

Resumo: O absoluto formalismo em matéria testamentária deve ser superado, na medida em que a forma não pode nem deve ser considerada mais importante do que a substância. As solenidades do testamento não são um fim em si mesmo; elas têm a função precípua de assegurar a autenticidade e a certeza do ato. Para evitar a perda definitiva de uma manifestação de última vontade, o testamento não deve ser declarado nulo quando, a despeito do vício formal, tal função foi atendida. Identificamos na tradição da *common law* duas posturas distintas para se mitigar o rigor do formalismo testamentário: a *substantial compliance doctrine* e o *dispensing power*. Para a *substantial compliance doctrine*, devem ser superadas as inobservâncias formais mínimas, apenas havendo nulidade em casos de defeitos mais graves. Diferentemente, com o *dispensing power*, o juízo sucessório pode confirmar como testamento qualquer documento, independentemente do grau de atendimento às solenidades testamentárias, desde que haja demonstração suficiente de que o *de cujus* efetivamente pretendia que aquela fosse a sua última vontade. No presente artigo, demonstramos em primeiro lugar que o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça se aproxima silenciosamente da *substantial compliance doctrine*; e em segundo lugar que o tratamento da matéria poderá avançar com a adoção do *dispensing power*.

Palavras-chave: Direito das sucessões. Sucessão testamentária. Testamento. Formalismo.

Abstract: The strict formalism concerning testamentary matters should be overcome, for form cannot and should not be deemed more important than substance. Testamentary solemnities are not an end in itself; their central function is guaranteeing both the authenticity and the certainty of the testament. To avoid the permanent loss of a last will, the testament should not be deemed null and void when, regardless of the formal defect, that function was fulfilled. In the common law tradition, we identified two different stances to mitigate testamentary formalism: the “substantial compliance doctrine” and the “dispensing power”. To the “substantial compliance doctrine”, the minimal formal defects should be disregarded; invalidity is caused by major formal errors only. On the other hand, with the “dispensing power”, the probate court has the power to consider as a testament any document, regardless of the

degree of compliance with legal formalities, provided that the court is satisfied that the deceased actually wanted that to be his last will. In this manuscript, we demonstrated (a) that the current case law in the Brazilian Superior Court of Justice silently resembles the “substantial compliance doctrine”; and (b) that the “dispensing power” is a way to move forward in the treatment of the formalism issue.

Keywords: Law of succession. Testamentary succession. Will. Formalism.

Sumário: Introdução – **1** O problema do rigor em relação às solenidades testamentárias – **2** A *substantial compliance doctrine* e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – **3** O *dispensing power* – Conclusão

Introdução

Quando um negócio jurídico *inter vivos* é declarado nulo por vício formal, as partes envolvidas poderão celebrar novo negócio que se atente às solenidades exigidas em lei, se efetivamente quiserem a produção dos efeitos jurídicos originalmente pretendidos. Por outro lado, quando um testamento é declarado nulo por inobservância a alguma formalidade legal, o testador não poderá testar novamente; afinal, já estará morto.

No presente artigo, estudaremos o exacerbado rigor do formalismo em matéria testamentária. O problema do trabalho pode ser resumido em uma pergunta: esse rigor absoluto pode e deve ser superado? Acreditamos que sim e, na investigação que desenvolveremos, testaremos tal hipótese. Com base na experiência de jurisdições da *common law*, que já vêm há um tempo considerável se debruçando sobre a matéria, analisaremos duas possíveis posturas para enfrentar tal problema: a *substantial compliance doctrine* e o *dispensing power*.

Buscaremos na metodologia civil-constitucional particularmente a ideia de uma renovada teoria da interpretação, com fins aplicativos; desse modo, substituiremos o tradicional tecnicismo e o positivismo legislativo pela preeminência da justiça sobre a letra do texto legal. No mesmo sentido, defenderemos a prioridade da função dos institutos jurídicos – no caso, as solenidades testamentárias – em relação à sua estrutura. Utilizaremos o método indutivo-dedutivo para nossas reflexões. Consultaremos doutrina nacional e estrangeira, além da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Na primeira seção, fundamentaremos as razões de considerarmos problemático o formalismo absoluto em relação aos testamentos. Na segunda seção, compreenderemos a *substantial compliance doctrine* e veremos que o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça muito se assemelha a tal teoria. Na terceira seção, analisaremos o *dispensing power* e demonstraremos que se trata de solução mais adequada ao problema enfrentado.

1 O problema do rigor em relação às solenidades testamentárias

Assim como o casamento, o testamento desponta como um dos atos jurídicos mais solenes do Código Civil brasileiro. Nessa perspectiva, ainda na vigência da codificação anterior, Santiago Dantas afirmava que a sucessão testamentária é o domínio mais formalista do direito civil, na medida em que, enquanto as omissões de formalidades são examinadas de forma mais branda em relação ao casamento, os vícios nas solenidades do testamento comumente conduzem ao aniquilamento do ato.¹

O elevado formalismo em matéria testamentária tem duas faces, que se expressam no binômio formas/formalidades. De um lado, o Código Civil de 2002 determina que o testador manifeste a sua última vontade por uma das formas taxativamente prescritas em lei; de outro lado, ele deve rigorosamente atender a todas as formalidades exigidas para a forma escolhida.² Nesse sentido, a atual codificação estabelece três modalidades ordinárias de testamento – o público, o cerrado e o particular –, cujas respectivas formalidades estão profundamente detalhadas entre os arts. 1.864 e 1.880. Do mesmo modo, a legislação civil prevê ainda três formas testamentárias especiais – o marítimo, o aeronáutico e o particular –, cujos requisitos solenes são descritos entre os arts. 1.888 e 1.896 do *Codex*. A análise que aqui desenvolvemos se volta particularmente para o segundo aspecto – o das solenidades – não para o primeiro.

Frequentemente encontramos na doutrina clássica do direito das sucessões a afirmação de que o formalismo testamentário tem natureza *ad solemnitatem*, e não apenas *ad probationem*; por essa razão, a sua inobservância ensejaria inexistência do ato.³ Por outro lado, se adotarmos as disposições sobre invalidades dos negócios jurídicos previstas na Parte Geral do Código Civil de 2002, eventual defeito formal no testamento resultaria em sua nulidade.⁴ Aderimos aqui à doutrina

¹ DANTAS, San Tiago. *Direito de família e das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 505-506.

² VELOSO, Zeno. Testamentos – noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 125.

³ A respeito do direito civil francês, veja-se: BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel; COLIN, Maurice. *Traité théorique et pratique de droit civil: des donations entre vifs et des testaments*. 2. ed. Paris: Librairie de la Société du Recueil Gal des Lois et des Arrêts, 1899. t. 1. p. 11. Sobre o direito civil italiano, veja-se: RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil – Direito das obrigações e direito hereditário*. Tradução da 6. ed. italiana, com notas remissivas aos códigos civis brasileiro e português pelo Dr. Ary dos Santos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1973. v. III. p. 524. Para uma perspectiva sobre a clássica doutrina sucessorista brasileira, vejam-se os seguintes autores: ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Successões*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1915. p. 205; MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. I. p. 391; NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. v. I. p. 201.

