XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito de família e das sucessões [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Sebastião de Oliveira; Valéria Silva Galdino Cardin – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN:978-85-5505-515-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Família. 3. Sucessão. 4. Afeto. 5.Casamento. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado na cidade de São Luís – Maranhão entre os dias 15 a 17 de novembro de 2017, proporcionou visibilidade à produção científica na área jurídica acerca dos mais diversos temas, tendo por objetivo integrar e divulgar as linhas de pesquisa, os trabalhos desenvolvidos nos programas de especialização, mestrado e doutorado, bem como possibilitar a troca de experiências entre os pesquisadores das inúmeras instituições de ensino superior do nosso país.

Foi com grande satisfação que registramos a nossa participação como coordenadores da mesa do grupo de trabalho do Direito das famílias e Sucessões, o qual trouxe à tona a abordagem de inúmeros temas controvertidos, tais como a multiparentalidade e sua aplicação após o divórcio; a alienacão parental como um problema que transcende o espaço familiar em razão de sua complexidade; a coparentalidade como uma nova modalidade familiar, que é resultado da própria dinamicidade das relações sociais e afetivas hoje consolidadas; a autocuratela; a escolha do regime de bens e sua repercussão no direito sucessório; a ingerência estatal nas relações familiares; a repercussão do abandono afetivo e os danos oriundos deste; a preservação dos direitos da personalidade post-mortem; as consequências oriundas do Estatuto do Deficiente; os métodos alternativos para a solução de conflitos no âmbito familiar que contribuem para que haja um diálogo após a ruptura familiar, dentre outros.

Ante a diversidade de temas, pode-se inferir que a intenção foi estimular a reflexão e a quebra de paradigmas, para que haja a consolidação de uma sociedade mais justa, especialmente a partir do reconhecimento da entidade familiar como flexível, mutável e essencial ao pleno desenvolvimento do ser humano.

Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin - UEM/UniCesumar

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira - UniCesumar

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA ORDINÁRIA NO DIREITO COMPARADO BRASIL E PORTUGAL

BRAZIL AND PORTUGAL COMPARATIVE LAW IN COMPARATIVE LAW

Ivy Helene Lima Pagliusi
Lourena sousa costa

Resumo

O presente artigo propõe o estudo comparado da sucessão testamentária no Direito Brasileiro e no Direito Português, estabelecendo conceitos, destacando espécies, principais diferenças, e por fim, demonstrar quais as vantagens entre um regime legal e outro, por meio da análise da legislação e doutrina correspondentes ao tema.

Palavras-chave: Sucessão, Testamento, Público, Cerrado, Portugal, Brasil

Abstract/Resumen/Résumé

The present article proposes the comparative study of testamentary succession in Brazilian Law and in Portuguese Law, establishing concepts, highlighting species, main differences, and finally, to demonstrate the advantages between one legal regime and another, through analysis of legislation and doctrine Corresponding to the theme.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Succession, Testament, Public, Cerrado, Portugal, Brazil

Introdução

O presente artigo científico possui por objetivo a investigação da sucessão testamentária no Direito Brasileiro e no Direito Português, por meio do método da análise da legislação e doutrina correspondente ao tema, considerando a sua exegese comum no Direito Romano, o que ocasiona certa aproximação no regime legal dos institutos.

Dessa maneira, primeiramente serão realizadas breves considerações iniciais e o estabelecimento de linhas gerais em matéria de sucessão testamentária e contratual para que, em seguida seja conceituado o instituto do testamento, as suas espécies ordinárias, características, bem como outros temas correlatos, indicando-se as principais diferenças e semelhanças, o que, por consequência permitirá concluir as vantagens e desvantagens entre um regime legal e outro.

1 Breves considerações iniciais

Antes de adentrar no tema da sucessão testamentária, importante tecer breves considerações a respeito da sucessão propriamente dita.

Sucessão é o chamamento de uma ou mais pessoas a titularidade das relações patrimoniais de uma pessoa falecida e a consequente devolução dos seus bens. Tanto no ordenamento português quanto no brasileiro há expressa adoção do princípio da "saisine", que proclama que a sucessão aos herdeiros ocorre no momento da morte do autor da herança, regulando-se pela lei vigente à época de sua abertura.

