

O testamento público à luz do Provimento n.º 100 do CNJ e legislação vigente

André Medeiros Toledo¹

Davi de Sousa Camboim²

Resumo

O Provimento n.º 100 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nasceu para autorizar, de maneira definitiva, a lavratura de atos notariais eletrônicos, por meio do surgimento de plataforma única (e-Notariado) para tabeliães de notas de todo o país. O conjunto normativo, recentemente publicado, trouxe amplitude de ação do notário, sem qualquer vedação à lavratura de testamento público, de forma eletrônica. Diante dos procedimentos legais atinentes ao ato notarial mais solene do nosso ordenamento, busca o presente artigo esclarecer detalhes acerca da (im)possibilidade de sua lavratura à luz do Provimento n.º 100 do CNJ e da legislação vigente.

Palavras-chave: Testamento Público. Atos notariais eletrônicos. Provimento n.º 100.

Abstract

The Provision n. 100 of Conselho Nacional de Justiça (CNJ) was created to authorize, in a permanent way, the drawing up of electronic notarial acts, through the unique platform (e-Notariado) made for the notaries of the whole country. The normative set, recently published, was born to amplify the Notary's field of action, without bringing restrictions upon the drawing up of public testaments, by electronic means. Taking into account the legal procedures regarding the most solemn notarial act of our juridical order, this present article seeks to enlighten the details that circumvent the (im)possibility of its drawing up in the light of the Provision n. 100 of CNJ and of the current legislation.

Keywords: Public testament. Electronic notarial acts, *Provimento n.º 100*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. O tabelião contemporâneo, a evolução legislativa e a sucessão testamentária. 2. Atos notariais eletrônicos. 2.1. Considerações introdutórias. 2.2. Projeto de Lei n.º 5820/2019. 2.3. Evolução

¹ 19º Tabelião de Notas de São Paulo-SP. Mestre em Direito e pós-graduado em Direito Imobiliário. Coordenador da Comissão de Direito Notarial e Registral do Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário - IBRADIM.

² Substituto do 19º Tabelião de Notas de São Paulo –SP. Pós-graduado em Direito Notarial e Registral e Direito Imobiliário.

normativa em tempos de pandemia. 2.4. Advento do Provimento n.º 100 do CNJ. 2.5. Provimento n.º 100 (CNJ) *versus* Provimentos Estaduais e do Distrito Federal: uma análise sobre o testamento público como ato notarial eletrônico. 2.6. Procedimentos para lavratura de testamento, na condição de ato notarial eletrônico. 2.6.1. Assessoramento Jurídico do Testador (art. 1.864, I, CC). 2.6.1.1. Identificação das partes e aferição da capacidade testamentária ativa. 2.6.2. A unicidade do testamento como ato notarial eletrônico (art. 1.864, II e III, CC). 2.6.3. O testamento público como ato notarial híbrido (físico mais eletrônico). 2.6.4. Rubrica do testador e assinatura digital. 2.7. Norte jurisprudencial. CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

A sociedade está sempre em constante mudança, acompanhando o movimento da história. Assim, dentre as certezas que um ser humano pode ter, a de que a sociedade sempre mudou e jamais parará de mudar pode ser considerada uma das principais delas. Entre os anos de 1770 e 1850, por exemplo, consagraram-se princípios fundamentais do Direito hodierno, como a igualdade jurídica, a proteção aos direitos individuais e o direito à propriedade, os quais se encontram inseridos, até os dias atuais, na base dos ordenamentos legais de diversos países.

Impreterivelmente, toda mudança implica dificuldades peculiares e exige das sociedades adaptação. Infelizmente, o momento vivido atualmente pode ser um dos maiores atestados de tal afirmação. Diante da pandemia ocasionada pela Covid-19, vírus que exige distanciamento social e uma série de medidas que pouco combinam com o estilo de vida do mundo globalizado, um número alarmante de pessoas adoeceu e foi a óbito. Com o risco de contaminação em alta, em função da evolução constante do coronavírus, a preocupação com a morte e suas consequências passaram a ocupar um espaço maior na mente de todos, inclusive dos brasileiros.

Acerca da efemeridade da natureza humana, temos que, desde tempos remotos, tal temática foi objeto de contemplação e análise filosófica³. Dessa forma, em face do binômio fugacidade da vida e planejamento sucessório, no contexto atual de elevadas taxas de mortalidade, as discussões sobre *testamento* encontram o seu lugar. Somente no estado do Paraná, o Ministério Público, por meio do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cíveis, Falimentares e de Liquidações Extrajudiciais, levantou que, desde o decreto

³ Platão já se remetia à efemeridade da natureza humana: “Tu que não podes prometer a ti mesmo mais de um dia, tu que mal transitas pelo mundo, tão efêmero é o teu existir, podes, com fundamentos plausíveis, decidir tais assuntos?” PLATÃO. *Les lois*, cit., p.34.

das medidas de isolamento social, a lavratura de testamentos em cartório aumentou em 70% (setenta por cento)⁴.

Entretanto, mesmo evidenciado o aumento da “procura” por esse ato notarial, as pessoas que desejam dispor do direito de testar (bem como as que necessitam dos mais variados serviços notariais) encontram limitações para fazê-lo, em virtude das restrições de deslocamento trazidas pela pandemia. Assim, não conseguem atuar fisicamente presentes. Encontram, pois, no ato notarial eletrônico, a solução para o exercício das disposições da vida civil, em especial as de última vontade, como no testamento.

