



O CUMPRIMENTO DE TESTAMENTO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A POSSIBILIDADE DE ADAPTAÇÃO PROCEDIMENTAL (CLÁUSULA GERAL NEGOCIAL) DO INVENTÁRIO

Cristiano Chaves de Farias

Você não sente nem vê,
Mas eu não posso deixar de dizer, meu amigo,
Que uma nova mudança, em breve, vai acontecer
E o que há algum tempo era jovem, novo,
Hoje é antigo e precisamos, todos, rejuvenescer.
(BELCHIOR, *Velha roupa colorida*)

O novo Código de Processo Civil: um balanço de mais ganhos do que perdas

Seguramente, é preciso evoluir. E com o sistema jurídico não pode ser diferente.

Lapidando argumentos, corrigindo equívocos normativos ou interpretativos, incorporando novos

conceitos e ideias, enfim, impõe-se ao jurista da contemporaneidade pensar um sistema mais eficaz e mais eficiente.

Exatamente nessa ambiência, o novo Código de Processo Civil chega em momento alvissareiro. Precisamos, de fato, atualizar as normas processuais, ajustando-as ao tempo de uma sociedade aberta, plural e multifacetada. Precisamos de um processo harmônico com o mundo eletrônico¹, com a velocidade

1 A título de curiosidade, o novo Código Instrumental admite a utilização de prova produzida por meio eletrônico no comando do seu art. 422: “Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida.

§ 1º As fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores fazem prova das imagens que reproduzem, devendo,

da informação do *WhatsApp*, com as garantias advindas do texto constitucional, com a dignidade humana, com os princípios gerais da boa-fé objetiva (comportamento probo). Sem dúvida, este novo precisava vir! Louve-se a sua chegada! Este era, certamente, o momento.

Particularmente sobre o Direito das Sucessões, o Código de Processo Civil de 2015 impõe importantes novidades, com avanços consideráveis na utilização do sistema sucessório, com vistas a uma prestação jurisdicional mais expedita e participativa: a) reconhece, expressamente, o cabimento da desconsideração *inversa* da personalidade jurídica, cujo campo fecundo de aplicação é o Direito das Famílias e das Sucessões, coibindo fraudes praticadas por empresários em detrimento do seu núcleo familiar, e até mesmo estabelecendo um procedimento para a sua aplicação (NCPC, art. 133); b) racionaliza a atuação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica (*custos juris*) nas ações de família e sucessões, restringindo-as à hipótese de interesses de incapazes (NCPC, arts. 698 e 178); c) reconhece o caráter privado do inventário, impedindo que o juiz o inicie de ofício (NCPC, art. 616); d) estabelece o cabimento do arrolamento comum quando o patrimônio transmitido pelo falecido não ultrapassar mil salários mínimos (NCPC, art. 664), permitindo o uso de um procedimento mais simplificado e célere, entre outras importantes novidades.

Todavia, malgrado sejam incontroversas as vantagens do sistema, não se pode abandonar uma necessária visão crítica do novo Código Instrumental.

É preciso, concretamente, colaborar para uma interpretação construtiva do Novo Código de Processo Civil, em especial de dispositivos que ficaram amesquinçados, sem um avanço proporcional a outras matérias tão bem normatizadas, à luz da modernidade e dos anseios de um processo mais participativo. Enfim, não podemos aceitar, passivamente, engenhos que parecem pouco adequados a um sistema jurídico que vem evoluindo bem nesses anos. Do contrário, incorreremos na preocupação literária italiana, quando advertia que, às vezes, mudamos as coisas para que tudo seja como sempre foi. Que não venhamos a lastimar que “apesar de tudo o que fizemos, ainda somos os mesmos e vivemos como nossos pais...”