A sucessão é forma de aquisição derivada da propriedade. O doutrinador Diogo Leite de Campos nos ensina que a morte do titular do direito é a causa da aquisição deste direito pelos herdeiros.[1]

Assim sendo, o herdeiro é investido nos direitos na mesma qualidade antes ocupada pelo sucedido. Nesse sentido, Diogo Leite de Campos esclarece que "na óptica da sucessão, é o próprio sujeito que se desloca, para vir ocupar numa relação jurídica a posição que pertencia a outrem".[2]

A figura do herdeiro não se confunde com a do legatário. Na lição de Diogo Leite de Campos, herdeiro é alguém que é chamado a subentrar na titularidade de um conjunto de

---

1 CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Almedina, 2ª ed., 2010 p. 454

2 CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Almedina, 2ª ed., 2010 p. 455.

relações jurídicas que pertenciam ao falecido, enquanto o legatário é alguém que recebe uma, ou umas certas relações jurídicas que pertenciam ao falecido.[3]

A própria lei se ocupa em distinguir o conceito de herdeiro e legatário no artigo 2.030º, número 2, do Código Civil Português. Em poucas palavras pode-se dizer que herdeiro é um sucessor a título universal pois sucede na totalidade ou em quota do patrimônio do falecido. Já o legatário é denominado sucessor a título singular, visto que recebe os bens determinados em testamento pelo falecido.

Referida transmissão do acervo patrimônio do "de cujus" pode se operar por força de lei, hipótese de sucessão legal, seja ela legítima ou legitimaria, ou pela vontade da própria pessoa sucedida manifestada em vida, caso em que se estará diante do caso da chamada sucessão voluntária, que tem por fundamento a autonomia privada, que se divide em sucessão testamentária, em decorrência de testamento, e sucessão contratual, que tem alicerce em contrato feito em vida.

Diferente do Direito Brasileiro, o Direito Português admite a sucessão contratual em determinadas hipóteses que serão verificadas em momento oportuno.

2 Linhas gerais estabelecidas entre sucessão testamentária e contratual

Em que pese a previsão da sucessão "ab intestado", também chamada de sucessão legítima, ser prevista no ordenamento jurídico brasileiro entre os artigos 1829 a 1844 do Código Civil, a própria lei elenca como principal a sucessão testamentária, por ser esta a expressão do verdadeiro desígnio do testador, preferência esta que também é consagrada no direito português.

Dessa feita, somente na ausência de testamento ou quando este for considerado inválido, é que se autoriza adotar as regras pertinentes à sucessão legítima, em outras palavras significa dizer que esta será sempre subsidiária, isto é, quando inexistir testamento válido.

A sucessão testamentária, portanto, é aquela em que o testador dispõe em documento próprio, qual seja, o testamento, a respeito do seu patrimônio construído em vida, cujos efeitos somente se operarão após o seu falecimento.

A esse respeito, importante assinalar que no Brasil, vigora como regra geral a vedação à sucessão contratual, também denominada pacto sucessório, por força do artigo 426 do Código Civil que assim dispõe: "Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva."

[3] CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Almedina, 2ª ed., 2010 p. 456

Logo, a primeira observação a ser feita é que, diferente do ordenamento jurídico português, no Brasil não é possível negócio jurídico que tenha por objeto herança de pessoa viva.

Contudo, o mesmo diploma legal permite em seu artigo 2.018, a partilha feita por ascendente aos seus descendentes em vida, respeitada a legítima, sendo esta a única exceção em que se admite tal instituto, senão vejamos: "Art. 2.018. É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários."

Por este dispositivo percebe-se uma mitigação da regra geral neste caso específico, diferente da lei portuguesa que permite a sucessão contratual sem que haja necessidade de atendimento de tais requisitos.

Enquanto a sucessão contratual é ato bilateral, pois depende de aceitação dos beneficiários, a sucessão testamentária é ato unilateral, porque independe do conhecimento ou concordância dos contemplados, que somente terão ciência após o falecimento do autor da herança.

Consequência prática disso é que para desfazer o pacto sucessório, imperioso que as partes o realizem por consenso mútuo, enquanto no testamento, tal providência inexiste, podendo ser revogada unilateralmente pelo titular da deixa sucessória.

Além disso, Brasil e Portugal se filiam ao sistema da divisão obrigatória, ou seja, em ambos há reserva da legítima aos herdeiros necessários. Ocorre que, enquanto no Brasil a reserva é de 50% (cinquenta porcento), em Portugal esta é de 30% (trinta porcento), como regra geral.

Cumpre acrescer que a maioria dos países adota a liberdade plena de dispor em testamento, não havendo referida reserva, com o que concordamos, haja vista que embora o objetivo da lei seja proteger os herdeiros ditos necessários, melhor seria que a vontade do testador pudesse se sobrepor a esta exigência legal como correlato ao direito de liberdade e da autonomia da vontade, visto tratar-se de questão eminentemente patrimonial.

