

# Capacidade testamentária passiva em direito internacional privado

(PARECER)

por Domingos Alvarez

Licenciado em Direito e em Ciências Económicas e Financeiras

A., de nacionalidade portuguesa, único filho, embora ilegítimo e perfilhado, e B., seu pai, de nacionalidade francesa, pedem-nos parecer sobre a sua capacidade testamentária passiva relativamente à sua sucessão nos bens imóveis, sitos na África do Sul, que uma cláusula testamentária dum seu bisavô, inglês, manda atribuir aos netos de C., mãe legítima do pai do consulente.

Tendo-se levantado dúvidas sobre a sua inclusão na sucessão, por haver outros netos, legítimos, provenientes de outros ramos ou stirpes, que com ele concorrem à herança dos mesmos bens — pretende ser esclarecido sobre o seu direito.

Não me foi presente cópia do testamento, tão-pouco sequer da cláusula testamentária em referência, pela qual, segundo sua informação, os beneficiários são os netos de C., sem qualquer especificação ou excepção.

Analisaremos o problema sucessivamente:

- (1) Em face dos princípios gerais informadores do direito de testar, em qualquer país civilizado.
- (2) Em face do direito interno português.
- (3) Em face do direito internacional privado.
- (4) Conclusões.

## I

*O problema, em face dos princípios gerais, informadores do direito de testar, em qualquer país civilizado*

1. Não conheço, com precisão, a extensão da dúvida que possa levantar-se, à face da legislação e doutrina inglesa e da África do Sul, sobre a interpretação a dar ao termo «netos», empregado, sem qualquer delimitação, na cláusula testamentária do ascendente do consulente.

Todavia, se a cláusula testamentária se refere apenas a «netos», é ponto firme que tal termo tanto pode designar os netos legítimos como os netos ilegítimos e ainda ambos simultaneamente.

É princípio geral de interpretação que «onde o texto interpretado não distingue, não pode o intérprete distinguir».

Este princípio leva à conclusão de que a palavra «netos» abrange tanto os legítimos como os ilegítimos. Qualquer excepção teria de constar expressamente do testamento. Mas é de presumir que a aplicação daquele princípio não baste para esclarecer a dúvida posta, em face da desrinça e condicionamento contidos nas legislações em referência sobre a família legítima e ilegítima. Se assim não fora, não se poria a dúvida.

2. Mantida, deste modo, a dúvida posta, mesmo em presença daquele princípio geral de hermenêutica, procuremos determinar-lhe o seu alcance.

Hipóteses há em que a expressão «netos», empregada genêricamente e sem qualquer delimitação, num tal testamento, terá de abranger forçosamente o neto ou netos ilegítimos.

Assim, se o testador só tiver um neto ilegítimo ou, apenas, netos ilegítimos, parece-me inegável que determinando pelo seu testamento a atribuição de certos bens aos seus netos, e não havendo outros senão os ilegítimos, será nestes que haverá de cumprir-se a cláusula testamentária.

Deixar de cumprir deste modo o testamento, para passar a atribuir os bens a outros parentes que não são netos, seria, além de absurdo, ferir a livre vontade do testador enquanto quis beneficiar, por essa cláusula, apenas a sua descendência.

3. Dir-se-á, porém: a dúvida só surge quando houver concorrência à herança entre netos legítimos e ilegítimos.

Ainda neste caso, tal dúvida terá sempre de sofrer considerável limitação, no sentido de abranger simultaneamente os netos legítimos e ilegítimos.

Com efeito:

Tendo a família por origem o acto da procriação, é com referência apenas ao primeiro grau de descendência que, com melhor propriedade, se deve pôr o problema da legitimidade ou ilegitimidade da família.

A filiação é legítima ou ilegítima consoante os pais se encontram, ou não, unidos pelo casamento.

Todavia, correntemente, mesmo na doutrina e jurisprudência, usa-se a expressão «netos legítimos» para significar os filhos legítimos de filhos legítimos. E a par dela usa-se, por antinomia, a expressão «netos ilegítimos» para significar, quer os filhos ilegítimos dos filhos ilegítimos, quer os filhos ilegítimos dos filhos legítimos, quer, finalmente, os filhos legítimos dos filhos ilegítimos.