Como significativo exemplo disso, o novel Código deixou passar a oportunidade histórica de permitir o procedimento de mudança de regime de bens do casamento em cartório. Cuida-se de situação indiscutivelmente privada, que não toca sequer em interesse de terceiros, por conta de sua não

retroatividade (ineficácia da alteração do regime em relação a terceiros). Mantendo-se como mero tabelião da história, o art. 734 do novo Código de Ritos manteve a necessidade de procedimento em juízo e ainda exigiu formalidades pouco práticas. Sobre o tema, já dizíamos há muito:

a respeito da exigência de autorização judicial, é de se propugnar, de maneira prospectiva e futurística, pela edição de norma legal dispensando a intervenção do Poder Judiciário e do Ministério Público, seguindo a firme tendência de intervenção mínima judicial nas relações privadas, confirmada pela Lei nº 11.441/07, que permite a dissolução consensual do casamento em cartório. Ora, se as partes podem dissolver o matrimônio em cartório (o chamado *divórcio administrativo*), certamente podem, por igual, modificar o regime de bens também em cartório, simplificando-se o procedimento e facilitando o exercício dos direitos. (FARIAS; ROSENVALD, 2015a, p. 287)².

A manutenção da exigência de prévia autorização judicial para cumprimento de testamento como procedimento autônomo e preliminar ao inventário

Outra merecida e justa crítica ao novo Código Instrumental é a manutenção da exigência de homologação prévia do testamento, mediante procedimento autônomo de jurisdição voluntária, preambular ao inventário, como condição para a partilha, deixando de lado a oportunidade de facilitação procedimental.

Repetindo a fórmula da legislação anterior, o Código de 2015 exige que, lavrado o testamento, após a abertura da sucessão (morte do testador), seja manejado um procedimento de jurisdição voluntária, autônomo, para que o juiz chancele a declaração de vontade, determinando o cumprimento da declaração de última vontade.

Como indica a legislação processual, qualquer que seja a espécie testamentária, é necessária a intervenção judicial como condição prévia para a realização da partilha. Até mesmo em relação ao testamento público³ (já acobertado de uma série

2 Concordando com essa tese, cf. Gustavo José Mendes Tepedino (2008, p. 209).

3 Farias e Rosendal (2015b, p. 357), acerca do testamento público: “O testamento público ou aberto é a modalidade de disposição de última vontade lavrada em conformidade com as declarações do disponente perante uma autoridade pública (o tabelião, por exemplo), na presença de duas testemunhas e registrado em livro próprio. Naturalmente, é a espécie envolta por maior segurança para o interessado. Em se tratando de ato praticado perante autoridade é merecedor de registro público”.

se impugnadas, ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível, realizada perícia.

§ 2º Se se tratar de fotografia publicada em jornal ou revista, será exigido um exemplar original do periódico, caso impugnada a veracidade pela outra parte.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo à forma impressa de mensagem eletrônica. (grifos nossos).

de requisitos e formalidades praticadas perante o tabelião, ali representando o próprio Estado), exige-se o controle judicial⁴:

Art. 736. Qualquer interessado, exibindo o traslado ou a certidão de testamento público, poderá requerer ao juiz que ordene o seu cumprimento, observando-se, no que couber, o disposto nos parágrafos do art. 735. (BRASIL, 2015).

Diversa não é a situação do testamento cerrado⁵, também chamado de místico ou secreto, que também é lavrado perante o tabelião, mas, por igual, imperativamente controlado pelo magistrado:

Art. 735. Recebendo testamento cerrado, o juiz, se não achar vício externo que o torne suspeito de nulidade ou falsidade, o abrirá e mandará que o escrivão o leia em presença do apresentante.

§ 1º Do termo de abertura constarão o nome do apresentante e como ele obteve o testamento, a data e o lugar do falecimento do testador, com as respectivas provas, e qualquer circunstância digna de nota.

§ 2º Depois de ouvido o Ministério Público, não havendo dúvidas a serem esclarecidas, o juiz mandará registrar, arquivar e cumprir o testamento.

§ 3º Feito o registro, será intimado o testamenteiro para assinar o termo da testamentária.

§ 4º Se não houver testamenteiro nomeado ou se ele estiver ausente ou não aceitar o encargo, o juiz nomeará testamenteiro dativo, observando-se a preferência legal.

§ 5º O testamenteiro deverá cumprir as disposições testamentárias e prestar contas em juízo do que recebeu e despendeu, observando-se o disposto em lei. (BRASIL, 2015).

