

-

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.. 1
2. SUCESSÃO.. 1
 - 2.1. Espécies de sucessão. 2
 - 2.2. Princípio da *saisine* – quando a herança se aperfeiçoa. 2
 - 2.3. Lugar de abertura da sucessão. 3
 - 2.4. Competência e lei aplicável 3
 - 2.5. Quem pode herdar 7
3. SUCESSÃO LEGÍTIMA.. 9
4. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA.. 10
 - 4.1. Lei aplicável quanto à forma e lei aplicável quanto à substância. 11
 - 4.2. Capacidade para testar 12
 - 4.3. Pluralidade de inventários. 12
 - 4.4. Validade do testamento. 13
 - 4.5. Tendência moderna a fim de manter a vontade do testador 16
 - 4.6. Pontos de divergência entre os direitos brasileiro, luso e espanhol 17
 - 4.7. Qual a norma a ser observada para se conferir regularidade aos testamentos instrumentalizados no exterior? Qual o direito aplicar?. 17
 - 4.8. Formas de ingresso das declarações de última vontade no Brasil 18
5. CONCLUSÃO.. 19
6. BIBLIOGRAFIA.. 20

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo apresentar as normas internas do ordenamento jurídico brasileiro referente ao Direito das Sucessões, inicialmente discorrendo conceitos atinentes à matéria, para, então, direcionar a solução de conflitos de jurisdição e de aplicação da lei aos casos que envolvam elementos de conexão internacional no direito sucessório, ressaltando a interpretação dessas normas internas do nosso ordenamento jurídico, bem como o entendimento jurisprudencial aplicado à espécie.

1. 2. SUCESSÃO

Em sentido amplo, a palavra sucessão traduz um ato pela qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens. Assim, em uma

relação negocial de compra e venda, por exemplo, o comprador sucede ao vendedor em todos os direitos que a este pertenciam, ocorrendo uma sucessão *inter vivos*.

Porém, nos interessa em particular o sentido estrito do vocábulo a ser utilizado no ramo do Direito. Aquele que serve para designar a sucessão *causa mortis*, referindo-se tão somente à sucessão decorrente da morte de alguém.

Tal acepção é empregada no ramo do direito das sucessões, que disciplina a transmissão do patrimônio (ativo e passivo) do autor da herança a seus sucessores. Sendo o autor da herança também denominado pela expressão latina *de cuius*, que segundo CARLOS ROBERTO GONÇALVES (2012, p.17) nada mais é que “abreviatura da frase *de cuius successione (ou hereditatis) agitur*, que significa ‘aquele de cuja sucessão (ou herança) se trata’.”.

Para o Direito Internacional Privado (DIPr) interessa as sucessões que possuam algum liame transnacional, seja pela nacionalidade dos envolvidos na sucessão, seja pela localização geográfica dos bens ou ainda pela diversidade entre o país da feitura do testamento e aquele em que se deu a abertura da sucessão.

Até 1942, o Brasil adotava como critério a nacionalidade, porém, com a adoção da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) o critério domiciliar substituiu a nacionalidade como regra de conexão.

Contudo, persiste uma exceção à regra, ainda privilegiando a nacionalidade. Trata-se da proteção de filhos e cônjuges brasileiros quando houver bens no Brasil, conforme preconiza a Constituição Federal combinada com a LINDB (art. 5º, XXXI, da CF e § 1º do artigo 10 da LINDB).

Art. 5º [...]

XXXI - a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do "de cuius"; (CF/88)

Art. 10 [...]

§ 1º A sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cuius. (LINDB/1942, com redação dada pela lei nº 9.047 de 1995).

2.1 Espécies de sucessão

A sucessão se subdivide em duas modalidades, ambas extraídas do art. 1.786 do Código Civil de 2002 (CC/2002): “A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.”.

Segundo FLÁVIO TARTUCE (2014, p. 1110):

Sucessão legítima – aquela que decorre da lei, que enuncia a ordem de vocação hereditária, presumindo a vontade do autor da herança. É também denominada sucessão *ab intestato* justamente por inexistir testamento.

Sucessão testamentária – tem origem em ato de última vontade do morto, por testamento, legado ou codicilo, mecanismos sucessórios para exercício da autonomia privada do autor da herança.