Limitaremos a nossa análise apenas ao caso de filhos ilegítimos perfilhados, isto é, expressamente reconhecidos como tais por seus pais.

Ora, hipóteses há de concorrência entre netos legítimos e ilegítimos à herança de seus avós, em que uma tal cláusula testamentária não pode deixar de abranger simultaneamente uns e outros, à face da moral e da legislação de qualquer país civilizado.

Assim, se o testador, além de filhos legítimos, possuía um ou mais filhos ilegítimos, por ele expressamente reconhecidos, é inegável que os descendentes legítimos imediatos, tanto dos primeiros como dos segundos, terão, como netos, de se considerar todos abrangidos pelo termo genéricos de «netos» que o testador quis utilizar, sem qualquer limitação, na cláusula testamentária.

Se foi o próprio testador que, por sua expressa vontade, reconheceu o filho ilegítimo como seu próprio filho, e se depois fez o testamento a beneficiar os seus netos, sem excepção alguma expressa, é inegável que quis beneficiar os descendentes imediatos não só dos filhos legítimos que possuía, mas ainda os do filho ilegítimo que expressamente reconheceu.

E se a perfilhação do ilegítimo foi feita depois do seu testamento, e o testador manteve neste tal cláusula, a beneficiar os netos sem qualquer excepção expressa, de concluir é também que foi de sua livre

vontade que passassem a beneficiar dela, outrossim, os descendentes do filho ilegítimo que expressamente reconheceu.

Em tais hipóteses de concorrência entre netos legítimos e netos ilegítimos, creio, pois, fora de toda a dúvida que uns e outros se devem considerar simultaneamente abrangidos por uma tal cláusula testamentária. O acto expresso da perfilhação, emanado da própria vontade do testador, não pode ter outro significado como complementar da vontade manifestada no seu testamento, e vice-versa.

4. Temos, assim, já dois casos, bem definidos, em que o termo «netos», genéricamente usado numa tal cláusula testamentária, não pode deixar de abranger os netos ilegítimos:

- a) quando só houver netos ilegítimos;
- b) quando, havendo simultaneamente e em concorrência, netos legítimos e ilegítimos, a ilegitimidade destes provenha do primeiro grau de descendência, acompanhada da perfilhação feita pelo próprio testador.

5. Resta, assim, dentro do caso da consulta da perfilhação expressa, apenas, uma hipótese a analisar: a de a ilegitimidade do neto se verificar no segundo grau da respectiva descendência, isto é, tratar-se de filho ilegítimo de filho legítimo.

Serão tais netos ilegítimos de excluir, perante uma tal cláusula testamentária, quando em concorrência com outros netos legítimos?

É este o ponto.

Francamente, entendo que não. Ainda neste caso, os netos ilegítimos devem ser admitidos à sucessão, a par dos netos legítimos.

Porquê?

A cláusula testamentária em referência não pôde ter outro objectivo que não fosse o de beneficiar os «netos», isto é, todos os descendentes imediatos dos filhos.

Ora, a legitimidade destes descendentes imediatos depende do matrimónio e este é acto eminentemente pessoal dos respectivos pais e não do avô testador.

Não incluir entre os beneficiários da referida cláusula testamentária os netos que forem filhos ilegítimos, importa, pois, dar a possibilidade aos pais destes netos de alterar o âmbito e significado duma disposição testamentária, que é alheia à sua própria vontade.

Ficaria ao arbítrio dos pais legitimar, ou não, pelo casamento, os filhos ilegítimos que houvessem; e, segundo viessem a casar, ou não, assim os descendentes imediatos seriam, ou deixariam de ser, herdeiros do avô.

— E se o pai tivesse filhos ilegítimos de mães diferentes?

— Qual deles escolheria o pai para herdeiro do avô?

Ora, o testamento é um acto da vontade eminentemente pessoal e exclusiva do testador. Se o testador é o avô, não se compreende que outra vontade que não a sua possa definir o alcance das cláusulas do seu testamento.