Para o cumprimento do testamento particular⁶, portanto, a exigência de chancela do magistrado parece ganhar maior justificativa, apresentando-se como um verdadeiro controle de validade do negócio jurídico celebrado, por conta do seu maior grau de insegurança:

4 João Paulo Lucena (2000, p. 171) tenta justificar a exigência de chancela judicial para o testamento público com o argumento de que “o magistrado verificará a existência de qualquer circunstância digna de nota de forma”. Parece olvidar, no entanto, que o testamento público já passou pelo crivo estatal, através da verificação de formalidades pelo tabelião.

5 Sobre esse tipo de testamento, Farias e Rosendal (2015b, p. 361): “Reunindo características do testamento público e do particular, o cerrado tem uma etapa inicial submetida às regras dos instrumentos particulares, com a absoluta autonomia privada do testador. Nesse primeiro momento, cabe ao testador deliberar sobre a sua declaração de vontade, com total privacidade. Depois disso, há um segundo momento, no qual integrando a primeira etapa, haverá a efetiva entrega do instrumento elaborado à autoridade notarial, na presença das testemunhas”.

6 Farias e Rosendal (2015b, p. 367): “Cuida-se de um instrumento redigido em sua inteireza pelo declarante e, em seguida, lido, em viva-voz, e assinado na presença de três testemunhas, sem qualquer exigência de autoridade pública ou registro em cartório”.

Art. 737. A publicação do testamento particular poderá ser requerida, depois da morte do testador, pelo herdeiro, pelo legatário ou pelo testamenteiro, bem como pelo terceiro detentor do testamento, se impossibilitado de entregá-lo a algum dos outros legitimados para requerê-la.

§ 1º Serão intimados os herdeiros que não tiverem requerido a publicação do testamento.

§ 2º Verificando a presença dos requisitos da lei, ouvido o Ministério Público, o juiz confirmará o testamento.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao codicilo e aos testamentos marítimo, aeronáutico, militar e nuncupativo.

§ 4º Observar-se-á, no cumprimento do testamento, o disposto nos parágrafos do art. 735. (BRASIL, 2015).



A nossa doutrina, historicamente, vem justificando o procedimento de abertura, registro e cumprimento de testamento a partir “da própria relevância do ato, que traduz a disposição de última vontade de alguém”, com vistas em que se “faça respeitar os derradeiros desígnios do *de cujus* (denominado ‘testador’) no que se refere ao seu patrimônio” (WAMBIER et al 2015, p. 1.081).

Tratar-se-ia, por conseguinte, de um procedimento preliminar, de jurisdição voluntária, tendente a assegurar a validade da declaração de última vontade, com vistas na produção dos efeitos desejados pelo testador. É o que pensa, também, Maria Berenice Dias

(2011, p. 528), para quem a apresentação e o registro do testamento não dependem do inventário, tratando-se de “procedimento preliminar avulso”.

Consiste, pois, num procedimento autônomo, independente do inventário, com a finalidade de uma investigação judicial sobre a validade da declaração de última vontade. Vislumbra-se uma finalidade limitada: *inspecionar a existência de defeitos de validade* (que já foram objeto de análise pelo tabelião, no caso do testamento público) (MIRANDA, 1974, p. 157). Por isso, deve se negar cumprimento ao testamento que esteja maculado por vício ensejador de invalidade absoluta (nulidade), que pode ser conhecida *ex officio* pelo juiz (MIRANDA, 1974, p. 167).

De qualquer modo, mesmo que o juiz determine o cumprimento do testamento, continua franqueada ao interessado a utilização da via autônoma ordinária para impugnação da validade do ato, por meio de ação declaratória.

A competência para determinar a abertura, o registro e o cumprimento do testamento público é do juiz que detém a competência para processar e julgar o próprio inventário, realizando a partilha. Portanto, é o juiz do último domicílio do testador, conforme regra geral de competência relativa (CC, art. 1.785, e NCPC, art. 48⁷). Em se tratando de competência relativa, podem os interessados prorrogá-la, processando o pedido em foro diverso, não podendo o magistrado conhecê-la de ofício, como reza o Enunciado da Súmula 33 do Superior Tribunal de Justiça: “A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”.