⁴ Art. 166, IV.

de Marcos Bernardes de Mello, que distingue, de um lado, o desatendimento da forma prescrita ou proibida em lei; e, de outro, o não cumprimento de alguma solenidade que integra a forma.⁵ Ilustrativamente, o primeiro caso seria de um testamento oral fora da hipótese autorizada no Código Civil; a segunda situação seria a ausência de assinatura de uma das testemunhas do testamento público. Para Marcos Bernardes de Mello, se se testa por forma que não as enumeradas em lei, o ato será inexistente; se se atende a uma das formas testamentárias legais, a falta de solenidade torna o ato nulo.⁶ Na medida em que adotamos tal distinção e focamos no aspecto das formalidades, nosso estudo se localiza eminentemente no plano da validade, e não no da existência.

Declarada a nulidade de um testamento em razão da inobservância de determinada solenidade, o referido negócio jurídico não produzirá os efeitos que o testador esperava. Encontramos em Pontes de Miranda uma interessante observação a este respeito, no sentido de que, enquanto nos atos *inter vivos* os agentes podem praticar novamente o ato de modo a respeitar as formalidades, o mesmo não ocorre com as manifestações de última vontade: “nulas, por defeito de forma, ou por outro motivo, não podem ser renovadas – morreu quem as fez”.⁷ Por essa particular razão, entendemos que o tratamento dado pelo Código Civil ao testamento com vício de solenidade é consideravelmente grave. Desse modo, precisamos analisar se existe um juízo de razoabilidade entre a sanção de invalidade e os objetivos que, com ela, o legislador busca alcançar.

Com Pietro Perlingieri, aprendemos que “toda forma negocial tem uma função”.⁸ A ideia de suposta neutralidade valorativa das solenidades dos negócios jurídicos ensejou que a disciplina da matéria ficasse por muito tempo imune às considerações funcionais e axiológicas.⁹ Ocorre que, em conformidade com a metodologia civil-constitucional, acreditamos que as disposições legais sobre formalidades negociais estão, como qualquer outra norma infraconstitucional, sujeitas à força expansiva das normas constitucionais. Concordamos com Pietro Perlingieri, para quem as formas negociais devem ser valoradas constitucionalmente em relação aos interesses sobre os quais se fundam.¹⁰ Por essa razão, igualmente

⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 169-170.

⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 82.

⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Leme: BH, 2005. v. I. p. 240-241.

⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 295.

⁹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 443.

¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 446.

rejeitamos, por força de sua insuficiência, a tradicional postura de simplesmente analisar a existência e a estrutura de determinado requisito formal; é imperativo também que compreendamos para que esses requisitos servem.¹¹ Afinal, uma análise crítica requer que questionemos se, à luz dos interesses constitucionalmente tutelados, há compatibilidade, adequação e coerência das solenidades exigidas para o negócio jurídico em relação à função que elas devem desempenhar.

Em relação às solenidades testamentárias, identificamos notadamente a função de garantir a segurança e a autenticidade da manifestação de última vontade. De acordo com Zeno Veloso, em matéria de testamento há uma verdadeira “escravidão da forma”, justificada não “para complicar, burocratizar ou constranger, mas para salvaguardar, preservar e proteger a facção testamentária”.¹² Semelhantemente, para Orosimbo Nonato, as cautelas decorrentes do formalismo não obstaculizam a faculdade de testar, mas garantem que o testamento efetivamente consubstancie a inequívoca vontade do falecido.¹³ Segundo Carlos Maximiliano, as solenidades têm ainda função subjetiva: obrigam o testador a pensar; chamam a atenção para a importância do ato; evitam precipitações e disposições por impulsos ou motivos injustos; dificultam a coação.¹⁴

Compreendemos como razoável e necessária a função, atribuída às exigências formais, de assegurar a autenticidade e a segurança da manifestação de última vontade. Com isso, são teoricamente protegidos os interesses de todos os sujeitos envolvidos na sucessão hereditária. Em primeiro lugar, o testador tem uma maior certeza de que a sua manifestação de última vontade corresponderá, na medida do possível, às disposições que ele efetivamente pretendia fazer. Há potencial redução das possibilidades tanto de vícios da vontade – notadamente de coação – quanto de fraudes – como a indevida inclusão de cláusulas que jamais foram desejadas pelo disponente. Isso é particularmente relevante em se tratando de um negócio jurídico cuja eficácia é postergada para um momento em que o agente não mais estará vivo para reafirmar ou contestar a sua idoneidade. Em segundo lugar, os eventuais herdeiros legítimos em tese têm maior garantia de que os seus quinhões serão afetados em razão do legítimo exercício da liberdade de testar do falecido, e não por causa de artifícios fraudulentos. Esse fator diminui os fundamentos para conflitos judiciais no âmbito sucessório, o que igualmente

¹¹ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 455.

¹² VELOSO, Zeno. Testamentos – noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito das sucessões e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 125-126.

¹³ NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. v. I. p. 197-198.

¹⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. I. p. 388-390.

beneficia o sucessor testamentário, cujo título de vocação hereditária tem menor chance de ser questionado.

Por outro lado, aderimos ao pensamento de Pontes de Miranda, segundo quem, por terem função asseguradora e preventiva, as solenidades testamentárias não devem ser entendidas como fins em si mesmas.¹⁵ Para Pontes de Miranda, devemos rejeitar uma mal compreendida “servidão à forma solene”, na medida em que “o invólucro plástico não deve sacrificar os fatos ou atos que devem revestir”.¹⁶ Igualmente concordamos com Salvador Forniéles, de acordo com quem, se o ordenamento prioriza o rito em detrimento da vontade do testador, cria-se um direito fictício, contrário ao bom senso, *alejado de la vida*.¹⁷ Aplicando as lições de Luiz Edson Fachin sobre o formalismo tradicional direito civil em geral ao direito das sucessões, não podemos admitir que a forma sufoque a substância, que continente e conteúdo se dissociem, que da linguagem se faça fetiche.¹⁸ Por essas razões, concluímos que, em matéria de solenidades testamentárias, proteger não pode significar sufocar.

Assim, identificamos uma desproporção entre, de um lado, os fins buscados pelo ordenamento jurídico com o formalismo testamentário – em especial os valores “segurança” e “autenticidade” – e, de outro lado, os meios utilizados para alcançar tais fins – a inexorável sanção de nulidade decorrente da sua inobservância em qualquer caso. O excessivo rigor no tratamento normativo das solenidades testamentárias potencialmente nos conduz àquilo que Melanie Leslie chama de “paradoxo das formalidades”: enquanto o seu propósito é assegurar que prevaleça a última vontade do sujeito, a insistência em sua observância estrita acaba frustrando a intenção do testador quando se invalidam as disposições que ele claramente pretendia fazer.¹⁹ Dois fatores que mencionamos acima são peculiarmente relevantes para concluirmos pela existência da referida desproporção entre fins e meios. Em primeiro lugar, a sanção é aplicada em um momento no qual o agente não poderá testar novamente; dessa forma, sua última vontade jamais produzirá efeitos. Em segundo lugar, o testamento é ato altamente complexo de ser celebrado, se comparado com os negócios jurídicos de modo geral. Desse modo, na medida em que há um elevado número de solenidades que devem ser estritamente observadas, substancialmente aumentam as possibilidades de que uma dessas formalidades seja descumprida.

¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Leme: BH, 2005. v. I. p. 239-240.

¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado dos testamentos*. Leme: BH, 2005. v. I. p. 5-6.

¹⁷ FORNIELES, Salvador. *Tratado de las sucesiones*. 3. ed. Buenos Aires: Edia, 1950. t. 2. p. 225-229.

¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 138.

¹⁹ LESLIE, Melanie. The myth of testamentary freedom. *Arizona Law Review*, v. 38, 1996. p. 236. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3480635. Acesso em: 30 jan. 2020.

A desproporção entre os objetivos perseguidos pelo formalismo testamentário, de um lado, e as consequências da sua inobservância, de outro lado, tendencialmente enseja um duplo desrespeito ao direito fundamental à herança, previsto expressamente no art. 5º, XXX da Constituição Federal de 1988.²⁰ O testador tem o seu direito a transmitir herança violado quando o conteúdo da sua autonomia privada testamentária é irremediavelmente descartado por mero defeito formal, ainda que este seja mínimo ou inócuo. Do mesmo modo, o sucessor testamentário tem o seu direito fundamental agredido quando o seu título de vocação hereditária é absolutamente desconsiderado em razão de mero vício extrínseco. Nos dois casos, a forma prevalece sobre a substância, e a solenidade é tratada como um fim em si mesmo. Para que haja uma efetiva adequação do formalismo testamentário à função que deve desempenhar, não podemos encará-lo como absoluto, mas como passível de mitigações.

Consideramos que no direito sucessório brasileiro atualmente há duas possíveis mitigações ao problema do elevado rigor quanto às solenidades testamentárias, uma de natureza legislativa e outra de caráter doutrinário-jurisprudencial. Em primeiro lugar, o legislador deu ao regime de invalidades dos testamentos uma peculiaridade em relação ao dos negócios jurídicos de modo geral: a nulidade destes últimos jamais convalida, podendo ser alegada a qualquer tempo, por força do art. 169 do Código Civil de 2002; enquanto isso, o testamento nulo – e aqui se inclui a invalidade decorrente de vício formal – somente pode ser impugnado em até cinco anos contados do seu registro, por força do art. 1.859. Resumidamente, a nulidade testamentária decorrente de inobservância a alguma solenidade legal será extinta após o referido prazo. Acreditamos que se trata de uma solução significativamente ineficaz em matéria de formalidades, na medida em que o registro do testamento – *dies a quo* da sua convalidação – pressupõe análise de vícios externos pelo juízo sucessório, sempre com oitiva do Ministério Público e eventual intimação dos herdeiros, conforme arts. 735 a 737 do Código de Processo Civil de 2015. Desse modo, a norma do art. 1.859 somente beneficiará os defeitos solenes que passarem despercebidos no minucioso procedimento de registro, arquivo e cumprimento do ato de última vontade.

²⁰ Aqui devemos fazer a ressalva de que adotamos a tese da dupla titularidade do direito fundamental à herança, que interessa tanto ao sucedido quanto ao sucessor. Liam Murphy e Thomas Nagel sustentam que a sucessão *causa mortis* necessariamente envolve duas partes, que devem ser distinguidas e tratadas separadamente: de um lado, o direito de transmitir herança; de outro lado, o direito de receber herança. Veja-se: MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *The myth of ownership: taxes and justice*. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2003. p. 161. Semelhantemente, Shelly Kreiczler-Levy argumenta que a herança é bifocal, no sentido de servir aos interesses tanto de quem a transmite quanto de quem a recebe. Veja-se: KREICZLER-LEVY, Shelly. Inheritance legal systems and the intergenerational bond. *Real Property, Trust and Estate Law Journal*, v. 46, n. 3, 2012. p. 497.

Em segundo lugar, o alto grau de rigor solene da sucessão testamentária também é atualmente mitigado no Brasil por um princípio desenvolvido doutrinariamente e empregado jurisprudencialmente: o *favor testamenti*. Trata-se de uma aplicação, ao direito das sucessões, do princípio da conservação dos negócios jurídicos – de acordo com o qual devemos buscar, o máximo possível, conservar a eficácia das manifestações de vontade negocial. De forma simplificada, podemos resumir a ideia fundamental consubstanciada no *favor testamenti*: na dúvida, o testamento deve prevalecer. Compreendemos que se trata de princípio adequado às já mencionadas peculiaridades dos negócios jurídicos *causa mortis*, em especial a complexidade formal e a impossibilidade de nova celebração após a declaração de nulidade.

O *favor testamenti* vem sendo aplicado pelos juízos sucessórios brasileiros, fenômeno que merece ser comemorado. Ao observarmos a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, encontramos uma tendência histórica de se permitir a flexibilização do formalismo testamentário.²¹ Não se trata de posicionamento recente, havendo até mesmo decisões nesse sentido anteriores à vigência do Código Civil de 2002 –²² o que é particularmente interessante, considerando-se o perfil ainda mais formalista da codificação de 1916.

A despeito dos méritos do Tribunal da Cidadania, acreditamos que a matéria ainda se resente de uma melhor e mais aprofundada sistematização e racionalização. Em que casos o ato defeituoso deve ser confirmado? Quais são os vícios que não comportam suprimento? Trata-se de perguntas às quais ainda não temos respostas aprioristicamente satisfatórias. Como se trata de construção jurisprudencial – o *favor testamenti* não é positivado expressamente na legislação civil –, ainda há um alto grau de casuísmo na construção do conteúdo jurídico do referido princípio.

Dessa forma, buscando tratar a mitigação do formalismo testamentário de forma racional e sistemática, debruçamo-nos sobre a experiência da *common law*. Optamos pela análise desse sistema em razão da existência, há muitas décadas, de produção legislativa, doutrinária e jurisprudencial sobre a matéria. Nesse contexto, identificamos duas diferentes aplicações possíveis do princípio do *favor testamenti*: a *substantial compliance doctrine* e o *dispensing power*. De acordo com a primeira, o juízo sucessório validará um testamento com vício de solenidade, desde que o defeito seja mínimo. De acordo com o segundo, independentemente do grau de inobservância das formalidades previstas em lei, o juízo sucessório poderá reconhecer

²¹ Na próxima seção aprofundaremos a análise da jurisprudência, motivo pelo qual deixaremos para abordar os julgados naquela oportunidade.

²² STJ, 4ª T. REsp nº 302.767/PR. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 5.6.2001.

um documento como testamento, desde que reste suficientemente demonstrado que se trata de uma manifestação autêntica de última vontade.

Nas seções seguintes, demonstraremos primeiramente que o Superior Tribunal de Justiça vem consolidando a sua jurisprudência em sentido muito semelhante à *substantial compliance doctrine*, ainda que sem a ela se referir expressamente. Contudo, na sequência argumentaremos que, apesar dos relevantes méritos da atual posição do Tribunal da Cidadania, a sucessão testamentária no ordenamento jurídico brasileiro tem substancialmente se aperfeiçoado com a adoção do *dispensing power*.