2.1 Sucessão testamentária no direito português

O testamento é um acto pessoal que não pode ser feito por representante.

São proibidos os testamentos de mão comum, isto é, não podem testar no mesmo acto duas ou mais pessoas, quer em proveito recíproco, quer em proveito de terceiro.

O testamento consiste numa declaração de vontade de uma só parte e não carece de ser dirigido ou levado ao conhecimento de pessoa determinada. É livremente revogável e só se verifica a transferência dos bens para o instituído depois da morte do disponente.

Existem formas comuns e formas especiais de testamento.

As formas comuns do testamento são: o testamento público e o testamento cerrado.

O testamento público é escrito pelo notário no seu livro de notas.

O testamento cerrado é escrito e assinado pelo testador ou por outrem a seu rogo mas tem de ser aprovado pelo notário. Pode ser guardado pelo testador, por um terceiro ou ser depositado numa repartição notarial. Aquele que tiver em seu poder o testamento cerrado é obrigado a apresentá-lo no prazo de três dias a contar da data em que teve conhecimento da morte do testador. Caso o não faça, responde pelas perdas e danos que causar e, se for sucessível, perde a capacidade sucessória por indignidade.

Entre as formas especiais do testamento a lei prevê: o testamento militar, o testamento feito a bordo de navio, o testamento a bordo de aeronave, o testamento feito em caso de calamidade pública. O testamento só pode ser celebrado por alguma destas formas especiais no caso de se verificarem certas circunstâncias excepcionais previstas na lei. Fica sem efeito decorridos dois meses sobre a cessação da causa que impedia o testador de testar segundo as formas comuns.

A legislação portuguesa prevê ainda, entre as formas especiais de testamento, o testamento feito por cidadão português no estrangeiro com observância da lei estrangeira. O mesmo produz efeitos em Portugal se tiver sido observada uma forma solene na sua feitura ou aprovação.

2.2 Sucessão contratual no direito português

O ordenamento jurídico português admite a sucessão contratual a título excepcional. A sucessão contratual pode ter lugar por meio dos pactos sucessórios ou da doação para casamento que haja de produzir efeitos por morte do doador. Quer os pactos sucessórios quer a doação por morte para casamento, para serem válidos, devem estar contidos numa convenção antenupcial.

A regra, porém, é a de que a sucessão contratual é proibida. Assim, em princípio são proibidos os pactos sucessórios, sob pena de nulidade. São também proibidas as doações por

morte mas estas em vez de nulas são convertidas por força da lei em disposições testamentárias e são livremente revogáveis.

Os pactos sucessórios cuja validade é excepcionalmente admitida por lei podem ser de dois tipos: (a) a instituição contratual de herdeiro ou legatário em favor de qualquer dos esposados, feita pelo outro esposado ou por terceiro; (b) a instituição contratual de herdeiro ou legatário em favor de terceiros, feita por qualquer dos esposados. A distinção entre herdeiro e legatário é explicada a seguir na resposta à pergunta "Como é que alguém se torna herdeiro ou legatário?"

Os pactos sucessórios válidos produzem efeitos apenas depois da morte do disponente. Mas o pacto sucessório acima indicado em (a) não pode ser revogado unilateralmente depois da aceitação nem o disponente pode, em vida, prejudicar o beneficiário por actos gratuitos de disposição. Já o pacto sucessório acima indicado em (b) é livremente revogável se o terceiro não interveio na convenção antenupcial como aceitante.

Além destes dois tipos de pactos sucessórios a lei admite a validade da doação por morte para casamento. Trata-se de uma doação feita em vista dum casamento, a um dos esposados, pelo outro ou por terceiro. A doação por morte para casamento está sujeita ao regime dos pactos sucessórios e tem de ser feita na convenção antenupcial.

3 Conceito de testamento

Testamento pode ser definido como o ato formal e solene por meio do qual o testador realiza disposições de caráter patrimonial, principalmente a respeito dos seus bens, e também de caráter não patrimonial, como confissões e reconhecimento de filho, para surtir efeitos após a sua morte.

3.1 O testamento no direito português e no direito brasileiro

O Código Civil Português em seu n.º 1, do art. 2179.º assim dispõe: "Diz-se testamento o acto unilateral e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou de parte deles".