1. O tabelião contemporâneo, a evolução legislativa e a sucessão testamentária

Tanto é certa a transformação social, quanto também o é a dureza da certeza da morte, de forma que a evolução das sociedades, somada aos fatos da vida cotidiana, caminha para a construção do *Direito*. Tal qual se dá com o desenhar dos regramentos (*ubi societas, ibi jus*), acontece com as normativas acerca da sucessão testamentária, de modo que o ato de testar, na continuidade histórica, assumiu uma multitude de formas, assim como ocorre *neste momento* de pandemia, com o implemento inovador de soluções para a continuidade do exercício dos direitos dos cidadãos. Nessa esteira, diz a ilustre Tabeliã Elza de Faria Rodriguez:

É imperioso salientar que a sociedade está em constante evolução, e que a lei está a serviço da sociedade, e não o contrário. O tabelião contemporâneo deve aplaudir e vivenciar com todo vigor a era das novas atribuições, da materialização e desmaterialização de documentos, da tecnologia digital, do acervo notarial, não apenas físico, mas também digital, com *backups* nas nuvens *online*. Podemos afirmar, sem medo, que as inovações e as novas atribuições apontam, para a atividade notarial, novos tempos, tempos de urbanidade, humanidade, celeridade, tecnologia digital, na antiga e ao mesmo tempo atualíssima função notarial. (RODRIGUEZ, Elza de Faria. Deontologia notarial e testamentos. Leme, SP. BH Editora: 2018. Cit., p. 71.)

⁴ MPPR. Aumento na procura por testamentos na época do Covid-19. <http://www.civel.mppr.mp.br/>, 2020. Disponível em: <<http://www.civel.mppr.mp.br/2020/05/128/Aumento-na-procura-por-testamentos-durante-a-pandemia-do-COVID-19.html>> Acesso em: 23/06/2020.

Assim, diante da velocidade dos acontecimentos, é certo, então, que aqueles que operacionalizam o direito também serão continuamente implantadores e impulsionadores das mudanças necessárias, visto que toda produção legal e normativa será, de certa forma, arcaica desde o seu nascedouro.

Nesse desaguar lógico, é natural pensarmos que as normativas jurídicas já nascem desatualizadas em relação aos avanços técnico-científicos, e que, naturalmente, os debates de edição do atual diploma civilista não se estenderam à previsão dos trágicos acontecimentos de 2020 e seus desdobramentos.

Dessa feita, é certo que a habilidade de aplicação do direito é tarefa de seus operadores, dentre estes o notário, como responsável pela apropriada instrumentalização dos atos que lhes cabem. Nasce aqui, então, o desafio de discorrermos sobre a (im)possibilidade quanto à realização de testamentos por meio eletrônico, em face do recém-editado Provimento n.º 100 do Conselho Nacional de Justiça.

2. Atos notariais eletrônicos

2.1. Considerações introdutórias⁵

Para além da sucessão legítima, o Código Civil prevê diversas alternativas para a realização das regras atinentes à sucessão testamentária, as quais dependem, naturalmente, de ritos específicos a cada tipo, estes (ritos) fixados em lei. O ato de dispor de sua última vontade fica por conta do testador, o qual é incumbido de escolher a espécie de testamento que lhe aprovar. Para que a escolha seja realizada do modo mais acertado possível, é necessário compreender que cada tipo de ato testamentário tem suas vantagens e desvantagens e, portanto, é dotado de peculiaridades intrínsecas à sua formalidade. Por vedação legal (art. 1863 do Código Civil), não é possível que os tipos sejam combinados, originando um testamento misto⁶, quanto à forma.

⁵ Sucessão testamentária: “Forma de transmissão de bens em que a vontade verdadeira do defunto se exterioriza, permitindo-se por meio de documento hábil, que seja consubstanciada a instituição de herdeiros e legatários, que são, respectivamente, sucessores a título universal e particular.” CHAVES, Carlos Fernando Brasil. Direito Sucessório e Testamentário: teoria e prática do testamento. São Paulo: Saraiva, 2016. Cit., p. 36.

⁶ “A razão dessa tipicidade é nada mais que a proteção especial que o direito quis dar à declaração de última do testador, inspirado no trinômio *Segurança* (ante a falsificações eventuais), *Respeito* (evitando-se pressões e/ou

A sucessão testamentária ordinária pode ser instrumentalizada, então, por testamento particular, testamento cerrado ou testamento público, como preconiza o art. 1862 do Código Civil, sendo este último objeto do presente trabalho.

O testamento público, por ser da competência dos Notários, e em virtude da consequente confiança que o ordenamento jurídico deposita na figura destes, trata-se da forma mais utilizada para testar no direito brasileiro, bem como nos países cuja base do Direito é de origem latina.

Sobretudo, para que os testamentos sejam realizados e, em seguida, produzam efeitos logo após aberta a sucessão, devem obedecer a um conjunto de normativas, mais adiante pormenorizadas à luz do que se pretende abordar aqui.

É perceptível que vivemos novos tempos. É certo também que uma revolução tecnológica, outrora iniciada, parece correr a passos largos nos últimos dias, em função da pandemia causada pelo coronavírus.

O uso de ferramentas de informática e de comunicação a distância tornou-se realidade do cotidiano de grande parte da população mundial.

Com os atos notariais, não foi diferente. As inovações que invariavelmente seriam implementadas, ainda que em um futuro próximo, chegaram com o objetivo de atender às necessidades dos cidadãos, que, repentinamente, foram surpreendidos com um novo modo de viver.

