

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

*THE TESTAMENT FULFILLMENT IN THE NEW
CIVIL PROCEDURE CODE AND THE POSSIBILITY
OF PROCEDURAL ADAPTATION (NEGOTIATING
GENERAL CLAUSE) OF THE INVENTORY*

Cristiano Chaves de Farias¹

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Civil da Faculdade Baiana de Direito. Professor de Direito Civil do Complexo de Ensino Renato Sarai-va. Mestre em Família na Sociedade Contemporânea pela Universidade Católica do Salvador. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família. E-mail: cristianofarias@uol.com.br

RESUMO: Cuida-se de texto científico em que se prospecta a possibilidade de utilização do negócio jurídico processual atípico, criado pelo art. 190 do novo Código de Processo Civil, com vistas a um ajuste de procedimento entre partes plenamente capazes, quando inexistente conflito entre elas. Através deste acerto procedimental, as partes podem abreviar a complexa regra de homologação de testamento com posterior inventário, utilizando uma via única, para obter a chancela judicial do testamento e a própria partilha do patrimônio transmitido. Nessa linha de intelecção, propõe-se a adequação procedimental como mecanismo efetivo de economia e celeridade e, por igual, de respeito à vontade do autor da herança.

PALAVRAS-CHAVES: Homologação, Testamento, Inventário, Acordo, Procedimento.

ABSTRACT: It is given attention to the scientific text in which it was considered the possibility to use atypical procedure juridical, created by the art. 190 of the new Civil Procedure Code, aiming an adjustment of procedure between fully capable parts, when there is not conflict between them. Through this procedural settlement, the parts can abbreviate the complex rule of testament with posterior inventory, using one-way, for obtaining the judicial authorization of testament and share of the transmitted patrimony. In this line of intellection, it is proposed the procedural adequacy as effective mechanism of economy and celerity, equally, respect to the wish of the heritage author.

KEYWORDS: Approval, Testament, Inventory, Agreement, Procedure.

1. 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. Até porque, lembrando a constatação de KANT, *o homem deve evoluir para o melhor*.

Exatamente nessa ambiência, o novo Código de Processo Civil chega a um momento alvissareiro. Precisamos, de fato, atualizar as normas processuais, ajustando ao tempo de uma sociedade aberta, plural e multifacetada. Precisamos de um processo harmônico com o mundo eletrônico,¹ com a velocidade da informação do *whatsApp*, as garantias advindas do Texto Constitucional, a dignidade humana e 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: *i)* reconhece, expressamente, o cabimento da

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, 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.”

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, inclusive estabelecendo um procedimento para a sua aplicação (nCPC, art. 133); *ii*) racionaliza a atuação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica (*custos juris*) nas ações de família e sucessões, restringindo à hipótese de interesses de incapazes (nCPC, arts. 698 e 178); *iii*) reconhece o caráter privado do inventário, impedindo que o juiz o inicie de ofício (nCPC, art. 616), *iv*) estabelece o cabimento de arrolamento comum quando o patrimônio transmitido pelo falecido não ultrapassar um mil salários mínimos (nCPC, art. 664), permitindo o uso de um procedimento mais simplificado e célere, dentre outras importantes novidades.

Todavia, malgrado sejam incontroversas as vantagens a serem incorporadas pelo 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 amesquinhadados, 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 perder uma necessária visão crítica e 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, não tocando, sequer, 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, inclusive, já dizíamos, de 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 nº11.441/07, 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”.²⁻³

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, através

² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, cf. *Curso de Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Atlas, 7ª ed., 2015, p. 287.

³ Concordando com essa tese, TEPEDINO, Gustavo José Mendes, cf. “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, p. 209.

de um procedimento autônomo de jurisdição voluntária, preambular ao inventário, como condição para a realização da partilha, deixando de lado a oportunidade de facilitação procedimental.

Repetindo a fórmula utilizada pela 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 chancela a declaração de vontade, determinando o cumprimento da declaração de última vontade.