Havendo interesse de incapaz no testamento, será necessária a intimação do *Parquet* para atuar como fiscal da ordem jurídica (*custos juris*). Nesse caso, é possível ao Promotor de Justiça impugnar a incompetência relativa do Juízo, conforme permissivo do art. 65 do novo *Codex*⁸.

7 Art. 48. O foro de domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade, a impugnação ou anulação de partilha extrajudicial e para todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro. Parágrafo único. Se o autor da herança não possuía domicílio certo, é competente:

I - o foro de situação dos bens imóveis;
II - havendo bens imóveis em foros diferentes, qualquer destes;
III - não havendo bens imóveis, o foro do local de qualquer dos bens do espólio. (grifos nossos).

8 Art. 65. Prorrogar-se-á a competência relativa se o réu não alegar a incompetência em preliminar de contestação. Parágrafo único. A incompetência relativa pode ser alegada pelo Ministério Público nas causas em que atuar. (grifos nossos). Incorpora a nova legislação o entendimento que já prevalecia na jurisprudência superior: “O Ministério Público, quando atua no processo como *custos legis*, o que acontece em inventário no qual haja menor interessado, tem legitimidade para arguir a incompetência relativa do juízo. Para tanto, deve demonstrar prejuízo para o incapaz. Não demonstrado

A cláusula geral de possibilidade de celebração de negócio jurídico atípico pelos interessados com alteração do procedimento

Reconhecendo que o processo pode ser um palco iluminado para a celebração de negócios jurídicos, típicos e atípicos, o art. 190 do Novo Código de Processo Civil introduz em nosso sistema uma possibilidade relevante: a cláusula geral de possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos (*Normdisposition* ou, como preferem os ingleses, *case management* ou, ainda, *contrat de procédure*, em língua francesa), como manifestação do princípio do autorregramento da vontade no processo.

Assim giza, *in litteris*, o art. 190 do novo Código Instrumental:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. (BRASIL, 2015).

A novidade merece encômios, certamente. Trata-se de manifesta democratização do processo, permitindo às partes (os maiores interessados no desfecho da demanda) adaptar o procedimento aos seus anseios e interesses – o que garante a maior participação. Para tanto, exige-se dos sujeitos do processo (advogados, juízes, etc.) uma nova compreensão cultural do litígio, mitigando a ideia ultrapassada de processo como um instrumento de beligerância.⁹

Aplaudindo a novidade, Cunha *et al* (2015, p. 190) vislumbra no dispositivo um mecanismo de afirmação dos princípios processuais da igualdade das partes e da impessoalidade.

o prejuízo tal legitimidade não se manifesta.” (BRASIL, 2007).

9 As ponderações de Montenegro Filho (2015, p. 212) merecem coro: “Embora a norma seja digna de aplausos, por democratizar o processo, temos dúvidas sobre a sua aplicação prática, por questões meramente culturais. Pensamos que não alcançamos o estágio da cordialidade extraprocessual necessário para que a norma saia do papel”.



Atente-se para o fato de que não se trata de celebração de um acordo (negócio jurídico) sobre o objeto litigioso do processo, mas, efetivamente, sobre o procedimento em si. Equivale a dizer: cuida-se de um negócio jurídico entre as partes de uma relação processual, com vistas em adaptar o procedimento contemplado na legislação, para aquele caso, às suas peculiaridades e interesses específicos, de acordo com sua conveniência.

No ponto, Fredie Didier Júnior obtempera não se tratar:

de negócio sobre o direito litigioso – essa é a autocomposição, já bastante conhecida. No caso, negocia-se sobre o processo, alterando suas regras, e não sobre o objeto litigioso do processo. São negócios que derogam normas processuais. (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 381).