Referido conceito, conforme ensina Pires de Lima e Antunes Varela, foi melhor explanado no Código atual em relação ao anterior:

> Essa noção dúplice de testamento, centrada sobre a disposição, para além da morte,

> da totalidade ou de parte dos bens (relicta) deixados no património, tem como precedente o texto do artigo 1739º do Código Civil de 1867, que o artigo 2179º do Código vigente completa e aperfeiçoa.[4]

O testamento ordinário não se confunde com o testamento vital positivado na Lei Portuguesa nº 25/2012, que cuida das diretrizes antecipadas de vontade em matéria de tratamentos médicos, e em seu artigo 2.º, 1. define que as "diretrizes antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, são o documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio, no qual uma pessoa maior de idade e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente a sua vontade consciência, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressa a sua vontade pessoal e autonomamente."

Embora receba a mesma denominação, o testamento vital, como regra, visa produzir regulares efeitos durante a vida da pessoa e dispor a respeito de questões não patrimoniais, sendo em verdade um direito imanente humanitário decorrente da personalidade, caracteres que distinguem os institutos.

Nos ensinamentos de Pires de Lima e Antunes Varela, é possível a inclusão de disposições de carácter não patrimonial, noção formulada no nº 2, do artigo 2.179º, nos seguintes termos:

> Diz-se, efectivamente, à entrada do n.º 2, que, não obstante o testamento ser teleologicamente um acto de disposição patrimonial post mortem, ao serviço do direito de propriedade sobre as coisas, nada impede, em primeiro lugar, que no testamento se incluam disposições de carácter não patrimonial, desde que disposição especial de lei ou os usos da comunidade permitam essa inclusão.[5]

E nessa linha prossegue:

> Quer isto nos dizer que, sendo o testamento, por via de regra, um acto de disposição patrimonial mortis causa, na sequência da tutela constitucional reconhecida ao direito de propriedade, na vasta área do ter, ele é também, aos olhos da lei civil, um instrumento válido de expressão das últimas vontades do indivíduo, ao serviço dos direitos de personalidade, no largo domínio do ser. [6]

Interessante notar nesta lição que, embora muitos concebam o testamento como um acto de carácter eminentemente patrimonial, tal premissa é relativizada pela lei como direito

[4] PIRES. de Lima e VARELA Antunes. Código Civil Anotado, Volume VI, Coimbra. 1ª ed. 2011. p. 287.
[5] PIRES. de Lima e VARELA Antunes. Código Civil Anotado, Volume VI, Coimbra. 1ª ed. 2011. p. 287.
[6] PIRES. de Lima e VARELA Antunes. Código Civil Anotado, Volume VI, Coimbra. 1ª ed. 2011. p. 287.

da personalidade, podendo servir para as mais profundas considerações de ordem pessoal, ainda que somente a elas o testador tenha se limitado.

Por meio do conceito legal acima citado, verificamos os principais caracteres dos testamentos no Direito Português, conforme lição de Fernando Neto Ferreirinha[7]:

α) Negócio jurídico não receptício, posto que a produção de efeitos independe da ciência ou concordância de terceiros;

β) Acto pessoal, considerando que somente a própria pessoal pode praticar referido acto, são incompatível o instituto da representação ou que seja elaborado a arbítrio de outrem, que é proibido pelo artigo 2182º do Código Civil Português;

χ) Negócio jurídico singular ou individual, conforme preceitua o art. 2.181º do Código Civil Português que veda que duas ou mais pessoas testem no mesmo instrumento, seja em proveito recíproco ou de terceiro. Nesse quesito, vale citar o art. 1685º do mesmo diploma que permite a outorga conjugal no testamento quando concernente ao patrimônio comum do casal;

δ) Negócio jurídico "mortis causa", vez que somente produz efeitos após a morte do testador;

ε) Negócio jurídico livremente revogável, pois o testador sequer pode renunciar ao direito de revogar o testamento, à luz do art. 2311º do Código Civil Português;

ϕ) Formal, haja vista que somente são admitidas as formas comum e especial previstas em lei, atendidos determinados pressupostos e requisitos, sob pena de nulidade.

Na mesma linha são os ensinamentos de Luís A. Carvalho Fernandes que assim o classifica:

> Por referências às mais significativas classificações de negócios jurídicos já conhecidas da Teoria Geral do Direito Civil, deve acrescentar-se que o testamento é um negócio singular, pessoal, gratuito, solene e não recipiendo. Para além disso, e agora já com os olhos postos nas distinções que interessam ao acto jurídico em geral, pode ainda acrescentar-se a qualidade que o individualiza como negócio jurídico indeterminado.[8]

Interessante notar que atribuir o testamento o carácter de indeterminado refere-se ao seu conteúdo, que nem sempre será de caráter apenas patrimonial, reafirmando o já defendido alhures, como mais a frente preleciona Luís A. Carvalho Fernandes:

---

[7] FERREIRINHA. Fernando Neto. Manual de Direito Notarial – Teoria e Prática. Coimbra: Almedina.1ª ed. 2016, p. 264-266.