2.2. Projeto de Lei n.º 5820/2019

Nessa esteira de migração social para um “mundo digital”, adaptações tecnológicas (necessárias) começaram a ser implantadas no universo notarial, antes mesmo do caos de saúde pública estabelecido. Passos legislativos foram dados, inclusive, no que diz respeito às sucessões, a exemplo do Projeto de Lei n.º 5820 de outubro de 2019, que propõe nova redação ao art. 1.881 do Código Civil, no sentido de permitir assinatura eletrônica, por meio de certificado digital, e gravação de som e imagem, ambos nos casos dos codicilos.

influências de interessados) e *Sigilo* (por ter assim ter sido o desejo do testador).” CHAVES, Carlos Fernando Brasil. Direito Sucessório e Testamentário: teoria e prática do testamento. São Paulo: Saraiva, 2016. Cit., p. 51.

2.3. Evolução normativa em tempos de pandemia

Após a declaração, por parte da Organização Mundial de Saúde, em 11 de março de 2020, da pandemia causada pelo coronavírus e o reconhecimento do estado de calamidade pública, por meio do Decreto Legislativo n.º 06, de 2020, datado de 20 de março do corrente ano, expedido pelo Senado Federal do Brasil, diversas manifestações normativas relacionadas aos serviços notariais e de registro, em sede de provimentos estaduais e nacionais, foram editadas pelas Corregedorias da Justiça de cada ente federativo e pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), respectivamente.

Em virtude da pandemia, foram publicados pelo CNJ os provimentos de número 91, 93, 94, 95 e 96, datados, nesta ordem, de 22, 26 e 28 de março e 01 e 27 de abril do corrente ano. Além destes, foram expedidas as recomendações de número 45 e 46, datadas, respectivamente, de 17 de março e 22 de junho, ambas do ano de 2020, também do Conselho Nacional de Justiça. Provimentos e recomendações destinados ao serviço extrajudicial de notas e de registro.

Assim, em meados de março, o CNJ iniciou edição de recomendações e normativas *temporárias* no sentido de ressaltar a adoção de medidas preventivas por parte dos cartórios extrajudiciais no combate à Covid-19, tais como: (i) redução ou suspensão dos serviços presenciais (não remotos); (ii) trânsito eletrônico de documentos (conforme situações específicas), incluída a recepção de títulos pelas serventias de registro; (iii) dilação de prazo para os atos notariais e registrais; e (iv) diretrizes e conceitos técnicos atinentes aos documentos eletrônicos.

À medida que as normativas nacionais foram sendo editadas, as Corregedorias estaduais, em obediência inclusive à Recomendação n.º 45 do CNJ⁷, também publicaram provimentos que buscavam disciplinar temporariamente o serviço extrajudicial em suas localidades. Em todos eles, as ferramentas telemáticas foram de alguma forma mencionadas como instrumentos de solução à prevenção do contágio pelo vírus pandêmico.

Estados como Santa Catarina (31/03/2020), Rio Grande do Norte (15/04/2020), São Paulo (24/04/2020), Pará (29/04/2020), Bahia (30/04/2020) e Paraná (30/04/2020), além de outras medidas preventivas ao contágio pelo novo coronavírus e disciplinamento de atividades das variadas naturezas de serventias extrajudiciais, buscaram normatizar, ainda que provisoriamente, a lavratura de atos notariais protocolares por videoconferência.

⁷ De 17 de março de 2020.

2.4. Advento do Provimento n.º 100 do CNJ

Em 26 de maio daquele ano, como que em um passo “revolucionário”, o Conselho Nacional de Justiça publicou o Provimento n.º 100, o qual “*Dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema e-Notariado*” e “*cria a Matrícula Notarial Eletrônica-MNE e dá outras providências*”.

Diferentemente de todos os atos normativos até então publicados em âmbito nacional e estadual, trouxe a nova disposição (Prov. n.º 100) caráter não mais transitório, revogando, expressamente, todo o conteúdo editado pelas Corregedorias-Gerais de Justiça dos Estados e Distrito Federal que tratavam, em sentido contrário, “*sobre o mesmo tema ou qualquer outra forma de prática de ato notarial eletrônico, transmissão de consentimento e assinaturas remotas*”⁸.

A recém-chegada disposição do CNJ fez lançar o sistema e-Notariado – dotado de infraestrutura tecnológica necessária à atuação notarial eletrônica, disponibilizado e mantido pelo Colégio Notarial do Brasil - Conselho Federal –, com a missão de uniformizar procedimentos, trazer segurança aos usuários, oferecer transparência aos órgãos de fiscalização e interligar notários de todo o país.

O referido ato normativo “foi feliz” ao contemplar de forma ampla as questões atinentes ao ato notarial eletrônico, especialmente por buscar detalhar conceitos relacionados à tecnologia (e também interligados ao direito), pela relevância jurídica (*segurança* em sentido amplo) que trazem em si; delimitou, em seu artigo 3º, requisitos para o ato notarial eletrônico propriamente dito, quais sejam: (i) videoconferência notarial para captação do consentimento das partes sobre os termos do ato jurídico; (ii) concordância expressada pelas partes com os termos do ato notarial eletrônico; (iii) assinatura digital pelas partes, exclusivamente através do e-Notariado; (iv) assinatura do tabelião de notas com a utilização de certificado digital ICP-Brasil; e (v) o uso de formatos de documentos de longa duração com assinatura digital. Inaugurou a possibilidade de emissão de um *certificado digital notariado*, emitido na própria plataforma, além de estabelecer a existência da *Matrícula Notarial Eletrônica*, dentre outras inovações.