Exemplos eloquentes de negócios jurídicos atípicos processuais podem ser ilustrados com um ajuste para a redução do número de testemunhas a serem arroladas pelas partes, para a restrição à utilização da execução provisória em certo procedimento ou mesmo para a impenhorabilidade de certos bens que, em linha de princípio, poderiam ser executados.¹⁰ Igualmente, é possível às partes, por meio de negócio, estabelecer

a ilicitude de determinada prova, vedando a sua utilização naquela relação processual.

Por evidente, a validade do negócio jurídico processual atípico está submetida aos requisitos gerais de validade de qualquer outro negócio jurídico, a partir da parametrização estabelecida pelo art. 104 do Código Civil: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei e vontade livre e desembaraçada.

Dessa maneira, somente é possível o ajuste negociado de procedimento quando as partes forem plenamente capazes e quando não violar proibições legais. Não teria licitude, por exemplo, o acordo para eliminar a intervenção obrigatória do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica (*custos juris*), em hipótese prevista em lei ou para se admitir uma prova considerada ilícita pela norma.

Aponte-se, outrossim, que o negócio jurídico processual atípico pode ser celebrado antes no curso do procedimento, conforme observação contida no próprio dispositivo legal: “antes ou durante o processo” (NCPC, art. 190). De fato, as partes podem, antecipadamente, por meio de um negócio jurídico, estabelecer que, sobrevindo uma demanda entre elas, o procedimento judicial tramitará por determinadas regras. Além disso, podem também, durante a litispendência, estabelecer que aquele procedimento

¹⁰ “Estão entre os poderes de convenção o poder de não recorrer, ou acordo de instância, de forma que as partes convençionem que o processo será decidido definitivamente em somente uma determinada instância.” (NEVES, 2015, p. 170).

será adaptado de determinada forma, atendendo aos seus interesses. Aliás, podem fazê-lo antes do trânsito em julgado, ainda durante a pendência de recurso, malgrado o momento ideal seja a audiência de saneamento do procedimento.

Daniel Amorim Assumpção Neves chama a atenção para um fato de relevo:

[...] pela leitura do art. 190 do novo Código de Processo Civil não há participação do juiz na elaboração do acordo procedimental... Entende-se, dessa forma, que as partes entram em acordo quanto às situações processuais e procedimento e vinculam o juízo ao seu acordo de vontades. Caberá ao juiz apenas analisar a admissibilidade do acordo (partes capazes e direito que admita autocomposição) e sua validade. (NEVES, 2015, p. 169).

A possibilidade de alteração do procedimento sucessório de cumprimento de testamento e de inventário

Volvendo a visão especificamente para as hipóteses atinentes ao Direito das Sucessões, nota-se um espaço fecundo para a aplicação da *cláusula geral de negociação processual*, conforme o balizamento do supracitado art. 190 do Código de Ritos.

Comefeito, em se tratando de uma sucessão envolvendo pessoas plenamente capazes, já se reconhece, com certa tranquilidade, uma maior possibilidade de disposição procedimental. Prova disso é o que reza o art. 610 do Novo Código de Processo Civil, autorizando o inventário extrajudicial, diretamente em cartório, quando inexistir interesse de incapaz ou disposição de última vontade.

Art. 610. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial.

§ 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. (BRASIL, 2015).

No que diz respeito à vedação da via administrativa para o inventário e partilha quando há interesse de incapaz, parece haver absoluta justificativa, em face da indisponibilidade dos seus interesses. O mesmo já não se pode dizer quando existir testamento. Efetivamente, a mera existência de declaração de última vontade não parece justificar a vedação ao uso da via cartorária.

Isso porque, se o testamento precisa de homologação judicial para que se viabilize o seu cumprimento, garantindo a idoneidade da declaração de vontade, parece absolutamente injustificável a proibição de uso da via administrativa, uma vez que já se reconheceu a plena validade da declaração de última vontade, se todos são maiores e capazes.

Ora, se o testamento já estiver homologado judicialmente (reconhecida a sua validade e eficácia), não há motivo suficiente para impedir a lavratura da escritura pública de inventário, se não houver interesse de incapaz ou conflito entre os sucessores. Parece-nos que obrigar o uso da via judicial nesse caso implica, tão somente, em excesso de formalismo e imposição de maiores custos aos interessados.