2 A *substantial compliance doctrine* e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

A elevada preocupação com as solenidades do testamento não é uma exclusividade dos sistemas jurídicos influenciados predominantemente pela *civil law*. Particularmente a partir do britânico *Statute of Frauds* de 1677, as jurisdições de *common law* incorporaram formalidades obrigatórias para o ato de testar. Desde então, houve mudanças legislativas e cada jurisdição tem o seu próprio diploma normativo regulamentando a sucessão hereditária e os testamentos; contudo, de modo geral a severa e implacável lógica formalista em matéria testamentária se manteve desde então. Historicamente, para os tribunais de tradição anglo-americana, eventuais vícios formais necessariamente ensejariam a nulidade do testamento – ainda que fossem defeitos mínimos que não tenham gerado maiores prejuízos.²³

Em 1975, criticando o cenário acima descrito, John H. Langbein publicou na *Harvard Law Review* um artigo revolucionário para o direito sucessório norte-americano, intitulado *Substantial compliance with the Wills Act*. Langbein argumentou que a principal peculiaridade da sucessão testamentária não era a preponderância de solenidades, porém o modo como os tribunais encaravam a inobservância destas. De um lado, nos atos *inter vivos*, o Judiciário adotava uma postura teleológica em relação às formalidades: o descumprimento de regras formais poderia ser mitigado caso os propósitos dessas regras tivessem sido efetivamente alcançados. Por outro lado, nos atos *causa mortis*, os tribunais não seguiam a mesma lógica: eventual defeito de solenidade automaticamente e inevitavelmente ensejaria a declaração de nulidade do testamento.²⁴

²³ LANGBEIN, John H. *Substantial compliance with the Wills Act*. *Harvard Law Review*, v. 88, n. 3, 1975. p. 490. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1510&context=fss_papers. Acesso em: 30 jan. 2020.

²⁴ LANGBEIN, John H. *Substantial compliance with the Wills Act*. *Harvard Law Review*, v. 88, n. 3, 1975. p. 498. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1510&context=fss_papers. Acesso em: 30 jan. 2020.

Para John H. Langbein, três razões contribuem para haver a referida distinção de postura judicial quanto aos testamentos em relação aos demais atos jurídicos. Em primeiro lugar, a existência de normas de sucessão intestada – que proeminentemente protegem a família do testador – dão ao juízo sucessório a impressão de que o prejuízo decorrente daquela declaração de invalidade não é tão grande.²⁵ Em segundo lugar, a exigência absoluta de observância estrita das formalidades poupa o Judiciário da inconveniência de se engajar na análise fática a respeito da autenticidade da manifestação de vontade de quem já está morto.²⁶ Em terceiro lugar, a crença de que o juízo sucessório deve se restringir à aplicação totalmente mecânica das regras hereditárias, não havendo espaço para discussões de maior complexidade.²⁷ Comentando a doutrina de Langbein, John T. Gaubatz complementa que o direito sucessório é marcado por uma dificuldade específica, qual seja, a falta de mecanismos suficientemente flexíveis para moldar as normas sucessórias às peculiaridades dos casos concretos.²⁸

No supramencionado manuscrito, John H. Langbein caracterizou como desnecessário e equivocado o excessivo formalismo em matéria testamentária, e sugeriu uma mitigação a esse cenário. Nesse sentido, Langbein não propôs a diminuição no número de formalidades dos testamentos nem a abolição destas; na realidade, ele defendeu uma mudança de postura dos tribunais em relação às consequências dos defeitos formais, notadamente a respeito daqueles que possam ser considerados mínimos e inofensivos.²⁹ Dessa forma, o referido autor desenvolveu sua tese da *substantial compliance*.

Segundo a *substantial compliance doctrine* desenvolvida por John H. Langbein, encontrar um vício formal no testamento não deveria levar automaticamente à invalidade do ato, mas a uma subsequente dupla análise por parte do juízo sucessório.³⁰ Em primeiro lugar, investiga-se se aquele documento consubstancia uma

²⁵ LANGBEIN, John H. Substantial compliance with the Wills Act. *Harvard Law Review*, v. 88, n. 3, 1975. p. 498. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1510&context=fss_papers. Acesso em: 30 jan. 2020.

²⁶ LANGBEIN, John H. Substantial compliance with the Wills Act. *Harvard Law Review*, v. 88, n. 3, 1975. p. 501. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1510&context=fss_papers. Acesso em: 30 jan. 2020.

²⁷ LANGBEIN, John H. Substantial compliance with the Wills Act. *Harvard Law Review*, v. 88, n. 3, 1975. p. 503. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1510&context=fss_papers. Acesso em: 30 jan. 2020.

²⁸ GAUBATZ, John T. Notes toward a truly modern Wills Act. *University of Miami Law Review*, v. 31, 1977. p. 499.

²⁹ LANGBEIN, John H. Substantial compliance with the Wills Act. *Harvard Law Review*, v. 88, n. 3, 1975. p. 513. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1510&context=fss_papers. Acesso em: 30 jan. 2020.

³⁰ LANGBEIN, John H. Substantial compliance with the Wills Act. *Harvard Law Review*, v. 88, n. 3, 1975. p. 489. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1510&context=fss_papers. Acesso em: 30 jan. 2020.

manifestação de última vontade.³¹ Isso significa avaliar se houve *animus testandi*, ou seja, a intenção do autor de que aquele documento produza efeitos jurídicos para depois da sua morte. Acreditamos que a ideia é evitar que se validem, por exemplo, meros rascunhos, aos quais o agente jamais quis conferir eficácia *post mortem*. Em segundo lugar, pondera-se se as solenidades que foram cumpridas se aproximam suficientemente daquelas exigidas em lei, de forma a permitir que o magistrado conclua que os propósitos da legislação foram atendidos.³² Ou seja, deve-se observar se o vício formal foi mínimo e inofensivo, de modo que as funções das formalidades testamentárias foram efetivamente cumpridas. Ilustrativamente, seria a oportunidade de constatar que não houve fraude nem acréscimo indevido de cláusulas não desejadas pelo testador.

Em suma, o que John H. Langbein propôs foi uma interpretação judicial flexível, que permitisse a validação de um testamento defeituoso – desde que o testador tivesse consideravelmente atentado às solenidades previstas em lei. Notamos dessa forma uma relação entre a análise funcional – quanto aos objetivos perseguidos pela legislação com o estabelecimento dos requisitos solenes – e a extensão do vício. Sendo grave a inobservância formal, não seria possível ao juízo sucessório efetivamente identificar a existência de verdadeira vontade testamentária nem o cumprimento das funções atribuídas pelas leis às formalidades exigidas – por essa razão, o testamento não poderia ser confirmado nesses casos.

Acreditamos que o principal elemento caracterizador da *substantial compliance doctrine* é revelado pelo seu próprio nome, que pode ser traduzido de modo adaptado para “teoria da observância formal substancial”.³³ A ideia nuclear é que a flexibilização do elevado formalismo testamentário é a exceção, e não a regra; por essa razão, ela somente seria autorizada nos casos de descumprimento mínimo das solenidades previstas na lei sucessória. Consideramos que se trata dos casos em que restaria evidentemente demonstrado que a grave sanção de invalidade é manifestamente desproporcional à pequena inobservância do preceito legal. Se nos recordarmos do direito obrigacional, também observaremos que, para a *substantial performance doctrine* (ou “teoria do adimplemento substancial”), não é em

³¹ LANGBEIN, John H. Substantial compliance with the Wills Act. *Harvard Law Review*, v. 88, n. 3, 1975. p. 489. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1510&context=fss_papers. Acesso em: 30 jan. 2020.