⁸ Artigo n.º 38, do Provimento n.º 100 do CNJ.

2.5. Provimento n.º 100 (CNJ) *versus* Provimentos Estaduais e do Distrito Federal: uma análise sobre o testamento público como ato notarial eletrônico

É incontroverso, conforme já trazido anteriormente, que o Provimento n.º 100 do CNJ, em seu art. 38, revogou expressa e taxativamente os dispositivos dos Provimentos das Corregedorias-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal que discorriam em sentido contrário ao ora estabelecido em normativa nacional.

Há de se observar, de acordo com objeto do presente estudo, que as normativas estaduais, anteriormente mencionadas⁹, traziam a possibilidade de lavratura de escritura pública a distância, com a manifestação da vontade da(s) parte(s) por videoconferência; entretanto, vedavam que assim se fosse realizado com o testamento público e a aprovação do testamento cerrado.

No que diz respeito ao testamento público, a compreensão da vedação dá-se, ao nosso ver, em função da transitoriedade dos dispositivos estaduais; e, tanto pela complexidade do tema tratado, como pela possibilidade de existência de via alternativa à forma pública, como no caso do testamento particular realizado em circunstância especiais, conforme art. 1.879, do Código Civil: “*Em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confirmado, a critério do juiz?*”.

Entretanto, um questionamento faz-se pertinente: *É possível a lavratura de testamento público, na modalidade de ato notarial eletrônico, à luz do Provimento n.º 100 do CNJ?*

Algumas considerações são merecedoras de ênfase e exposição.

Em todos os seus trinta e oito artigos, o Provimento, dado o seu caráter definitivo, e sem qualquer restrição, aponta, com aspectos minuciosos e com nítida preocupação com a segurança das partes, dos atos e das informações, um novo rumo que será trilhado pelos notários do Brasil. Perceba-se que não existe qualquer vedação à lavratura de testamento

⁹ Estado da Bahia – PROVIMENTO CONJUNTO N.º CGJ/CCI – 10/2020 GSEC – 4 de maio de 2020; Estado do Pará – PROVIMENTO CONJUNTO N/0052020- CJRMB/CJCI – de 29 de abril de 2020; Estado do Paraná/Curitiba – PORTARIA N.º 4126/2020 -CGJ – de 30 de abril de 2020; Estado do Rio Grande do Norte – PROVIMENTO N.º 202- CGJ/RN – de 15 de abril de 2020; Estado de Santa Catarina – PROVIMENTO N.º 22 – de 31 de março de 2020.

público como ato notarial eletrônico. Nesse aspecto, é como se o silêncio eloquente da norma ecoasse em benefício dos avanços desejados.

Ressalte-se também a redação do artigo 17 do referido provimento: “*Os atos notariais celebrados por meio eletrônico produzirão os efeitos previstos no ordenamento jurídico quando observarem os requisitos necessários para a sua validade, estabelecidos em lei e neste provimento*”.

Assim, observe-se o que traz a redação do artigo abordado: (i) amplitude das espécies de atos notariais suscetíveis à “*forma*” eletrônica; e (ii) necessidade de obediência dos requisitos necessários à validade do ato, *estabelecidos em lei e no provimento*, em claro respeito ao disciplinamento recentemente estabelecido pelo CNJ, com fiel observância à hierarquia das normas.

2.6. Procedimentos para lavratura de testamento, na condição de ato notarial eletrônico

Cumpra-se destacar que o exercício da atividade notarial exige o domínio de um conjunto de disciplinas compreendidas no direito, as quais sempre estão sujeitas a alterações e aperfeiçoamento. Os notários, desde os primórdios de sua atividade, sempre estiveram ligados, desse modo, às ciências jurídicas, a partir das mesmas lentes que analisaram o processo histórico.

Trata-se de responsabilidade dos tabeliães de notas auxiliar o testador na instrumentalização de sua última vontade, a qual carrega um teor de proteção material e de guarda de seus próprios interesses, com foco nos que a ele sucederão. O tabelião deverá, pois, utilizar-se de alguns princípios norteadores, para que aplique a lei de modo imparcial e garanta a expressão clara da manifestação daquele que expõe suas disposições testamentárias.

Nesse sentido, o notário utiliza seus conhecimentos jurídicos para cumprir com a função social que lhe compete. Ressalta-se que um dos principais focos dos notários, desde o início de sua atuação, foi a *prevenção do litígio*. Essa faceta do labor dos tabeliães de notas faz refletir, de modo singular, a confiança que a sociedade deposita nesses profissionais do direito, pela capacidade que têm de harmonizar sua atuação, o que o fazem ao “*medir o direito*”, bem como aplicá-lo de acordo com as formalidades da lei¹⁰.

¹⁰ “O tabelião é o inestimável antídoto da demanda. Genuíno produto da primitiva civilização, é o seguro paládio da família e o mudo penhor do lar doméstico. Escrevendo o instrumento com toda individualização e pureza, ele

Ademais, entende-se que a *atuação preventiva do notário* serve à *função social* duplamente, seja pela redução das demandas judiciais devido ao trabalho de prevenção de litígios que exerce, seja pela contribuição que realiza para com a atividade econômica estatal, por meio do exercício privado de uma delegação de serviço público, em favor da circulação de bens e riquezas.