Aderindo à sagaz crítica de Flávio Tartuce:

Os diplomas legais que exigem a inexistência de testamento para que a via administrativa do inventário seja possível devem ser mitigados, especialmente nos casos em que os herdeiros são maiores, capazes e concordam com esse caminho facilitado. Nos termos do art. 5º da Lei de Introdução, o fim social da Lei n. 11.441/07 foi a redução de formalidades, devendo essa sua finalidade sempre guiar o intérprete. (TARTUCE, 2015, p. 483).

Outro importante argumento em prol da possibilidade de inventário em cartório, mesmo na existência de testamento, é o fato de que o negócio testamentário não tem por objeto, necessariamente, atos de disposição patrimonial. É absolutamente possível um inventário para outros fins, como o reconhecimento de filhos ou a nomeação de tutor. Nessa mesma direção, Christiano Cassetari problematiza:

Qual seria o malem permitir que seja feito por escritura pública o inventário havendo três filhos capazes, dois maiores de 18 anos e um emancipado por testamento do pai ou mãe que exercia o poder familiar de forma exclusiva? (CASSETARI, 2015, p. 149).

Já existe até mesmo um louvável precedente judicial do Tribunal de Justiça bandeirante, autorizando a lavratura de inventário por escritura pública quando há testamento homologado em juízo e as partes são plenamente capazes¹¹.

De qualquer maneira, visando a emprestar uma interpretação construtiva ao novo sistema processual, é de se notar a absoluta possibilidade de, sendo todos os interessados plenamente capazes

¹¹ “Consulta. Tabelionato de Notas. Lavratura de inventário notarial em existindo testamento válido. Herdeiros maiores e capazes. Inexistência de fundação. Necessidade apenas de processamento em unidade judicial quanto à abertura e registro do testamento. Possibilidade de realização de inventário extrajudicial, desde que autorizado pelo juízo competente”. (SÃO PAULO, 2014).

e estando em consenso, invocarem a cláusula geral de negócios processuais atípicos (art. 190, NCP), negociando o procedimento a ser utilizado no caso de existência de testamento.

Assim sendo, os interessados (repita-se à exaustão: plenamente capazes e sem conflitos de interesses) podem adaptar o procedimento aos seus interesses, principalmente por não lhes ser possível o uso da cartorária, por conta da existência de testamento.

Até porque, consoante a lição oportuna de Marinoni *et al*:

[...] a ideia de construção do procedimento no caso concreto não deve ser vista apenas como corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, mas também como fundamento da legitimidade do exercício da própria jurisdição [...] (MARINONI et al, 2015a, p. 464).

Assim sendo, desfecham os mesmos autores com preleção oportuna à hipótese *sub examine*:

É um equívoco supor que o procedimento, para legitimar a jurisdição, deve ser desenvolver de forma mecânica, obedecendo rigorosamente às linhas traçadas pelo legislador, sem dar à parte e ao juiz qualquer poder de adequação. Há casos em que o legislador é expressamente obrigado a deferir à parte e ao juiz o poder de concretizar o procedimento adequado, já que isso é imprescindível à tutela do direito material no caso concreto. (MARINONI et al, 2015a, p. 437).

Ora, volvendo a visão para os interesses dos sucessores, no caso de existir declaração de última vontade (testamento ou codicilo), salta aos olhos, a mais não poder, a imperativa necessidade de se lhes reconhecer o direito de facilitar o procedimento, abreviando a demora criada pelo legislador, com considerável economia de atos e despesas, quando são plenamente capazes e inexistente conflito entre eles.

Nessa linha de intelecção, podem adaptar o procedimento de inventário, estabelecendo uma fase preliminar de homologação do testamento deixado pelo falecido, garantindo a idoneidade da declaração de vontade e viabilizando o seu cumprimento, para, de imediato, *no mesmo procedimento* (sem a necessidade de uma nova petição inicial, pagamento de novas custas, etc.), já obter a partilha dos bens transmitidos. Uma negociação do procedimento, entre partes capazes, com objeto lícito e possível, com vistas à diminuição das formalidades, além de celeridade e economia para os interessados.