³² LANGBEIN, John H. Substantial compliance with the Wills Act. *Harvard Law Review*, v. 88, n. 3, 1975. p. 489. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1510&context=fss_papers. Acesso em: 30 jan. 2020.

³³ Encontramos aqui um problema para traduzir adequadamente a expressão sem suscitar ambiguidades, na medida em que justamente queremos neste artigo contrapor forma e substância. Por essa razão, devemos ressaltar que aqui usamos “substancial” no sentido de “aquilo que é consideravelmente grande”, “vultoso”, “avultado”, “considerável”.

qualquer caso que se exclui o direito de resolução contratual por parte do credor, porém somente nas hipóteses em que o adimplemento por parte do devedor se deu de forma bastante próxima ao resultado final, sendo o descumprimento ínfimo em relação ao conjunto da obrigação.³⁴

Resumidamente, temos que, de acordo com a *substantial compliance doctrine*, o juízo sucessório deverá observar a gravidade da inobservância das solenidades testamentárias. Caso o vício formal seja considerado de menor gravidade, permite-se a confirmação do testamento defeituoso. Entretanto, se o defeito formal for considerado de maior gravidade, não será possível a convalidação do referido negócio jurídico, que será fulminado de nulidade.

Entendemos que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em relação ao formalismo testamentário muito se assemelha à *substantial compliance doctrine*. Buscando conservar a manifestação de vontade do testador, diversos julgados do Tribunal da Cidadania admitem que o magistrado analise os vícios do testamento, estando autorizado a superar apenas aqueles de menor gravidade; por outro lado, os defeitos formais mais graves não permitem a mitigação do rigor solene. Podemos ver tal entendimento recentemente reiterado consignado em trecho do Acórdão do Recurso Especial nº 1.583.314/MG, de lavra da Ministra Nancy Andrighi:

[...] 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. [...].³⁵ (Grifos nossos)

³⁴ COUTO E SILVA, Clovis do. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português. In: CAETANO, Marcelo Alves; MOREIRA, José Carlos; COUTO E SILVA, Clovis do (Coord.). *Estudos de direito civil brasileiro e português*. São Paulo: RT, 1980. p. 56.

³⁵ STJ, 3ª T., REsp nº 1.583.314/MG. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.8.2018.

Pelos termos supratranscritos, verificamos que as ideias defendidas por John H. Langbein estão presentes na *ratio decidendi* do Superior Tribunal de Justiça, ainda que não se faça menção a elas. De um lado, vícios de menor gravidade, frutos de uma inobservância formal mínima, não contaminam o testamento. Por outro lado, segundo tal linha de raciocínio, defeitos mais graves impedem que tenha se cumprido a função dada às solenidades, qual seja, assegurar a autenticidade e exatidão da manifestação de última vontade.

Com base em sua própria versão da *substantial compliance doctrine*, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu como defeito suprível a leitura conjunta de um testamento particular a apenas duas testemunhas, enquanto o art. 1.876 exige a presença de pelo menos três.³⁶ Até mesmo a ausência de leitura em voz alta para as três testemunhas foi considerada inócua, se não pairam dúvidas sobre a autenticidade do ato nem sobre a capacidade do disponente.³⁷ Do mesmo modo, o STJ confirmou testamento particular assinado pelo testador e por três testemunhas, mas que tinha sido digitado e lido aos presentes por uma advogada, e não pelo próprio disponente.³⁸

O Código Civil de 1916 exigia cinco testemunhas para a elaboração do testamento particular, impondo ainda a sua posterior confirmação por três delas. O Superior Tribunal de Justiça confirmou testamento feito na presença de apenas quatro, das quais três compareceram em juízo para atestar as disposições do *de cuius*. Os julgadores entenderam que não houve, no caso, prejuízo à higidez da manifestação de última vontade.³⁹

Semelhantemente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu como vício de menor gravidade o fato de uma das testemunhas não ter estado presente durante todo o ato de celebração do testamento público.⁴⁰ O formalismo foi mitigado até mesmo em um caso em que funcionários do cartório atuaram como testemunhas instrumentárias, assinando um testamento público cuja lavratura não tinham presenciado.⁴¹ Para o STJ, também não contaminou a essência da manifestação de última vontade o fato de o ato de disposição ter sido lavrado, dentro do Ofício de Notas, não pelo tabelião, mas por servidor do cartório.⁴² Foi flexibilizada até mesmo uma dupla inobservância de solenidades no caso de testamento público cujo conteúdo não continha menção expressa à condição de cegueira do testador e que

³⁶ STJ, 3ª T. REsp nº 1.583.314/MG. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.8.2018.

³⁷ STJ, 3ª T. REsp nº 828.616/MG. Rel. Min. Castro Filho, j. 5.9.2006.

³⁸ STJ, 3ª T. AgRg no REsp nº 1.401.087/MT. Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 6.8.2015.

³⁹ STJ, 4ª T. REsp nº 701.917/SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 2.2.2010.

⁴⁰ STJ, 4ª T. REsp nº 302.767/PR. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 5.6.2001.

⁴¹ STJ, 3ª T. REsp nº 1.419.726/SC. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 9.12.2014.

⁴² STJ, 4ª T. REsp nº 600.746/PR. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 20.5.2010.

também não passou por dupla leitura, em desconformidade com o art. 1.867 do Código Civil de 2002.⁴³

Por outro lado, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu como insuprível a ausência das testemunhas exigidas para o testamento particular, fora das hipóteses excepcionais previstas no art. 1.879 do Código de 2002.⁴⁴ Além disso, devemos ressaltar que no referido caso tanto as instâncias ordinárias quanto o STJ também se atentaram ao descumprimento de formalidade imposta não pela legislação, porém pela própria disponente – no testamento, previa-se o seu registro no 2º Cartório de Notas de Jundiá, o que não foi observado. Pela gravidade dos vícios, a Terceira Turma considerou que o formalismo não poderia ser mitigado, não tendo sido possível assegurar que se tratava da verdadeira vontade da testadora.

Do mesmo modo, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça se recusou, por maioria, a confirmar um testamento particular elaborado por processo mecânico e lido na presença de três testemunhas, cujo vício consistia em a assinatura ter sido feita não de próprio punho, porém a rogo do testador, que também após sua impressão digital ao documento.⁴⁵ O disponente não pôde ele mesmo assinar em razão de problemas de coordenação motora. Hospitalizado quando da confecção do ato, o testador teve sua lucidez atestada por laudo médico. Não houve discussão fática sobre a higidez mental do *de cuius* nem sobre qualquer outro vício que tivesse obstado o exercício livre e desimpedido da sua autonomia privada testamentária. A ministra relatora entendeu que a solenidade inobservada não era essencial, razão pela qual votou pelo reconhecimento da validade do testamento. Contudo, o ministro relator para o acórdão compreendeu que tal formalidade era grave a ponto de não poder ser relativizada.