[8] FERNANDES. Luís A. Carvalho. Lições de Direito das Sucessões. Lisboa: Quid Juris?.1999, p. 403.

> O conteúdo do testamento está, porém, longe de se esgotar em disposições patrimoniais adequadas a assegurar essa sua função. Bem pelo contrário, porém conter-se no testamento estipulações muito diversas, algumas das quais só indirectamente se relacionam com a atribuição, por morte, dos bens do testador e outras não têm em definitivo eficácia patrimonial.[9]

Ao contrário do direito português, que conceitua expressamente o instituto, conforme visto acima, o direito brasileiro, nos artigos 1857 e 1.858 do Código Civil, dispõe que:

"Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

§ 1o A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

§ 2o São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado."

"Art. 1.858. O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo."

Em que pese a ausência de definição legal, a interpretação sistemática do Código Civil, nos artigos mencionados permite a conjugação dos mesmos caracteres supramencionados, em especial ser acto personalíssimo e revogável a qualquer momento, aspectos expressamente previstos na lei.

A única ressalva que merece ser feita é quanto às formalidades é que o Direito Brasileiro admite o testamento particular, conforme será abordado em tópico próprio.

Corroborando este entendimento, citamos a lição de Luis Guilherme Loureiro que conceitua testamento nos seguintes dizeres:

> Testamento é o ato solene e revogável pelo qual alguém, observando as disposições legais, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio pata depois de sua morte. É um ato solene pelo qual o indivíduo faz disposições de caráter patrimonial e mesmo não patrimonial, para que sejam observadas e cumpridas após a sua morte.[10]

Conclui-se neste aspecto, comparativamente, que testamento, nas suas ordens jurídicas, significa disposições de última vontade que podem se restringir as de caráter patrimonial ou limitar-se às de caráter não patrimonial, de caráter pessoal, tais como confissão, perfilhação, nomeação de tutor, reabilitação de indigno, revogação de testamento anterior ou até mesmo nomeação de testamenteira, possuindo as mesmas características, quais sejam, ser negócio unilateral não receptício, acto pessoal, individual, "mortis causa", livremente revogável e formal.

Neste particular, importante mencionar que tanto no Brasil (art. 1609, III, do Código Civil Brasileiro) quanto em Portugal (art. 1.858º do Código Civil Português) a disposição

---

9 FERNANDES. Luís A. Carvalho. Lições de Direito das Sucessões. Lisboa: Quid Juris?.1999, p. 439.

10 LOUREIRO. Luiz Guilherme. Registros Públicos – Teoria e Prática. Método. 5ª ed. São Paulo. 2014. p. 683.

correspondente ao reconhecimento de filho é tida por irrevogável, considerando que tais actos, ainda que incidentalmente manifestados em testamento estabelecem vínculo jurídico de filiação, o qual somente pode ser desconstituído por sentença judicial.

4 Espécies ordinárias de testamento

Enquanto o direito brasileiro reconhece como formas ordinárias de testamento o público, o cerrado e o particular, consoante art. 1862 do Código Civil Brasileiro, o direito luso apenas admite duas formas comuns de testamento, quais sejam, o testamento público e o cerrado (art. 2.204º, do Código Civil Português), conforme será visto a seguir.

4.1 Testamento público

O testamento público está previsto no Código Civil Português no artigo 2.205º, enquanto no Brasil no artigo 1.884 do Código Civil daquele país.

Assim como no ordenamento brasileiro, no português o testamento público é aquele feito por pessoa habilitada para tal desiderato, quem seja, o notário ou tabelião, que possui por força de lei tal atribuição para lavrar documentos públicos.

Importante, contudo, esclarecer que, embora seja feito por este funcionário público, indispensável que o documento reflita a vontade do testador, conforme pondera Luís A. Carvalho Fernandes:

> A modalidade mais corrente de testamento, na realidade das relações sociais, é o testamento público. Caracteriza-se este, como decorre do art.º 2205.º, por ser escrito por notário, em livro próprio, muito embora este funcionário público deva seguir, na elaboração do testamento, a vontade que, no acto, lhe seja manifestada pelo testador.[11]

A esse respeito, pensamos ser este a melhor forma de se promover a disposição sobre seus bens para depois da morte, vez que pelo poder de cautela o notário tomará todas as providências legais para que tal vontade não seja invalidada no futuro, o que garante a prevalência da vontade do testador.