Trata-se, tão somente, de autorregulamentação do procedimento, realizada por ato das partes diretamente interessadas no deslinde da causa, adaptando-o às

suas necessidades, com racionalização de tempo, de atos e de despesas. Como notam Wambier et al., acobertando o entendimento aqui apresentado:

[...] a autorregulamentação entre as partes mediante celebração de negócios jurídicos processuais acerca de aspectos procedimentais da ação judicial que porventura mantenham entre si se vê prestigiada neste art. 190, [...] (WAMBIER et al, 2015, p. 351).

Assim, introduz-se uma fase de cumprimento de testamento no próprio procedimento judicial de inventário, se todos são maiores e capazes, após a qual já podem apresentar a proposta de partilha ao magistrado ou encarecer a realização judicial da divisão da herança transmitida.

Frise-se, ainda que *en passant*, que não haverá prejuízo a quem quer que seja, ou à ordem pública, porque o testamento será cancelado pelo magistrado, aferindo a sua validade e eficácia, garantindo, assim, a efetividade da declaração de última vontade do autor da herança. Além disso, as partes são plenamente capazes, também não sofrendo qualquer prejuízo.

No que diz respeito ao momento da celebração desse negócio, atentando para as linhas gerais do art. 190 do Código de 2015, nota-se a possibilidade de adaptação procedimental diretamente pelos interessados, antes ou durante o processamento do inventário, através de negócio atípico. Mas não é só.

Afigura-se-nos possível, ainda, ao próprio testador, na disposição de última vontade, estabelecer a dispensa da fase prévia autônoma de cumprimento de testamento, autorizando que a validade da declaração volitiva seja aferida no próprio procedimento de inventário, desde que sejam os interessados capazes e não estejam em conflito.

Relembre-se que, na nova estrutura do Código de Processo Civil, não haverá intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica nesse procedimento, uma vez que não há incapaz e cessou a atuação do *Parquet* em razão da existência de testamentos (art. 626)¹², corroborando essa ampla possibilidade.

E nem se tente objetar o falso argumento de que o procedimento autônomo e avulso de cumprimento de testamento seria de ordem pública e, por conseguinte, insuscetível de disposição entre as partes. Com efeito, a validade do ato testamentário continuará sendo aferida judicialmente, garantindo

12 Art. 626. Feitas as primeiras declarações, o juiz mandará citar, para os termos do inventário e da partilha, o cônjuge, o companheiro, os herdeiros e os legatários e intimar a Fazenda Pública, o *Ministério Público*, se houver herdeiro incapaz ou ausente, e o testamentário, se houver testamento. (grifo nosso).

a compatibilidade do testamento com os elementos de validade exigidos pela norma substantiva. Não há, pois, risco quanto à validade do negócio e ao respeito à intenção do testador.¹³ Apenas e tão somente as partes podem optar que esse controle judicial de validade seja operado no mesmo procedimento em que se promoverá a partilha, com significativa economia de atos, de despesas e de tempo.

Aliás, se a justificativa ideológica acerca da existência de um procedimento de cumprimento de testamento é a garantia da validade da declaração de vontade,¹⁴ não há periclitância na adaptação procedimental, se o magistrado continuar analisando os elementos de validade da cédula testamentária.

Até mesmo porque “a cognição do juiz no juízo de abertura do testamento e do codicilo é sumária”, estando “circunscrita à simples inspeção do escrito para verificar se cumprem ou não as suas formalidades extrínsecas essenciais”. Por isso, o “juiz só pode negar cumprimento ao testamento ou ao codicilo se, *prima facie*, achar vício externo que o torne suspeito de nulidade ou falsidade” (MARINONI et al, 2015, p. 710). Nota-se, bem por isso, que não existe nenhuma incompatibilidade entre a justificativa ideológica da existência do procedimento de homologação de testamento e a possibilidade de adequação de rito (negócio jurídico processual atípico), com as partes obtendo a chancela judicial reconhecedora da validade da disposição de última vontade dentro do próprio procedimento de inventário, como uma fase preambular.