Portanto, se na expressão «netos» se têm de considerar abrangidos os netos ilegítimos, sempre que não haja netos legítimos, ou, havendo-os, sempre que, havendo perfilhação, a ilegitimidade provenha do primeiro grau da respectiva descendência — a única conclusão a tirar é a de que, na mesma expressão «netos», se devem, sempre, incluir, também, os ilegítimos, quando a ilegitimidade se verifique apenas no segundo grau de descendência.

De contrário, passaria o testamento a ser uma manifestação de vontade não só do testador que o fez, mas também, e cumulativamente, da dos seus filhos, em cujo arbítrio ficaria o poder de aumentar ou diminuir o número dos netos beneficiários da cláusula testamentária, pelo casamento que viessem a fazer, ou deixassem de fazer, com as mães dos seus imediatos descendentes, netos do testador.

6. Chega-se assim à conclusão de que o termo «netos» expresso na cláusula testamentária, quando desprovida de qualquer especificação ou excepção, abrange, *sempre e simultaneamente*, os netos legítimos e os netos ilegítimos, quando estes últimos sejam filhos ilegítimos de filhos legítimos — que é o caso da consulta.

## II

### *O problema em face do direito interno português*

7. Depois da conclusão a que chegámos no capítulo precedente, em face dos princípios gerais informativos dos direitos de testar em qualquer país civilizado, de crer é que a mesma conclusão resulte da análise do problema à luz do direito interno português.

Recapitularemos que o consulente é filho único de seu pai que o perfilhou, não podendo, portanto, deixar de ser considerado como seu filho *para todos os efeitos legais*, como certifica a sua certidão de nascimento.

O consulente é, além disso, filho ilegítimo dum dos filhos legítimos de C., isto é, neto desta, abrangido conseqüentemente, pelo menos em princípio, pela cláusula testamentária em referência.

Na concorrência com outros netos legítimos, vejamos, pois, sucessivamente, se a lei portuguesa, a sua jurisprudência e a sua doutrina reconhecem, ou deixam de reconhecer, ao neto ilegítimo os mesmos direitos que qualquer dos netos legítimos tem à herança de seus avós.

#### a) *A lei portuguesa*

8. O art. 1.989 do C. Civ. português diz textualmente:

«Os filhos ilegítimos, e seus descendentes, sendo perfilhados ou reconhecidos legalmente, sucedem «ab-intestato», não só a seus pais *mas também aos demais ascendentes.*»

Além do direito de herdar dos ascendentes de seu pai, o consulente, como único filho deste, tem ainda o de herdar todos os bens de seu pai, como se filho legítimo fosse, em virtude de seu pai não ter qualquer outra posteridade legítima ou ilegítima. Diz o art. 1.990 do C. Civ., textualmente:

«Se o filho ilegítimo, perfilhado ou reconhecido, não concorrer com posteridade legítima, herdará todos os bens de seus pais.»

Esta posteridade legítima a que o artigo se refere é, tão-sòmente, a que provém do mesmo pai ou mãe do filho ilegítimo, nem de outro modo se compreenderia a expressão final «herdará todos os bens de seus pais».

Em confirmação de que o consulente tem, à face da lei portuguesa, como neto ilegítimo, precisamente os mesmíssimos direitos do neto legítimo à sucessão de seus avós, citaremos ainda os arts. 1.875 e 1.877 do C. Civ. português.

Prevê o C. Civ. português no art. 1.875 que os herdeiros legitimários possam ser privados pelo testador da sua legítima, ou deserdados,

nos casos em que a lei expressamente o permite. Pois, pelo art. 1.877 e ss., o descendente do deserdado, legítimo ou ilegítimo, que sobreviver ao testador haverá a legítima de que seus ascendentes forem privados, não podendo os ascendentes gozar do usufruto dessa legítima.

A equiparação entre o neto legítimo e ilegítimo é, assim e no caso, absoluta.

Mas há ainda um outro aspecto legal a considerar.

9. A distribuição dos bens da herança pelos netos pode ser feita, *per capita*, ou por cada ramo ou estirpe. Ignoro qual das duas modalidades é, no caso, de adoptar.