Consideramos louvável a postura do Superior Tribunal de Justiça, que vem aplicando o princípio do *favor testamenti* para preservar os desígnios do testador sempre que possível. Ocorre que identificamos alguns aspectos problemáticos em relação ao atual entendimento do STJ. Em primeiro lugar, apesar dos notáveis avanços, ainda há um forte apego ao formalismo, ainda que mitigado: continua a se entender a forma como o único meio de assegurar a existência, a autenticidade, a segurança e a certeza de uma manifestação de última vontade. Em segundo lugar, não há critérios objetivos que nos permitam estabelecer o maior ou menor grau de gravidade dos defeitos analisados. Consideramos inadequado um sistema que se baseia inteiramente no grau de descumprimento das formalidades e

⁴³ STJ, 3ª T. REsp nº 1.677.931/MG. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.8.2017.

⁴⁴ STJ, 3ª T. REsp nº 1.639.021/SP. Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 24.10.2017.

⁴⁵ STJ, 3ª T. REsp nº 1.618.754/MG. Rel. Min. Nancy Andrighi. Rel. p/ acórdão Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 26.9.2017.

que ao mesmo tempo não estabelece – para além do casuísmo das decisões – parâmetros mínimos para mensurar a inobservância das solenidades legais.

Por fim, além dos problemas acima mencionados, veremos na próxima seção que a ideia de *substantial compliance* tem estado na contramão do mais moderno avanço legislativo em matéria sucessória.

3 O *dispensing power*

Para lidar com o exacerbado formalismo testamentário, um número considerável de jurisdições não vem adotando a *substantial compliance doctrine*, mas sim um mecanismo alternativo designado *dispensing power*. Nesse sistema, a lei confere ao juízo sucessório o poder de dispensar a análise em relação ao maior ou menor grau de observância das solenidades testamentárias pelo disponente, desde que fique suficientemente comprovado, por qualquer meio, que aquele documento apresentado judicialmente contém uma manifestação de última vontade.

Conforme compreendemos na seção anterior, a *substantial compliance doctrine* somente autoriza a mitigação do formalismo nos casos em que há uma mínima inobservância de solenidade. Isso exige uma avaliação por parte do juízo sucessório no sentido da natureza e da gravidade da formalidade violada. Com o *dispensing power*, a lógica é outra: independentemente do grau de atendimento aos requisitos solenes, havendo prova suficiente de que o *de cujus* pretendia que aquele fosse o seu testamento, este poderá ser confirmado pelo magistrado. Dessa forma, utilizando-se do *dispensing power*, o juiz poderá desconsiderar até os vícios formais altamente graves, se por outros meios se provar satisfatoriamente que existiu uma livre, desimpedida e autêntica manifestação de autonomia privada testamentária.

Concordamos com a afirmação de Bruce H. Mann no sentido de que o *dispensing power* atua de forma mais direta do que a *substantial compliance*, subordinando o formalismo e suas funções à natureza da vontade do testador.⁴⁶ Compreendemos que nesse sistema a forma deixa de ser o único meio de prova para demonstrar a segurança e a autenticidade do ato. O interessado poderá provar por outros meios que o autor de um documento teve a intenção de que aquele fosse o seu testamento, mesmo que o falecido não tenha atentado às solenidades testamentárias. O foco da análise feita pelo juízo sucessório deixa de ser a forma, por si só, e passa a ser a substância, ou seja, a existência de uma manifestação

⁴⁶ MANN, Bruce. Formalities and formalism in the Uniform Probate Code. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 142, 1994. p. 1040.

de última vontade. O grau de atendimento às solenidades pode até ser relevante, mas somente no que diz respeito a evidenciar a intenção do disponente.⁴⁷ Quanto maior a observância formal, menor será o ônus probatório do interessado em ver o ato confirmado como testamento. Por outro lado, nos casos de descumprimentos mais severos, haverá a necessidade de uma robusta produção probatória – seja por testemunhas, registros audiovisuais ou eletrônicos, perícia ou por qualquer outro meio – para a confirmação de que aquele documento é autêntico e de que nele há consubstanciada uma manifestação de última vontade.

O próprio John H. Langbein, autor da supramencionada tese da *substantial compliance*, reconheceu que o *dispensing power* é um mecanismo mais adequado. Ele passou dez anos comparando as jurisprudências dos estados australianos de Queensland e South Australia; à época, cada uma dessas jurisdições adotava, respectivamente, os mencionados mecanismos de mitigação das formalidades necessárias. Em 1987, Langbein publicou artigo argumentando que, em Queensland, as cortes vinham interpretando a ideia de *substantial compliance* como “testamento quase perfeito”, o que as levava a continuar invalidando atos nos quais o disponente tinha cometido vícios inócuos.⁴⁸ Em contraste, continuou John H. Langbein, em South Australia o uso do *dispensing power* vinha permitindo às cortes superar a crueldade do exagerado formalismo.⁴⁹ Segundo o referido autor, ao voltar-se principalmente para o grau de cumprimento das solenidades previstas na lei, a *substantial compliance doctrine* – e aqui reforçamos, a teoria que ele mesmo desenvolveu – acaba deixando de lado o aspecto principal da matéria, que é justamente a análise de se houve ou não intenção testamentária.⁵⁰

Pelas vantagens que traz, o *dispensing power* vem sendo positivado em diversas jurisdições, em especial na Austrália. A título ilustrativo, a seção 12(2) do *Wills Act* de South Australia determina que um documento será admitido como testamento, ainda que seu autor não tenha atendido às formalidades legais, se a Corte estiver satisfeita que ali estão expressas intenções testamentárias e que o sujeito pretendia que aquele documento fosse o seu testamento.⁵¹ Semelhantemente, após reforma legislativa, atualmente a seção 18 do *Succession Act* do estado

⁴⁷ MANN, Bruce. Formalities and formalism in the Uniform Probate Code. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 142, 1994. p. 1040. Mais à frente retomaremos esta temática.

⁴⁸ Conforme mencionaremos a seguir, desde então Queensland já reformou a sua legislação sucessória, superando a *substantial compliance doctrine* e adotando o *dispensing power*.

⁴⁹ LANGBEIN, John Harriss. Excusing harmless errors in the execution of wills: a report on Australia's tranquil revolution in Probate Law. *Columbia Law Review*, v. 87, n. 1, 1987. p. 1.

⁵⁰ LANGBEIN, John Harriss. Excusing harmless errors in the execution of wills: a report on Australia's tranquil revolution in Probate Law. *Columbia Law Review*, v. 87, n. 1, 1987. p. 53.