Façamos, pois, adiante, a interpretação dos incisos e parágrafo único do art. 1.864 do Código Civil, aplicados à administração prática do Provimento n.º 100.

2.6.1. Assessoramento Jurídico do Testador (art. 1.864, I, CC)

Prevê o inciso I do art. 1864 (Código Civil), expondo o primeiro requisito essencial para lavratura do testamento público, o seguinte: “*ser escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos*”.

Como afirma o provimento, todo ato notarial eletrônico há de ser lavrado no livro de notas¹¹. Da mesma forma, sem qualquer prejuízo possível, o testamento lavrado na plataforma estabelecida obedecerá a esse requisito.

Seguindo na abordagem do mesmo inciso, temos que é certo que, para lavratura de qualquer ato notarial, há de se existir o primeiro contato entre tabelião e usuário. De acordo com o Princípio da Rogação, o tabelião age após ser demandado por parte interessada. Nunca de ofício. A relação de aconselhamento vai-se aperfeiçoando, de modo que a imediação do notário tornar-se-á evidente. Nesse momento, as “primeiras vontades” são expostas e o relacionamento de confidencialidade e assessoramento é estabelecido. Na verdade, a ação de

embarga o subterfúgio do pactuante malversor, que projeta envolver o outro nos sinuosos meandros da chicana imprevista. Confidente de todos os erros, de todos os segredos, ele aconselha a justa reparação pelo cumprimento da obrigação, pelo pagamento devido, pela restituição, pela esmola, pelo legado. Em todas as nações, mesmo nas épocas menos iluminadas, o tabelião tem merecido peculiar distinção dos poderes públicos. (...) Se o juiz põe fim à lide pela decisão, cruel para um e propícia para outro – chorando aquele e rejubilando-se este -, o tabelião, com traços de inocente pena, sem sorriso e sem lágrimas da parte, ou absorve o litígio, resolvendo-se antes de incidir na tela judiciária, ou apaga, pela quitação, seus funestos vestígios. Um bom tabelião exerce benéfico influxo nos destinos dos povos.” OLIVEIRA MACHADO, Joaquim de. *Novíssima*, cit., p. 446.

¹¹ Por ora, há a previsão da manutenção do livro físico, mesmo que o ato notarial dê-se completamente na forma eletrônica.

cuidado do notário, baseada na oitiva adequada das partes que o procuram, alicerçada de conhecimento do direito e sensibilidade notarial, servirá à profilaxia jurídica, à captação da real vontade de quem nele confia e ao melhor resultado do ato a ser lavrado.

Assim, no sentido de facilitar essa comunicação com o tabelião de notas, sabiamente preconiza o art. 32 do Provimento n.º 100 ao dizer: “*A comunicação adotada para atendimento a distância deve incluir os números dos telefones da serventia, endereços eletrônicos de e-mail, o uso de plataformas eletrônicas de comunicação e de mensagens instantâneas como WhatsApp, Skype e outras disponíveis para atendimento ao público, devendo ser dada ampla divulgação*”. Dessa forma, tabelião e testador podem e devem discutir, de forma preparatória ao ato principal, os ensaios das disposições de última vontade pelos meios telemáticos existentes.

Portanto, a partir do instante em que é acionado, o notário deve iniciar seu serviço de *assessoramento*, informando sobre as formas testamentárias ordinárias; as consequências que o ato produzirá; o caráter revogável do testamento; o processo de publicidade restrita do ato – e dirimindo dúvidas acerca das regras de sucessão, caso necessário.

2.6.1.1. Identificação das partes e aferição da capacidade testamentária ativa

Como consequência do assessoramento jurídico, já “caminhando” para a lavratura, deve o tabelião proceder com a identificação das partes e a aferição da capacidade testamentária ativa.

Acerca da identificação das partes, o art. 18 do Provimento em tela é autoexplicativo:

Art. 18. A identificação, o reconhecimento e a qualificação das partes, de forma remota, será feita pela apresentação da via original de identidade eletrônica e pelo conjunto de informações a que o tabelião teve acesso, podendo utilizar-se, em especial, do sistema de identificação do e-Notariado, de documentos digitalizados, cartões de assinatura abertos por outros notários, bases biométricas públicas ou próprias, bem como, a seu critério, de outros instrumentos de segurança. §1º O tabelião de notas poderá consultar o titular da serventia onde a firma da parte interessada esteja depositada, devendo o pedido ser atendido de pronto, por meio do envio de cópia digitalizada do cartão de assinatura e dos documentos via correio eletrônico. §2º O Colégio Notarial do Brasil - Conselho Federal poderá implantar funcionalidade eletrônica para o compartilhamento obrigatório de cartões de firmas

entre todos os usuários do e-Notariado. §3º O armazenamento da captura da imagem facial no cadastro das partes dispensa a coleta da respectiva impressão digital quando exigida.

Dessa feita, o tabelião, no exercício de seu juízo e por meio dos conhecimentos técnicos que possui, a partir dos mecanismos biométricos, uso de identificação eletrônica e compartilhamento de informações (cartões de assinatura, inclusive) entre seus pares, é capaz de aferir se testador e testemunhas são quem realmente se apresentam, por meio do conjunto de dados que lhe é apresentado.