Mas desde que se trata de sucessão na linha recta descendente, dá-se, sempre, à face da lei portuguesa, o direito de representação.

O consulente herda, apenas, porque teve por pai um filho de C., e herda no lugar que a seu pai competia. Como filho *único* de seu pai, terá o consulente de ser havido sempre como *único representante do ramo ou estirpe de seu pai*, na sucessão dum ascendente deste.

Diz o art. 1.981 do C.Civ. português:

«O direito de representação dá-se sempre na linha recta descendente, mas nunca na ascendente.»

À face deste preceito legal, que nenhuma distinção faz entre descendentes legítimos ou ilegítimos, dúvida alguma se pode levantar de que A. tem o mesmíssimo direito de herdar do que qualquer outro neto legítimo: é sempre o único representante, na sucessão dos avós, do ramo ou estirpe de seu pai.

#### b) *A jurisprudência portuguesa*

10. De entre as muitas decisões dos tribunais portugueses que poderiam ser apontadas, destacaremos apenas as seguintes para não alongarmos demasiado o presente trabalho:

- 1) *Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça* de 18-8-1882, 29-2-1884 e 18-1-1885 in *Diário do Governo* 13-11-1885; *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 27-1279-455; *O Direito*, 22-12-197; *Revista dos Tribunais*, 4-96-371.

«Os netos ilegítimos, perfilhados pelos pais, sucedem aos avós e gozam do direito de representação.»

- 2) *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* de 17-3-1903 (in *Gazeta da Relação de Lisboa*, 16-71-369):

«A sucessão legítima defere-se aos descendentes sem distinção de serem legítimos ou ilegítimos, e o direito de representação dá-se na linha recta descendente sem restrição alguma: — pelo que os netos ilegítimos perfilhados sucedem aos avós concorrendo por direito de representação com os filhos legítimos destes.»

- 3) *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* de 20-1-1911 (in *Colecção Oficial*, 10-4-46; *O Direito*, 44-12-186):

«Os filhos ilegítimos sucedem *ab-intestato* a seus avós.»

- 4) *Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça* de 5-5-1914; *Acórdão da Relação do Porto* de 21-5-915; *Acórdão da Relação de Lisboa* de 16-11-936 (in *Dicionário de legislação e jurisprudência*, AZ-3955):

«O filho perfilhado do filho legítimo herda dos avós por direito de representação.»

(O referido *Dicionário* anota: «Concordamos inteiramente pois o art. 1.981 do C. Civ. não distingue entre descendentes legítimos e descendentes ilegítimos»).

- 5) *Acórdão da Relação de Lisboa* de 5-3-1937 (in *Revista de Justiça*, 22-10, e *Gazeta da Relação de Lisboa*, 50-358):

«É nulo o testamento em que se dispõe de bens além da quota disponível com prejuízo dos netos ilegítimos que sucedem em representação do pai, filho legítimo do «de cujus».

- 6) *Promoção do delegado do procurador da República de Montemor-o-Novo* de 23-2-1940 (in *Dicionário da legislação e jurisprudência*, AZ-6003):

«Os netos ilegítimos, filhos ilegítimos de filhos legítimos do autor da herança, herdaram de seus avós por direito de representação, competindo-lhes por isso o que competiria aos pais, seus representados, se vivos fossem.»

- 7) *Acórdão da Relação de Coimbra* de 18-2-1944 (in *Revista de Justiça*, 30-37):

«Na sucessão do neto ilegítimo, filho de pai legítimo em concorrência com outro neto legítimo, filho de outro pai, os dois netos herdaram por igual.»



Teremos pois de concluir que a jurisprudência portuguesa se tem larguissimamente manifestado pela igualdade de direitos do neto ilegítimo, único filho ilegítimo de filho legítimo, em concorrência à herança de seu avô com outros netos legítimos provenientes de outros ramos ou estirpes.

### c) *A doutrina*

11. Julgamos não merecer dúvida a afirmação de que a doutrina se pronuncia, unânimemente, no mesmo sentido da jurisprudência já anotada.