Desse modo, elegemos este como o meio mais seguro para que a pessoa que deseja dispor a respeito do acervo patrimonial, considerando ser um acto formal e solene, que para produzir seus efeitos fica condicionado ao atendimento dos requisitos legais.

Além disso, como o testamento lavrado pelo tabelião fica arquivado em suas notas,

[11] FERNANDES. Luís A. Carvalho. Lições de Direito das Sucessões. Lisboa: Quid Juris?.1999, p. 414.

tal característica permite a sua oponibilidade perante terceiros e herdeiros, somente não surtindo efeitos quando revogado em vida por testamento.

Quanto à publicidade deste testamento, convém esclarecer que somente quando da morte do testador é que terceiros podem ter ciência do seu conteúdo. Essa regra se aplica tanto em Portugal quanto no Brasil, sendo uma exceção à publicidade dos atos públicos. Vale consignar que no Brasil, embora não existe previsão em lei em sentido estreito, tal vedação à publicidade vem sendo acrescida às normas das serventias extrajudiciais de cada Estado da Federação paulatinamente desde o ano de 2014.

Enfatiza essa ideia José de Oliveira Ascensão ao lecionar que:

> Note-se que a qualificação como público de um testamento não significa que ele esteja aberto desde logo ao conhecimento de todos: a publicidade, aqui, refere-se antes à oficialidade na sua autoria material. Enquanto o testador vive o testamento é mantido secreto, e só após a morte dele se poderá dar conhecimento a outras pessoas.[12]

4.2 Testamento cerrado

Com relação ao testamento cerrado, notamos que não a lei brasileira não se distancia da portuguesa na medida que trata-se de acto elaborado pelo próprio testador e somente chancelado pelo notário, na presença das testemunhas instrumentárias, conforme previsto no art.º 2106º, nº 1 do Código Civil Português e 1.868 do Código Civil Brasileiro.

Embora obtenha a intervenção do tabelião, após a chancela, o testamento é devolvido ao testador, sendo, por isso, chamado de místico ou sigiloso. Neste caso, o tabelião ao receber o testamento das mãos do testador procede ao seu fechamento e lacre, sendo apenas aprovado pelo notário.

Nas lições de Luís A. Carvalho Fernandes:

> A garantia da autenticidade, que, como é natural, deve acompanhar um acto de relevância do testamento, impõe, porém, que, para ser válido, o testamento cerrado seja aprovado pelo notário, segundo o regime que se contém fundamentalmente no Código do Notariado.[13]

Essa denominação é atribuída ao testamento cerrado, porque neste sequer o tabelião toma ciência do seu conteúdo, que fica circunscrito ao testador e as testemunhas que participam do acto.

Vale esclarecer que o testamento cerrado, embora tenha a vantagem da

---

[12] ASCENSÃO. José de Oliveira. Direito Civil Sucessões. Coimbra: Coimbra, p. 77.
[13] FERNANDES. Luís A. Carvalho. Lições de Direito das Sucessões. Lisboa: Quid Juris?.1999, p. 414.

confidencialidade quanto ao seu conteúdo, pode ser facilmente deteriorado, por extravio ou perda ou ainda, ser revogado em razão da sua abertura, seja esta autorizada ou não pelo testador, razão pela qual preferimos o testamento público, conforme já defendido.

4.3 Testamento particular

Esta modalidade de testamento não é contemplada no Direito Português, de modo que apenas no Brasil possui incidência, nos moldes dos artigos 1876 e seguintes do Código Civil Brasileiro.

Sobre o assunto, importante salientar que a lei brasileira não exige grandes formalidades para a sua validade, mas tão somente que o testamento seja subscrito pelo testador de próprio punho ou processo mecânico, porém necessariamente assinado por ele, razão pela qual aos cegos e analfabetos é defeso se valer deste tipo de testamento, aos quais somente se admite testar por meio da forma pública.

A lei brasileira ainda, condiciona a validade do testamento hológrafo, à assinatura de três testemunhas, que deverão acompanhar a leitura e assinar ao final, juntamente com o testador, conforme orienta os §§ 1º e 2º do artigo 1876 do referido diploma legal.

Embora previsto nesses termos, a doutrina brasileira criticamos quanto à sua conservação, vez que não sendo objeto de registro em órgão público próprio, pode ser facilmente deteriorado, não surtindo os efeitos almejados pelo autor da herança, motivo pelo qual melhor que se adote a forma pública ou cerrada, tal qual o modelo português.

5 Da capacidade para testar

O artigo 2188º do Código Civil Português dispõe que "podem testar todos os indivíduos que a lei não declare incapazes de o fazer."