⁵¹ SOUTH AUSTRALIA. [Wills Act (1936)]. *1936 Wills Act*. Adelaide: Parliament of South Australia, [2017]. Disponível em: <https://www.legislation.sa.gov.au/LZ/C/A/WILLS%20ACT%201936/CURRENT/1936.2302.AUTH.PDF>. Acesso em: 6 jul. 2019.

australiano de Queensland permite que, para determinar o cumprimento de um testamento, o magistrado dispense a observância estrita às formalidades legais, desde que esteja satisfeito de que o disponente pretendia que aquele documento fosse a sua manifestação de última vontade.⁵² A seção 11A do *Wills Act* do Australian Capital Territory (ACT) igualmente autoriza que um documento, ou parte de um documento, seja reconhecido como testamento, ainda que ele não tenha sido elaborado de acordo com as formalidades legais, desde que a Suprema Corte local esteja satisfeita que o *de cujus* pretendia que aquilo constituísse o seu testamento.⁵³ Do mesmo modo, a seção 9 do *Wills Act* do estado de Victoria permite que o juízo sucessório dispense a análise dos requerimentos formais para celebração do testamento, desde que esteja satisfeito de que o disponente queria que aquele documento tivesse natureza testamentária.⁵⁴ Ainda nesse sentido, a seção 32 do *Wills Act* de Western Australia dá à Corte o poder de reconhecer como testamento qualquer documento, ainda que não elaborado em conformidade com as solenidades legais, desde que esteja suficientemente demonstrado que ali se contém uma vontade testamentária.⁵⁵

Não apenas na Austrália encontramos jurisdições que adotam o *dispensing power*. Neste sentido, no Canadá, a seção 23 do *Wills Act* da província de Manitoba admite que, demonstradas as intenções testamentárias do morto, o documento poderá ser reconhecido como testamento ainda que nenhum dos requisitos formais tenha sido respeitado.⁵⁶ Nos Estados Unidos, a seção 2-503 do *Uniform Probate Code* confere o *dispensing power* ao juízo de sucessões que se convença, por clara e suficiente evidência, que o documento constitui o testamento do falecido.⁵⁷

⁵² QUEENSLAND. [Succession Act (1981)]. *Succession Act 1981*. Brisbane: Queensland Parliament, [2017]. Disponível em: http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/qld/consol_act/sa1981138/s18.html. Acesso em: 6 jul. 2019.

⁵³ AUSTRALIAN CAPITAL TERRITORY. [Wills Act (1968)]. *Wills Act 1968*. Canberra: ACT Parliamentary Council, [2016]. Disponível em: <https://www.legislation.act.gov.au/View/a/1968-11/current/PDF/1968-11.PDF>. Acesso em: 20 jan. 2020.

⁵⁴ VICTORIA. [Wills Act (1997)]. *Wills Act 1997*. Melbourne: Parliament of Victoria, [2015]. Disponível em: [http://www.legislation.vic.gov.au/domino/Web_Notes/LDMS/LTObject_Store/ltobjst9.nsf/DDE300B846EED9C7CA257616000A3571/B0951DDDE3E50A57CA257E0000027C23/\\$FILE/97-88aa031%20authorised.pdf](http://www.legislation.vic.gov.au/domino/Web_Notes/LDMS/LTObject_Store/ltobjst9.nsf/DDE300B846EED9C7CA257616000A3571/B0951DDDE3E50A57CA257E0000027C23/$FILE/97-88aa031%20authorised.pdf). Acesso em: 27 jan. 2020.

⁵⁵ WESTERN AUSTRALIA. [Wills Act (1970)]. *Wills Act 1970*. Perth: Parliament of Western Australia, [2015]. Disponível em: [https://www.legislation.wa.gov.au/legislation/prod/filestore.nsf/FileURL/mrdoc_27971.pdf/\\$FILE/Wills%20Act%201970%20-%20%5B05-a0-03%5D.pdf?OpenElement](https://www.legislation.wa.gov.au/legislation/prod/filestore.nsf/FileURL/mrdoc_27971.pdf/$FILE/Wills%20Act%201970%20-%20%5B05-a0-03%5D.pdf?OpenElement). Acesso em: 20 jan. 2020.

⁵⁶ MANITOBA. [The Wills Act (1988)]. *The Wills Act*. Winnipeg: Legislative Assembly of Manitoba, [2014]. Disponível em: <https://web2.gov.mb.ca/laws/statutes/ccsm/w150e.php>. Acesso em: 6 jul. 2019.

⁵⁷ UNITED STATES UNIFORM LAW COMMISSION. [Uniform Probate Code (1990)]. *Uniform Probate Code 1990*. Chicago: Uniform Law Commission of the United States, [2010]. Disponível em: <http://njwills.blogspot.com/2015/03/section-2-503-harmless-error-uniform.html>. Acesso em: 6 jul. 2019. O *Uniform Probate Code* é uma tentativa de harmonizar as legislações sucessórias entre as diversas jurisdições norte-americanas, sendo atualmente adotado, integralmente ou parcialmente, por 19 estados norte-americanos.

Em John Gareth Miller encontramos uma interessante análise sobre as objeções a um *dispensing power*.⁵⁸ Em primeiro lugar, pode-se argumentar que seria um desencorajamento ao uso das formalidades prescritas em lei; a isso, Miller aduz que o instinto humano é mais tendente a fazer coisas de forma apropriada, ou seja, no caso, respeitando as solenidades o máximo possível. Em segundo lugar, pode-se sugerir que a judicialização aumentaria, pois haveria um encorajamento à apresentação em juízo de documentos aos quais, atualmente, seria rejeitada qualquer eficácia. Miller responde que, nas jurisdições em que o *dispensing power* foi adotado, não houve significativo aumento da judicialização e, mesmo que houvesse, ele seria compensado pela diminuição na complexidade dos procedimentos, uma vez que o magistrado teria mais liberdade para decidir. Em terceiro lugar, pode-se argumentar que haveria mais incerteza e insegurança jurídica em matéria sucessória; Miller responde que o *dispensing power* traz a discussão para o que realmente importa, a vontade do testador, e que a certeza é um objetivo importante do sistema jurídico, mas deve ser balanceado com outros objetivos, entre os quais o respeito à última vontade de um indivíduo. Por fim, pode-se sugerir que haveria um aumento inadequado no processo de inventário; Miller reconhece o problema, mas aduz que esta desvantagem deve ser considerada justificável quando ponderada em relação às vantagens.

Pelas razões acima, acreditamos que conceder o *dispensing power* ao magistrado é uma solução melhor do que a aplicação isolada da *substantial compliance doctrine*. O elemento fundamental para decidirmos em favor do *dispensing power* é a mudança de foco, da forma à substância. Quando pensamos em flexibilizar as solenidades testamentárias, o objetivo é assegurar o cumprimento ao conteúdo da autonomia privada testamentária. Apesar dos méritos pioneiros de rejeitar o formalismo absoluto, a *substantial compliance doctrine* de fato padece de uma forma amenizada do mesmo problema que ela busca combater: o seu tratamento da matéria ainda vê a forma como um fim em si; o avanço apenas se resume a não mais se admitir que uma inobservância mínima enseje o descarte de tudo aquilo que atendeu às exigências legais. Por outro lado, o *dispensing power* adequadamente não trata a forma como um fim, mas como um meio de garantir a certeza, a segurança e a autenticidade da vontade testamentária. Havendo outros modos de se alcançar a mesma finalidade, sentido não há em invalidar o negócio jurídico por vício formal, por mais grave que este seja – ainda que, nesta hipótese, haja a necessidade de um lastro probatório mais significativo.