Assim além das revistas de direito que referimos, os acórdãos dos tribunais superiores que salientámos na secção precedente, e que são a quase unanimidade das revistas de direito portuguesas, poderemos ainda citar os seguintes trabalhos:

*Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 48, p. 351;

*Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 28, p. 422;

JÚLIO MARTINS: in *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 36, p. 65, e *Revista de Justiça*, ano 21, p. 17;

VAZ PINTO: in *Revista dos Tribunais*, ano 36, p. 308;

JOSÉ TAVARES: *Princípios fundamentais do direito civil*, I, p. 884;

J. G. PINTO COELHO: *A sucessão dos parentes ilegítimos*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Lisboa*, ano 2, pp. 191 a 323;

CUNHA GONÇALVES: *Tratado de direito civil*, IX, p. 751 e X, p. 763.

12. Cremos todo o exposto mais do que suficiente para poder concluir à face da lei portuguesa, da sua jurisprudência e da sua doutrina, que a ilegitimidade do neto de C. em nada influi na sua capacidade testamentária passiva. Herda tal como se fosse neto legítimo, visto na cláusula testamentária se *não fazer* a menor distinção entre netos legítimos e ilegítimos.

## III

### *O problema em face do direito internacional privado*

13. No caso sob análise é inglês domiciliado em Inglaterra o autor da herança, e esta inclui bens imobiliários existentes na África do Sul.

Segundo a corrente anglo-americana, que se conservou fiel à fórmula estatutária, são a lei inglesa e a «lex rei sitae» as reguladoras da sucessão.

Mas, reconhecida a A., à face da lei reguladora da sucessão, perante a cláusula testamentária em referência, a qualidade de neto de C. — como se tem por inquestionável — é à face da lei portuguesa, lei pessoal deste último, que cumpre apreciar e solucionar o problema da sua capacidade testamentária passiva, por se tratar dum português de origem, domiciliado em Portugal.

Que o direito internacional privado determina que a capacidade seja regulada pela lei pessoal, é ponto indiscutível.

Que essa lei pessoal do neto é no caso a lei portuguesa, também não pode oferecer a menor dúvida.

Assim, ainda que pudesse haver qualquer hesitação, à face do direito inglês ou da África do Sul, sobre a capacidade de herdar de A., ter-se-á sempre, no conflito de qualquer das duas legislações com a lei portuguesa, de reconhecer a única validade desta para a sua solução.

Ora,

A lei portuguesa, como já deixámos bem evidenciado no segundo capítulo deste trabalho, reconhece a A., na hipótese em causa, precisamente os mesmos direitos que têm à herança os netos legítimos.

#### IV

### *Conclusões*

1.<sup>a</sup> Sendo francês o pai de A., e sendo a lei francesa coincidente com a lei portuguesa no reconhecimento da filiação ilegítima a par da filiação legítima (art. 334 do C.Civ. francês e art. 122 do C.Civ. português mantido no art. 22 da lei de protecção aos filhos de 25-12-1910), dúvida alguma se pode levantar, mesmo em Inglaterra, de que ele é filho de B. que foi filho legítimo de C., e, conseqüentemente, neto desta.

2.<sup>a</sup> Ainda que a sucessão, regulada pela lei inglesa, fosse *ab-intestato*, A. teria, portanto, o direito de concorrer à herança dum ascendente de seu pai, como único filho deste:

- à face dos princípios gerais informadores do direito de sucessão;
- à face do direito interno português;
- à face do direito internacional privado.

3.<sup>a</sup> Tratando-se duma sucessão testamentária a contemplar os netos, sem qualquer distinção, de C., ainda mais vincado me parece o direito do seu neto A. por ser manifesta a vontade do testador de favorecer os filhos dos filhos de C., independentemente da sua qualidade jurídica, à qual nenhuma especificação é feita no testamento.

4.<sup>a</sup> À face da lei portuguesa, aplicável, no caso concreto em referência, como a lei reguladora da capacidade testamentária passiva de A., esta herda dos seus ascendentes por direito de representação, e tal-qual como um neto legítimo, filho único de seu pai.

É este o meu parecer.