Diga-se que bem-vindo será futuro módulo adicional que permitirá o compartilhamento de cartões de assinatura entre notários de todo o país, por meio da plataforma e-Notariado, conforme possibilidade prevista no §2º do art. 18 do Provimento n.º 100 do CNJ.

Quanto à aferição acerca da capacidade testamentária ativa, na perspectiva do ato notarial eletrônico, temos que ressaltar que o tabelião não empreende apenas seus conhecimentos jurídicos no exercício diário de suas funções. Utiliza-se o notário, demasiadamente, de sua capacidade humana empática para atestar o exercício pleno das faculdades mentais daquele que testa. Portanto, é certo o fato de que o tabelião seria capaz, ainda que realizando ato por meio eletrônico, de analisar a situação e a linguagem corporal do testador, a fim de sopesar se este realmente dispõe de sua última vontade e realiza o ato de livre e espontânea vontade, sem indução ou coação por parte de terceiros. Obviamente que cada caso concreto merece avaliação própria acerca da capacidade ativa do testador. Lembremos, por exemplo, da Recomendação n.º 46 do CNJ, publicada há pouco, a qual dispõe “*sobre medidas preventivas para que se evitem atos de violência patrimonial ou financeira contra pessoa idosa, especialmente vulnerável no período de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), no âmbito das serventias extrajudiciais e da execução dos serviços notariais*”, dada a confiança, depositada pelo Estado, nos tabeliões para defesa dos interesses dos mais vulneráveis.

Nesse sentido, a análise da capacidade ativa do testador e do dever do notário no *controle da legalidade*, este sob a ótica do princípio da juridicidade¹², dialogam. Ou seja, na

¹² “A tarefa típica desempenhada pelo notário é voltada para atingir fins jurídicos. Sua atividade principal refere-se ao âmbito jurídico da vida social. (...) A juridicidade notarial bifurca-se em dois momentos diversos. O primeiro é o da polícia jurídica notarial. O tabelião exerce polícia jurídica dos atos que realiza, isto é, o notário, nos atos que preside, deve analisar sua conformidade ao direito. (...) O segundo momento da juridicidade da

prática, implicam a competência do notário em assegurar que as disposições do testador capaz serão legalmente ajustadas, de modo a surtirem os efeitos desejados por aquele que testa. Relembremos alguns requisitos legais de validade que deverão ser observados pelos notários na celebração do ato: (i) verificar se o testador é capaz, isto é, se tem mais de 16 anos e pleno discernimento (art. 1.860 do Código Civil); (ii) se as disposições testamentárias estão em respeito à legítima dos herdeiros necessários (art. 1.857, §1º, do Código Civil); e, por fim, (iii) se foi celebrada a solenidade na presença de duas testemunhas, conforme preconiza o art. 1.864 do Código Civil, já citado.

2.6.2. A unicidade do testamento como ato notarial eletrônico (art. 1.864, II e III, CC)

Observação importante faz-se para o alinhamento da compreensão mais acertada, ao nosso ver, acerca do real significado do princípio da unicidade, aplicado, em nosso caso, aos testamentos.

Outrora, o enfoque dado pelo direito romano clássico consistia na realização de uma só cerimônia para celebração dos negócios jurídicos. Tratava-se de unidade do ato, celebrado em um mesmo tempo e lugar.

Entretanto, tal acepção encontrou obstáculo de atuação, em muito em virtude do dinamismo e da complexidade das relações jurídicas, além das implicações de deslocamento, especialmente dos grandes centros urbanos. Tal evolução social do direito e dos negócios ensejaram a iniciativa de flexibilização da unicidade do ato negocial, trazendo para um só instrumento a necessidade de apenas existirem os requisitos mínimos de sua validade. É o que a melhor doutrina tem chamado de *unicidade instrumental*.

A *unicidade*, seja ela do ato – no mesmo sentido do direito romano – ou seja a instrumental, também consiste em diretriz aplicada em sua plenitude aos testamentos públicos, e é relevante para a discussão trazida, no que diz respeito à (im)possibilidade de lavratura de testamento de forma eletrônica. Desse modo, em relação ao cumprimento desse princípio, são requisitos a serem observados para a forma pública do ato de última vontade (art. 1864 do Código Civil): (i) ser escrito por tabelião ou seu substituto no livro de notas; (ii) ser lido em voz alta e inteligível para o testador e para as duas testemunhas – se o quiser, a

função notarial é o que determina ao notário que zele pela correta manifestação de vontade das partes.”
BRANDELLI, Leonardo. Teoria Geral do Direito Notarial. 3ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2009.

leitura pode ser realizada pelo próprio testador às mesmas testemunhas e ao tabelião (ou seu substituto) –, ressalte-se que a leitura (e por via de consequência, as assinaturas também) a todos os presentes deve ser realizada em um só momento; e (iii) ser o testamento, após a leitura, assinado pelo testador, testemunhas e tabelião (ou substituto). Se o instrumento possuir mais de uma página, deverá ser rubricado pelo testador, sinalizando o conhecimento acerca de tudo aquilo que ali foi disposto.

Destarte, as formalidades prescritas pelos incisos II e III do art. 1.864 do Código Civil brasileiro referem-se à unicidade exigida na celebração do testamento público. Isto é, testador, testemunhas e tabelião (ou seu substituto legal) têm que, a *um só tempo*, acompanhar a leitura do ato, e, em seguida, deverá ser o instrumento assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião. Dá-se, então, tudo isso em uma mesma solenidade.