Como indica a legislação processual, qualquer que seja a espécie testamentária, é preciso a intervenção judicial como condição prévia para a realização da partilha. Até mesmo em relação ao testamento público⁴ (já acobertado de uma série de requisitos e formalidades praticadas perante o tabelião, ali representando o próprio Estado), exige-se o controle judicial:⁵

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. (art. 736, nCPC)

Diversa não é a situação envolvendo o testamento cerrado,⁶ também

4 “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”, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, *Curso de Direito Civil: Sucessões*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 357.

5 JOÃO PAULO LUCENA tenta justificar a exigência de chancela judicial para o testamento público sob 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, LUCENA, João Paulo, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: RT, 2000, vol. 15, p. 171.

6 “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

chamado de místico ou secreto, que também é lavrado perante o tabelião, mas, por igual, imperativamente controlado pelo magistrado:

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. (art. 735, nCPC)

No que tange ao testamento particular,⁷ então, a exigência de chancela do magistrado para o seu cumprimento parece ganhar maior justificativa, se apresentando como um verdadeiro controle de validade do negócio jurídico celebrado, por conta do seu maior grau de insegurança:

A publicação do testamento particular poderá ser requerida, depois da morte do testador, pelo herdeiro, pelo le-

a primeira etapa, haverá a efetiva entrega do instrumento elaborado à autoridade notarial, na presença das testemunhas”, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, *Curso de Direito Civil: Sucessões*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 361.

⁷ “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”, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, *Curso de Direito Civil: Sucessões*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 367.

gatário 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.(art. 737, nCPC)

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 a que se “faça respeitar os derradeiros desígnios do de cujus (denominado ‘testador’) no que se refere ao seu patrimônio”, conforme as palavras certas de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, MARIA LÚCIA LINS CONCEIÇÃO, LEONARDO FERRES DA SILVA RIBEIRO e ROGÉRIO LICASTRO TORRES DE MELLO.⁸

Tratar-se-ia, por conseguinte, de um procedimento preliminar, de jurisdição voluntária, tendente a assegurar a validade da declaração de última vontade, com vistas à produção dos efeitos desejados pelo testador. É o que pensa, também, MARIA BERENICE DIAS, para quem a apresentação e o registro do testamento independem do inventário, tratando-se de “procedimento preliminar avulso”.⁹

Trata-se, pois, de um procedimento autônomo, independente do

8 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo, São Paulo: RT, 2015, p. 1.081.

9 DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: RT, 2ª ed., 2011, p. 528.

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).¹⁰ 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.¹¹

De qualquer modo, mesmo que determinado o cumprimento do testamento pelo juiz, ao interessado continua franqueada 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. 48¹²). 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*).

10 Assim, PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, vol. 1, p. 157.

11 PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, vol. 1, p. 167.

12 Art. 48, nCPC: “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.”

Nesse caso, é possível ao Promotor de Justiça impugnar a incompetência relativa do juízo, conforme permissivo do art. 65 do novo *Codex*.¹³⁻¹⁴

3. 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.

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

Art. 190, nCPC:

Versando o processo sobre direitos que admitam auto-composição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus,

13 Art. 65, nCPC: “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.*”

14 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 o prejuízo tal legitimidade não se manifesta.” (STJ, Ac.unân. 3ª T., REsp. 630.968/DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 20.3.07, DJU 14.5.07, p.280).

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.

A novidade merece encômios, seguramente. Trata-se de evidente manifestação de democratização do processo, permitindo às partes (sem dúvida, 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.¹⁵

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 a adaptar o procedimento contemplado na legislação para aquele caso às suas peculiaridades e interesses específicos, de acordo com a 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 li-

¹⁵ As ponderações de MISAEL MONTENEGRO FILHO 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”, MONTENEGRO FILHO, Misael. *Novo Código de Processo Civil*: modificações substanciais. São Paulo: Atlas, 2015, p. 212.

tigos do processo. São negócios que derrogam normas processuais.¹⁶

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.¹⁷ 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 violarem 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.