Neste tópico, nota-se certa dessemelhança entre os institutos, pois no Brasil a capacidade para testar é atingida aos 16 (dezesseis) anos, enquanto em Portugal o diploma legal regula que qualquer pessoa capaz pode testar, capacidade esta atingida como regra aos 18 (dezoito) anos, salvo no caso de menor emancipado, que de acordo com a lei lusitana somente é possível por meio do casamento.

De acordo com a lição de Pires de Lima e Antunes Varela merece destaque a impossibilidade do acto ser praticado por pessoas jurídicas ao afirmar que "as pessoas colectivas, atenta a sua perpetuidade e as regras objectivas especiais a que obedece a

transmissão dos seus bens no caso excepcional da sua extinção, não gozam da capacidade de testar."[14]

O artigo 1857 do Código Civil utiliza da nomenclatura "toda pessoa capaz" quando se refere à capacidade testamentária. Ocorre que, embora não haja expressa vedação às pessoas colectivas, a doutrina rechaça tal possibilidade, pelos mesmos motivos acima declinados, vez que incompatível com a natureza jurídica da mesma.

O artigo 2189.º do Código Civil Português, por sua vez, expressamente proíbe a prática de testamento aos menores não emancipados e os interditos por anomalia psíquica, donde fica nítida a noção de que somente os maiores de 18 (dezoito) anos, e portanto, plenamente capazes possuem capacidade para testar.

Ademais, o artigo 2.190º Código Civil Português prevê como consequência a nulidade do testamento feito por indivíduo incapaz.

6 Da vedação de testar no mesmo instrumento

Nesse quesito, importante destacar que ambos ordenamentos expressamente proíbem que o testamento seja feito na mesma cédula, sob pena de comprometer a livre vontade do testador. Assim, fica vedado os testamentos de mão comum, coletivos ou conjuntivos, nos termos do art. 2.181º do Código Civil Português. Idêntica previsão é encontrada no artigo 1.863 do Código Civil Brasileiro.

Aludida previsão legal é acertada, pois o testamento conjuntivo fere o carácter personalíssimo do ato, ocasião em que a própria lei o fere de nulidade.

Nesse sentido, leciona Pires de Lima e Antunes Varela:

> A forma como o princípio é enunciado na norma deixa nitidamente transparecer a ideia de que o pensamento que o legislador acima de tudo quis exprimir foi o da sua repugnância contra a possibilidade verdadeiramente herética de mais de uma pessoas colaborar na realização de um acto jurídico por sua natureza essencialmente livre, revogável e modificável até à hora da morte de cada um.[15]

Vale explicar que nada obsta que duas pessoas sejam beneficiárias entre si, desde que em atos separados, conservando a sua plena liberdade de atuação. Evidente que há casos que o marido deseja beneficiar a esposa ou o contrário, bem como um irmão ou outro. Nestes casos não há que se operar a nulidade prevista no referido artigo, conforme ensina Pires de Lima e Antunes Varela ao debater tais hipóteses:

> Em nenhum destes casos, ou de casos semelhantes, haverá nulidade por violação do

[14] PIRES. de Lima e VARELA Antunes. Código Civil Anotado, Volume VI, Coimbra. 1ª ed. 2011. p. 307.

[15] PIRES. de Lima e VARELA Antunes. Código Civil Anotado, Volume VI, Coimbra. 1ª ed. 2011. p. 290.

> disposto no artigo 2.181.º, desde que, formalmente, não haja um só testamento, apesar de ser visível a simultaneidade dos dois actos de testar ou seja porventura manifesta a ligação psicológica existente entre as cláusulas de um e outro.[16]

7 Casos de indisponibilidade relativa

A exemplo da lei portuguesa, a lei brasileira também conhece casos de indisponibilidade relativa, determinado rol de pessoas impedidas de serem beneficiadas em testamento. O objetivo do legislador nesse ponto é assegurar a liberdade de testar.

Verifica-se pela leitura do artigo 2.192º a 2.197º do Código Civil Lusitano que há mais casos em que se proíbe a legitimação para ser contemplado em testamento no Direito Português em relação ao Direito Brasileiro no artigo 1801 do Código Civil daquele país.

Nesse sentido, Luís A. Carvalho Fernandes doutrina que:

> A indisponibilidade testamentária traduz-se numa limitação à livre e válida disposição de bens pelo testador, quando a correspondente faculdade seja exercida em relação a determinadas pessoas que mantêm (ou mantiveram) com o testador uma relação que pode perturbar o seu exercício livre e esclarecido. Por isso – isto é -, por a limitação se referir apenas a certas pessoas, a lei identifica a indisponibilidade como relativa.[17]

A consequência jurídica, contudo, em desrespeitar tal normativa é a mesma, qual seja, a nulidade da disposição, reputada de nenhum efeito jurídico (art. 2198.º, nº 1, do Código Civil Português).