Na convergência do interesse da lei (e em respeito a esta) – apesar da possibilidade dada pela plataforma e-Notariado de armazenamento de videoconferências distintas para um mesmo ato notarial –, vislumbra-se como requisito essencial do testamento, lavrado como ato notarial eletrônico, a videoconferência (a ser gravada; art. 3º do Provimento n.º 100, CNJ) una, com a presença remota de testador, testemunhas e tabelião (ou substituto), *a um só tempo*.

Ainda sobre a disposição civilista “*a um só tempo*” e “*ser lido em voz alta*”, necessária se faz, para o nascedouro do testamento público pela plataforma e-Notariado, diferentemente do mínimo exigido para as demais escrituras, a gravação da leitura integral do ato (do começo ao fim), sem qualquer restrição (muito pelo contrário) dada pelo Provimento para tanto. Observe-se que o art. 3º, parágrafo único, da edição normativa do CNJ estabelece, apenas, requisitos mínimos para a gravação (art. 3º, parágrafo único: “*A gravação da videoconferência notarial deverá conter, no mínimo*” – destaque nosso).

Especial atenção deve ser dada à disposição “*na presença destas e do oficial*”, estabelecida no inciso II do art. 1.864 (CC).

Não é forçoso pensar que o conceito de “presença” passa (e deve passar) por uma ressignificação em um contexto pós-pandêmico, que tem deixado seu legado de novas práticas. Há, como muito se fala em nossos dias, um “novo normal”, estabelecido abruptamente à rotina de todas as sociedades mundiais. Além das flexibilizações legislativas – nestes tempos de pandemia –, mesmo que provisórias, atinentes ao direito condominial e societário, por exemplo (com assembleias virtuais), em uma elasticidade dos efeitos da “presença”, há de se admitir que temos hoje, como bem definido em uníssono pelos

Professores José Simão, Rodrigo Toscano e Zeno Veloso, em debate recente, duas formas hodiernas e distintas de presença: a física e a remota (por meios telemáticos), ambas de igual valor.

Há sim, na celebração de testamento como ato notarial eletrônico, a presença (remota) das partes.

Assim, a unicidade do ato, de forma alguma, é maculada.

2.6.3. O testamento público como ato notarial híbrido (físico mais eletrônico)

Leiamos com atenção as disposições do Código Civil (“*a um só tempo*” e “*na presença destas e do oficial*”) cumuladas com o art. 30 do Provimento n.º 100 (CNJ), que diz: “*Fica autorizada a realização de ato notarial híbrido, com uma das partes assinando fisicamente o ato notarial e a outra, a distância, nos termos deste provimento*”.

Um caminho provável para o qual seremos remetidos, no exercício dinâmico e surpreendente da prática notarial, é o da necessidade da lavratura de testamento público, na modalidade de *ato notarial híbrido* (assim intitulado pelo provimento).

Dessa forma, harmonizando a aplicação das normativas do Conselho Nacional de Justiça ao diploma civilista, temos que é possível a lavratura do testamento *híbrido*, desde que obedecidos os procedimentos aqui já expostos, quais sejam: realização de videoconferência una, com gravação integral da leitura do ato e assinatura de todos (presentes de forma remota ou física) *a um só tempo*.

Dessa forma, nessa celebração, permitem-se vários arranjos, todos dentro da legalidade procedimental. Exemplificando (não taxativamente): (i) pode o testador estar presente fisicamente diante do tabelião, e ambos comunicarem-se com as testemunhas por meio da plataforma e-Notariado (presença remota ou telemática) – testador assinando o livro físico e testemunhas assinando digitalmente; (ii) pode(m) uma ou as duas testemunha(s) estar(em) presente(s) fisicamente diante do tabelião, e o testador presente de forma remota – testemunhas assinando o livro físico e testador assinando digitalmente; e assim por diante.

2.6.4. Rubrica do testador e assinatura digital

Para além de todos os mecanismos de segurança do ato notarial eletrônico, oportunamente previstos pelo Provimento n.º 100 do CNJ (tais como: (i) videoconferência gravada; (ii) utilização de dados biométricos para a emissão da certificação digital; e (iii) uso de uma plataforma exclusiva e obrigatória para tal modalidade de ato notarial), há a necessidade de assinatura digital das partes.

O art. 2º do Provimento, em seu inciso III, conceituou *assinatura digital* como sendo “o resumo matemático computacionalmente calculado a partir do uso de chave privada e que pode ser verificado com o uso de chave pública, cujo certificado seja conforme a Medida Provisória n.º 2.200-2/2001 ou qualquer outra tecnologia autorizada por lei”.

É, assim, a assinatura digital mecanismo seguro, com validade reforçada pela lei, capaz de garantir a *integralidade* do documento lavrado e, ainda, ser somada ao conjunto probatório exigido pelo Provimento aqui tratado¹³. Ao assinar digitalmente, a parte assina todo o conteúdo ali disposto.

Reforce-se que todo o procedimento é feito “dentro” da plataforma e-Notariado: leitura e gravação integrais, envio do documento notarial, sem a possibilidade de sua alteração.

2.7. Norte jurisprudencial

Por meio do estudo dos pormenores da sucessão testamentária, percebe-se o interesse e a *nobreza* intrínseca à relevância dada para a vontade do testador.

¹³ Art. 10 da Medida Provisória 2.200-2/2001: “Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória. § 1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil. § 2º O disposto nesta Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação da autoria e integridade de documentos em forma eletrônica, inclusive os que utilizem certificados não emitidos pela ICP-Brasil, desde que admitido pelas partes como válido ou aceito pela pessoa a quem for oposto o documento”.