16 DIDIER JÚNIOR, Fredie, *Curso de Direito Processual Civil*, Salvador: JusPodivm, 17ª ed., 2015, p. 381, vol. 1.

17 “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, Daniel Amorim Assumpção, *Novo Código de Processo Civil: inovações, alterações e supressões comentadas*. São Paulo: Método, 2015, p. 170.

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. Outrossim, podem também, durante a litispendência, estabelecer que aquele procedimento será adaptada de determinada forma, atendendo aos seus interesses. Aliás, podem fazê-lo antes do trânsito em julgado, mesmo que 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.¹⁸

4. 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.

Com efeito, em se tratando de uma sucessão envolvendo pessoas

¹⁸NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Novo Código de Processo Civil: inovações, alterações e supressões comentadas*. São Paulo: Método, 2015, p. 169.

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, nCPC:

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.

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 da existência de 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.

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.¹⁹

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 mal em 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?²⁰

Já há, inclusive, 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 capazes.²¹

19 TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o Direito Civil: impactos, diálogos e interações*. São Paulo: Método, 2015, p. 483.

20 CASSETARI, Christiano. *Separação, divórcio e inventário por escritura pública*. São Paulo: Método, 7ª ed., 2015, p. 149.

21 “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 rea-

De qualquer maneira, visando emprestar uma interpretação construtiva ao novo sistema processual, é de se notar a absoluta possibilidade de, sendo todos os interessados plenamente capazes e estando em consenso, invocarem a cláusula geral de negócios processuais atípicos (art. 190, nCPC), 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, máxime por não lhes ser possível o uso da cartorária, por conta da existência de testamento.

Nessa linha de inteligência, 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 TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, MARIA LÚCIA LINS CONCEIÇÃO, LEONARDO FERRES DA SILVA RIBEIRO e ROGÉRIO LICASTRO TORRES DE MELLO²²

lização de inventário extrajudicial, desde que autorizado pelo juízo competente?. (TJ/SP, 2ª Vara de Registros Públicos, Processo 0072828-34.2013.8.26.0100 – Pedido de Providências, Juíza Tatiana Magosso, publ. DOESP 9.5.2014).

22 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de*

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.

Esta afirmação acoberta o entendimento apresentado.

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.

No que diz respeito ao momento da celebração desse negócio, atendendo para as linhas gerais do multicitado comando 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, dès 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 inexistente incapaz e cessou a atuação do *Parquet* em razão da existência de testamentos (art. 626),²³ corroborando essa ampla possibilidade.

E nem se tente objetar um falso argumento de que o procedimento

Processo Civil: artigo por artigo, São Paulo: RT, 2015, p. 351.

23 Art. 626, nCPC: “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 testamenteiro, se houver testamento.”

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 a compatibilidade do testamento com os elementos de validade exigidos pela norma substantiva. Não há, pois, risco quanto à validade do negócio. 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 da existência de um procedimento de cumprimento de testamento é a garantia da validade da declaração de vontade,²⁴ inexistente periclitacão na adaptação procedimental, se o magistrado continuará analisando os elementos de validade da cédula testamentária.

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 a 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.

Aliás, como bem pontua CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, 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*”²⁵, o que

24 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, Euclides de; AMORIM, Sebastião, *Inventários e partilhas*, São Paulo: Leud, 15ª ed., 2003, p. 263.

25 BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 162.

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*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

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

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Salvador: JusPodivm, 17ª ed., 2015, vol. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Atlas, 7ª ed., 2015, vol. 6.

_____. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2015, vol. 7.

LUCENA, João Paulo. **Comentários ao Código de Processo Civil**, São Paulo: RT, 2000, vol. 15.

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**, São Paulo: Leud, 15ª ed., 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, vol. 1

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, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo**, São Paulo: RT, 2015.

Recebido em 25/05/15 - Aprovado em 08/06/15.