A título de curiosidade destaca-se que o Brasil admite a contemplação de médicos e enfermeiras que tenham assistido o testador, hipótese expressamente vedada pela lei portuguesa.

8 Procedimento diferenciado

Interessante notar que em Portugal o notário é obrigado a abrir o teor do testamento, comunicando aos herdeiros após o falecimento do testador por meio de carta registrada. Tal previsão inexiste no Brasil, cabendo aos interessados realizar buscas nesse sentido quando do evento morte, merecendo destaque a legislação portuguesa nesse sentido.

9 Inventário negativo

---

[16] PIRES. de Lima e VARELA Antunes. Código Civil Anotado, Volume VI, Coimbra. 1ª ed. 2011. p. 291.
[17] FERNANDES. Luís A. Carvalho. Lições de Direito das Sucessões. Lisboa: Quid Juris?.1999, p. 421.

Embora não diga respeito ao tema testamento, cumpre destacar a possibilidade dos herdeiros procederem ao inventário negativo a fim de evitar responsabilidade patrimonial, em especial quando a dívida do "de cujus" supera o ativo.

No Brasil tal modalidade de inventário está regulada no art. 28 da Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça que prega ser admissível aos herdeiros o inventário negativo por meio de escritura pública.

Conclusão

Após contextualizar o instituto do testamento em matéria de sucessão e feitas estas considerações comparando o Direito Português e o Brasileiro, depreende-se que os testamentos ordinários são bem próximos entre si do ponto de vista jurídico, apenas apresentando algumas nuances em razão das peculiaridades e costumes de cada país.

Por meio deste estudo, percebe-se que o conceito de testamento que vigora tanto no Brasil quanto em Portugal é deveras similar, bem como os seus caracteres, merecendo apenas mencionar-se que malgrado o Brasil admite como forma comum o testamento privado, cujas críticas foram tecidas no tópico apropriado.

Quanto a questão da publicidade do testamento público, restou claro que o seu conteúdo não deve ser divulgado antes do falecimento do testador, sendo um acto de natureza pessoal e revogável a qualquer momento. Foi esclarecido que embora no Brasil não exista previsão legal expressa, tal providência vem sendo adotada nos mais diversos estados federativos pelas normas que regem os serviços notariais.

Em relação a capacidade para testar, tratou-se de diferenciar que no Brasil esta é atingida aos 16 (dezesseis) anos, por expressa previsão legal, enquanto em Portugal, como regra, é admitida a partir dos 18 (dezoito) anos, salvo emancipação por força de casamento.

No que concerne a vedação de testar na mesma cédula testamentária, depreendemos que a mesma proibição vigora tanto em Portugal quanto no Brasil, sob pena de nulidade absoluta do instrumento.

Já no que diz respeito à incapacidade relativa de ser contemplado em testamento, restou delineado que o rol de ilegitimados em Portugal é maior quando comparado com o do Brasil, donde percebe-se a preocupação do legislador português em assegurar a liberdade de testar em sua plenitude.

Quanto ao procedimento de informar aos herdeiros quando da morte do testador, merece aplausos o ordenamento luso por ser mais pró-ativo, vez que o notário tem o dever de

prontamente comunicar os herdeiros a respeito do testamento após o evento morte, diferente do Brasil que depende de buscas nos serviços notariais, que não abrangem o testamento particular, de difícil constatação, devendo o legislador brasileiro se inspirar na norma português para que haja avanços nesse sentido.

Bibliografia

ASCENSÃO. José de Oliveira. **Direito Civil Sucessões**. Coimbra: Coimbra.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de direito da família e das sucessões.** 2. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2010. ISBN 978-972-40-0993-3.

FERNANDES. Luís A. Carvalho. **Lições de Direito das Sucessões**. Lisboa: Quid Juris?.1999, p. 403.

FERREIRINHA. Fernando Neto. **Manual de Direito Notarial – Teoria e Prática**. Coimbra: Almedina.1ª ed. Coimbra. 2016.

LOUREIRO. Luiz Guilherme. **Registros Públicos – Teoria e Prática**. Método. 5ª ed. São Paulo. 2014.

PIRES. de Lima e VARELA Antunes. **Código Civil Anotado, Volume VI**, Coimbra. 1ª ed. 2011.