Resta perceptível que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça tem-se dado no sentido de abrandamento das formalidades do testamento, em benefício do interesse real de quem testa.

Ressalta o Professor Flávio Tartuce que a mitigação das formalidades testamentárias trazidas pelos tribunais, em favor da vontade testada, acontece na mesma medida em que a própria lei tem-se incumbido de tal feito, a exemplo do que acontecera com o atual Código Civil, em que se reduziu de cinco para duas as testemunhas exigidas para o testamento público, em relação ao diploma de 1916¹⁴.

Com fulcro na real vontade do testador, a despeito das controvérsias técnico-jurídicas que circundam a decisão do STJ¹⁵, o Tribunal decidiu recentemente pela validade de testamento particular com o lançamento apenas da impressão digital da testadora, lastreado pela preservação daquilo que esta dispôs em ato de última vontade. Disse a Ministra Relatora Nancy Andrichi: “*não se pode somente pela forma, prejudicar o conteúdo do ato de disposição quando inexistir dúvida acerca da própria manifestação da vontade do declarante*”.

Não se pretende aqui desprestigiar a forma (muito pelo contrário). Almeja-se, apenas, apontar o norte da relevância e respeito à vontade real do testador, manifestada espontaneamente e de modo seguro, em nada ofendida pelo ato notarial eletrônico aqui defendido.

CONCLUSÃO

É bem verdade que o testamento público é o ato mais solene lavrado pelo tabelião de notas, de acordo com os preceitos aqui já expostos.

Também é certo que há passos, ou melhor, saltos, que precisam ser dados em busca de uma realidade, não futura, mas presente.

Assim, resta-se esclarecido que o caráter *definitivo* trazido pelo Provimento n.º 100 do Conselho Nacional de Justiça em nada destoa das normas civilistas vigentes.

¹⁴ Da mitigação de formalidades testamentárias. <https://www.migalhas.com.br/>. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/314052/da-mitigacao-de-formalidades-testamentarias>> Acesso em: 23/06/2020.

¹⁵ REsp 1633254(2016/0276109-0 de 18/03/2020).

Há, portanto, como já exposto, alguns procedimentos específicos quando do cumprimento das formalidades exigidas para o testamento público, à luz do Código Civil, na perspectiva do ato notarial eletrônico, com destaque para a videoconferência una, a ser celebrada pela plataforma e-Notariado, com a presença de todas as partes, *a um só tempo* e com leitura e gravação integrais da solenidade.

Seria oportuna também a confecção e existência de módulo específico para os testamentos públicos a ser inserido na plataforma e-Notariado, a fim de cumprir os procedimentos já pormenorizados, com o auxílio de mecanismo computacional adequado.

Ao presente artigo competem as tecnicidades das normas jurídicas, aplicadas à possibilidade de realização de testamentos públicos por meio da plataforma apresentada pelo Provimento n.º 100 do CNJ. Entretanto, seria impossível realmente tratar de um tema tão profundo, como a sucessão, sem ao menos trazer as esferas mais humanas da função tabeliã ao texto.

O testamento público é, portanto, instrumento de extrema relevância social, pois oferta, acima de tudo, a paz aos indivíduos, revestindo de formalidade os sentimentos mais profundos da vida.

Assim, diante da perenidade das inovações trazidas à nobre função notarial pelo Conselho Nacional de Justiça, não há de se permitir que eventuais controvérsias atuem como questionamentos desacompanhados de reflexão, a fim de se ofuscar a amplitude de atuação do novo conjunto normativo. É certo que o discernimento apurado acerca do mundo atual permitirá a promoção dos avanços necessários.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- BRANDELLI, Leonardo. Teoria Geral do Direito Notarial. 3ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2009.
- CHAVES, Carlos Fernando Brasil. Direito Sucessório e Testamentário: teoria e prática do testamento. São Paulo: Saraiva, 2016
- DEL GUÉRCIO NETO, Arthur. BARELLI DEL GUÉRCIO, Lucas. O Direito Notarial e Registral em Artigos 1ª ed. – São Paulo: YK Editora, 2016.
- DEL GUÉRCIO NETO, Arthur. BARELLI DEL GUÉRCIO, Lucas. O Direito Notarial e Registral em Artigos Vol. III. 1ª ed. – São Paulo: YK Editora, 2018.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson.
- KUMPEL, Vitor Frederico. Tratado Notarial e Registral vol. III. 1ª ed. São Paulo: YK Editora, 2017
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Manual de direito notarial: da atividade e dos documentos notariais. Salvador: JusPODIVM, 2016. Curso de direito civil: sucessões – 2ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016

MPPR. Aumento na procura por testamentos na época do Covid-19. <http://www.civel.mppr.mp.br/>, 2020. Disponível em: <<http://www.civel.mppr.mp.br/2020/05/128/Aumento-na-procura-por-testamentos-durante-a-pandemia-do-COVID-19.html>> Acesso em: 23/06/2020.

OLIVEIRA MACHADO, Joaquim de. *Novíssima*.

PLATÃO. *Les lois*.

RODRIGUEZ, Elza de Faria. Deontologia notarial e testamentos. Leme, SP. BH Editora: 2018.

Revista de Direito Notarial. São Paulo: Quartier Latin, dezembro de 2013 –Anual- v.5