⁵⁸ MILLER, John. Gareth. Substantial compliance and the execution of wills. *International and Comparative Law Quarterly*, n. 36, p. 575-584, 1987.

Entendemos que, em relação ao processo de apresentação do testamento, o magistrado não pode nem deve ser encarado como um burocrata cujos poderes se limitam a conferir acriticamente o cumprimento estrito de requisitos extrínsecos. Rejeitamos a postura tradicional que limita a cognição judicial às formalidades. Se fosse esse o caso, haveria uma inconsistência sistemática na impossibilidade de todo o procedimento sucessório se dar extrajudicialmente nos casos em que há manifestação de última vontade.⁵⁹ Afinal, o tabelião ou notário responsável pelo inventário administrativo seria igualmente capacitado para verificar, com fé pública, se o *check list* das solenidades legais foi integralmente cumprido.

Reconhecemos então que o juiz da sucessão não está preso às amarras do formalismo acrítico. Encontrando um vício de solenidade, seus poderes jurisdicionais envolvem a autoridade para analisar, com fundamento no conjunto de todas as provas produzidas pelas partes interessadas, se um documento com inobservância formal consubstancia uma autêntica e incólume manifestação de última vontade. Todas as circunstâncias fáticas devem ser consideradas pelo magistrado, que também procurará julgar com base em uma perspectiva unitária de ordenamento, na esteira da teoria interpretativa adotada pela metodologia civil-constitucional.⁶⁰

Em verdade, consideramos que não é sequer necessária uma reforma legislativa conferindo ao juízo sucessório o *dispensing power*. Esse poder já existe, e decorre do parágrafo único do art. 723 do Código de Processo Civil de 2015: na medida em que a confirmação judicial de testamento se trata de um procedimento de jurisdição voluntária, o magistrado não é obrigado a observar o critério da legalidade estrita, podendo adotar a solução que considerar mais conveniente ou oportuna. Nesse sentido, aprendemos com Pietro Perlingieri que a operação das leis à norma concreta não é mecânica, mas cultural, envolvendo interesses e valores.⁶¹ Os valores protegidos pela forma – notadamente a “autenticidade” e a “segurança” do ato de disposição – podem ser alcançados ainda que as formalidades não sejam significativamente cumpridas. Se for este o caso, a solução mais adequada para o caso concreto pode ser a confirmação do testamento, ainda que a letra da lei não tenha sido seguida estritamente.

Por fim, ventilamos ainda a possibilidade de adoção de um sistema misto, abrangendo tanto a *substantial compliance doctrine* quanto o *dispensing power*. Reconhecemos que as formalidades desempenham uma função significativa, que atende aos interesses dos envolvidos na sucessão. Do mesmo

⁵⁹ Código de Processo Civil de 2015, art. 610.

⁶⁰ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 254.

⁶¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 22.

modo, argumentamos que, quanto maior o descumprimento das solenidades, maior deverá ser o lastro probatório a permitir a confirmação do ato de disposição. Podemos então admitir uma presunção *juris tantum* decorrente da *substantial compliance*, ou seja, da observância formal significativa: se o defeito foi mínimo, presume-se que a despeito dele ali há um testamento válido, devendo os interessados na declaração de nulidade demonstrar que houve prejuízo à veracidade ou ao conteúdo do ato de disposição. Por outro lado, um vício solene mais grave gera uma presunção relativa de invalidade, cabendo aos interessados na confirmação do testamento comprovar que os valores perseguidos pelo formalismo foram adequadamente atendidos no caso concreto.

Conclusão

No presente artigo, inicialmente demonstramos que o formalismo em matéria testamentária não pode nem deve ser encarado como absoluto. Argumentamos que a nulidade do testamento por qualquer vício de solenidade tem um problemático potencial de fazer a forma ser um fim em si mesmo e, desse modo, prevalecer sobre a substância – o que hoje já não pode ser admitido acriticamente. Identificamos que as formalidades têm notadamente a importante função de assegurar a autenticidade e a certeza do conteúdo da manifestação de última vontade. Por outro lado, igualmente argumentamos que “proteger” não significa “sufocar”. Por essa razão, defendemos a mitigação do formalismo testamentário.

Na experiência da *common law*, encontramos duas possíveis posturas com as quais o formalismo testamentário pode ser mitigado: a *substantial compliance doctrine* e o *dispensing power*. Observamos que, de acordo com a teoria da *substantial compliance*, é possível ao magistrado confirmar um testamento com defeito formal, desde que esse seja mínimo; enquanto isso, vícios mais graves não permitem a confirmação do ato. Notamos que, diferentemente, nas jurisdições que adotam o *dispensing power*, o juízo sucessório pode considerar como um testamento válido e eficaz qualquer documento, independentemente do grau de atendimento às solenidades impostas em lei, desde que, por qualquer meio probatório, haja demonstração suficiente de que ali está verdadeiramente contida uma manifestação de última vontade.

Estudando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, encontramos diversas decisões mitigando o formalismo em matéria testamentária. Analisando o conteúdo dos referidos julgados, compreendemos que o STJ tem utilizado uma *ratio decidendi* que muito se assemelha à *substantial compliance doctrine*. Para o Tribunal da Cidadania, os vícios formais menos graves são suscetíveis de separação; enquanto isso, as mais graves inobservâncias às solenidades legais não podem ser supridas.

Depreendemos disso que a posição do Superior Tribunal de Justiça em matéria de solenidades testamentárias é elogiável, na medida em que se afasta do absoluto formalismo que decorreria da aplicação acrítica do regime geral de invalidades e que por vezes é defendido doutrinariamente. Por outro lado, concluímos que ainda há alguns aspectos problemáticos na *substantial compliance doctrine*. Em primeiro lugar, argumentamos que a análise ainda é altamente formalista, por considerar que a forma é o único meio de se provar a autenticidade e o conteúdo da manifestação de última vontade. Em segundo lugar, consideramos que há grande margem de incerteza, uma vez que não há critérios objetivos para determinar o maior ou menor grau de importância da solenidade desrespeitada. Em terceiro lugar, deduzimos que atualmente as jurisdições que enfrentam o problema ora investigado têm preferido adotar o *dispensing power*, notadamente porque a discussão judicial deixa de ser centralizada na forma, por si só, e passa a ser direcionada à prova da intenção testamentária.

Finalmente, concluímos que, a despeito dos méritos do atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, o tratamento das solenidades testamentárias no Brasil tem a ganhar com a adoção do *dispensing power*. Argumentamos que, em conformidade com a análise civil-constitucional das formalidades do negócio jurídico, o *dispensing power* é mais vantajoso por mudar o foco da discussão: da forma à substância. Por fim, sustentamos ainda que já existe base legal para o reconhecimento de tal poder do juiz da sucessão, qual seja, o parágrafo único do art. 723 do Código de Processo Civil de 2015: na medida em que a confirmação de testamento se trata de procedimento de jurisdição voluntária, o magistrado não é obrigado a observar a legalidade – no caso, formalidade – estrita.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Superando o rigor quanto às solenidades testamentárias: da *substantial compliance* ao *dispensing power*. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 26, p. 85-105, out./dez. 2020.

Recebido em: 03.02.2020

1º parecer em: 08.06.2020

2º parecer em: 17.06.2020