Bem por isso, em se tratando de partes plenamente capazes e sem qualquer divergência quanto ao ponto, é lícita a celebração de acordo de procedimento (negócio jurídico processual atípico), com vistas em simplificar o inventário, admitindo uma fase prévia de chancela e cumprimento de testamento pelo magistrado, sem a necessidade de utilização de uma duplicidade de procedimentos.

13 A jurisprudência superior até já havia cimentado entendimento no sentido de que o juiz deve preservar a vontade do testador, respeitando a autonomia privada e sua liberdade de testar: “Em matéria testamentária, a interpretação deve ser voltada no sentido da prevalência da manifestação de vontade do testador, orientando, inclusive, o magistrado quanto à aplicação do sistema de nulidades, que apenas não poderá ser mitigado, diante da existência de fato concreto, passível de ensejar dúvida acerca da própria faculdade que tem o testador de livremente dispor acerca de seus bens, o que não se faz presente nos autos.” (BRASIL, 2011).

14 A nossa melhor doutrina é enfática em apontar o controle da validade do testamento como móvel da necessidade de chancela do juiz: “o testamento cerrado precisa ser aberto em juízo para verificar se está intacto e se não apresenta vício externo que o torne suspeito de nulidade ou falsidade. O testamento público demanda exibição do respectivo traslado ou certidão, para que o juiz ordene o seu cumprimento. E o testamento particular precisa de confirmação, com ouvida judicial das testemunhas instrumentárias.” (OLIVEIRA; AMORIM, 2003, p. 263).

Aliás, como bem pontua Cássio Scarpinella Bueno (2015, p. 162), a própria *ratio essendi* da possibilidade de negócios jurídicos processuais de adaptação procedimental é autorizar as partes a realizar “verdadeiros acordos de procedimento para otimizar e racionalizar a atividade jurisdicional” – o que se encaixa com perfeição ao que aqui se defende, no âmbito do inventário.

Até mesmo porque, como já diz o velho adágio, “a simplicidade é irmã da perfeição”.

Cuida-se, pois, de interessante novidade do sistema processual, dependendo, agora, da sua efetiva utilização pelo jurista que deve reconhecer a mudança que aconteceu e se permita rejuvenescer...



Referências

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 630.968, 3ª Turma, Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, Brasília, DF. **DJ**, 14 maio 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. 753.261, 3ª Turma, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, São Paulo. **DJe**, 5 abr. 2011.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASSETARI, Christiano. **Separação, divórcio e inventário por escritura pública**. 7. ed. São Paulo: Método, 2015.

CUNHA, M.; FIGUEIREDO, R.; DOURADO, S. **Comentários ao novo código de processo civil**. Recife: Armador, 2015.

DIAS, Maria Berenice. 2. ed. **Manual das sucessões**. São Paulo: RT, 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, **Curso de direito civil**: famílias. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015a. v. 6.

_____. **Curso de direito civil**: sucessões. São Paulo: Atlas, 2015b. v. 7.

LUCENA, João Paulo. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: RT, 2000. v. 15.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Curso de processo civil**. São Paulo: RT, 2015. v. 1.

_____. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, 2015.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 1.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Novo código de processo civil**: modificações substanciais. São Paulo: Atlas, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil**: inovações, alterações e supressões comentadas. São Paulo: Método, 2015.

OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. **Inventários e partilhas**. 15. ed. São Paulo: Leud, 2003.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo 0072828-34.2013.8.26.0100, Pedido de Providências, 2ª Vara de Registros Públicos, Relatora: Juíza Tatiana Magosso. **DOESP**, 9 maio 2014.

TARTUCE, Flávio. **O novo CPC e o direito civil**: impactos, diálogos e interações. São Paulo: Método, 2015.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Controvérsias sobre regime de bens no novo Código Civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e solidariedade**: teoria e prática do Direito de Família. Rio de Janeiro: Lumen Juris/IBDFAM, 2008.

WAMBIER, T. A. A. et al. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015.