2.2 Princípio da *saisine* – quando a herança se aperfeiçoa

Dispõe o art. 1.784, CC/2002: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”. Assim, com a morte do autor da herança, não se cria qualquer solução de continuidade, a transmissão da posse indireta do patrimônio aos herdeiros ocorre independente de qualquer ato destes. O posterior ato de aceitação ou renúncia da herança apenas torna definitiva ou revoga a sua transmissão.

2.3 Lugar de abertura da sucessão

Pelo art. 1.785 do CC/2002 temos que: “A sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido.”. Em tese, seria apenas esse o foro competente para o processamento do inventário, independente de o óbito ter ocorrido em solo nacional ou estrangeiro, decorrendo daí que a lei aplicável seria, portanto, a *lex domicilii*. Contudo, a determinação das regras de uma sucessão ocorre em dois momentos distintos, onde primeiro determina-se a competência jurisdicional para depois estabelecer-se qual será a lei aplicável.

2.4 Competência e lei aplicável

O supracitado artigo deve ser lido em conjunto com as disposições encontradas em outras leis, igualmente vigentes, pois comporta exceções.

O art. 96 do Código de Processo Civil de 1973 aduz que:

O foro do domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade e todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro.

Corrobora com tal disposição o previsto no art. 10, *caput*, da LINDB: “A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.”.

Contudo, como se pode indagar, há casos em que o domicílio do autor poderia ser incerto, onde surge então a primeira exceção à regra *lex domicilii*.

Para tal hipótese aplicar-se-ia a *lex rei sitae*, prevista na norma do art. 96, parágrafo único e inciso I, do CPC:

Art. 96 [...]

Parágrafo único. É, porém, competente o foro:

I - da situação dos bens, se o autor da herança não possuía domicílio certo;

Ainda assim, há hipóteses que poderiam levantar dúvidas, pois, imagine-se que o *de cuius*, além de não possuir domicílio certo, tivessem deixado bens em diferentes países. Como proceder? Aplicar-se-ia a lei da situação bem de maior monta?

Antes de deter-nos em meio a divagações, cumpre observar que o legislador já previu tal hipótese, determinando, para tais casos, a aplicação do disposto no art. 96, inciso II do referido parágrafo único, do CPC, que revela a competência do foro “do lugar em que ocorreu o óbito se o autor da herança não tinha domicílio certo e possuía bens em lugares diferentes.”.

Cumpre, por fim tratar da questão de bens imóveis, que apresenta situação peculiar em relação ao que já foi citado.

O art. 12, da LINDB, afirma em seu parágrafo 1º: “Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil.”. Em escrita quase que idêntica, reforça o Código de Processo Civil, em seu art. 89, *caput* e inciso I:

Art. 89. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

Como se isso já não fosse suficiente, o legislador deixa explícita a disposição de atribuir competência absoluta do judiciário nacional para discutir a sucessão de tais bens no inciso II do supracitado artigo: “II - proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.”.

Tal regra de competência absoluta para bens imóveis pode ser observada em grande parte das legislações processuais estrangeiras. Entretanto, embora o Brasil adote o princípio da universalidade sucessória, “pela qual um único elemento de conexão e,

consequentemente, uma única lei é aplicada para todos os temas de sucessões.” (MONACO; JUBILUT, 2012, p. 119), há de se atentar para a impossibilidade disto ocorrer diante de uma sucessão em que haja bens em mais de um país.

Tal situação institui uma possível dupla regência legal da sucessão, visto que cada país aplicaria sua regra de DIPr, não permitindo que qualquer outro procedesse alguma determinação sobre bens ali situados. Essa fragmentação da sucessão, gerada pela pluralidade de foros sucessórios, é inevitável.

Assim, bens imóveis situados no Brasil, mesmo que se abra sucessão em outro Estado, cabe apenas à jurisdição nacional tratar a respeito. Não são, pois, passíveis de homologação sentenças estrangeiras que versem sobre tais bens.

De se observar que a situação inversa há de ser aceita pela justiça brasileira. Diante de uma sucessão aberta no Brasil em que existam bens imóveis no patrimônio do *de cujus* que estejam localizados em outro país, tais bens não poderão fazer parte do monte ou ser objeto de decisão judicial nacional. Entendimento assente no Supremo Tribunal Federal:

Quando a sucessão iniciar-se no Brasil, e ainda integrarem o patrimônio do *de cujus* bens imóveis situados em outro país, não podem estes fazer parte do monte, conforme tem decidido o STF:

PARTILHA DE BENS. BENS SITUADOS NO ESTRANGEIRO. PLURALIDADE DOS JUIZOS SUCESSORIOS. ART-189, II DO CPC. PARTILHADOS OS BENS DEIXADOS EM HERANÇA NO ESTRANGEIRO, SEGUNDO A LEI SUCESSORIA DA SITUAÇÃO, DESCABE A JUSTIÇA BRASILEIRA COMPUTA-LOS NA QUOTA HEREDITARIA A SER PARTILHADA, NO PAIS, EM DETRIMENTO DO PRINCÍPIO DA PLURALIDADE DOS JUIZOS SUCESSORIOS, CONSAGRADA PELO ART-89, II DO CPC. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO, EM PARTE. (RE 99230, Relator(a): Min. RAFAEL MAYER, Primeira Turma, julgado em 22/05/1984, DJ 29-06-1984 PP-10751 EMENT VOL-01342-06 PP-01151 RTJ VOL-00110-02 PP-00750).

Posteriormente, tal posicionamento foi referendado pelo Superior Tribunal de Justiça:

Processual Civil. Inventário. Requerimento para expedição de carta rogatória com o objetivo de obter informações a respeito de eventuais depósitos bancários na Suíça. Inviabilidade.

- Adotado no ordenamento jurídico pátrio o princípio da pluralidade de juízos sucessórios, inviável se cuidar, em inventário aqui realizado, de eventuais depósitos bancários existentes no estrangeiro.

(REsp 397769/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/11/2002, DJ 19/12/2002, p. 362).

De igual modo, bens situados no exterior não serão trazidos à colação. Mesmo que qualquer herdeiro prove a existência de tal bem e que a referida alocação ocorreu de modo avesso à lei brasileira, não será possível promover sua compensação na partilha. Tem-se, inclusive, decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em inventário que se discutiu bens imóveis localizados em Portugal, em prol do referido entendimento:

Veja-se a ementa: “Inventário. Herança de estrangeiro. Bens imóveis situados no Brasil e em Portugal. É indeclinável a Jurisdição brasileira para inventariar os primeiros, mas devem ser inventariados no foro da situação os bens de Portugal.” Apelação Cível 23.31, 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgamento em 28 de abril de 1983. (ARAÚJO, 2011, p. 501).

Assim, depois de estabelecida a competência da jurisdição nacional, determinar-se-ia a lei aplicável à sucessão. Via de regra, seria a lei do último domicílio do *de cujus*, porém, como já comentado, tal regra comporta exceção para proteger o direito dos filhos e/ou do

cônjuge brasileiro que por ventura existam ao tempo da sucessão. Dessa forma, diante de um inventário de bens imóveis situados no Brasil, de um autor cujo último domicílio foi no exterior, o juiz pode ter duas hipóteses para definir a lei aplicável. Primeira, não havendo cônjuge, nem filhos brasileiros, aplicável seria a lei do último domicílio. Na segunda hipótese, existindo filhos ou cônjuge brasileiro, a menos que a lei estrangeira lhes seja mais benéfica, será aplicada a lei do Brasil, conforme determina o art. 5º, XXXI, da CF/88.

Cabe, portanto, ao magistrado, no caso concreto, fazer a análise da lei estrangeira aplicável e compará-la à lei brasileira para averiguar qual das duas traria mais benefícios aos filhos e/ou cônjuge brasileiro. Atente-se, ainda, que a exclusão da lei estrangeira deve ser estrita, procurando o aproveitamento do remanescente que possa ser aceito no foro, assegurando-se também que em caso de conflito com a Constituição, esta terá supremacia, conforme determina, inclusive, o Código Bustamante em seu art. 4º: “Os preceitos constitucionais são de ordem pública internacional”.

Em certos casos, mesmo sendo escolhida a lei estrangeira, não será aplicada em razão de impedimento determinado pela ordem pública do foro, como bem ilustra a decisão do STJ, que segue:

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO — AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA — HEREDITANDO ITALIANO QUE PALECEU NO BRASIL, DEIXANDO AQUI SEUS BENS E HERDEIROS NO TERRITÓRIO NACIONAL E NA ITÁLIA — APLICAÇÃO DA LEI BRASILEIRA PARA DESLINDE DA QUESTÃO — ARTIGOS 89 DO ESTATUTO PROCESSUAL CIVIL E 10, § 2º, DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. 1. O artigo 89 do Código de Processo Civil estabeleceu a competência exclusiva — e, portanto, absoluta — do juiz brasileiro para proceder a inventário e partilha de bens situados no Brasil, ainda que autor da herança seja estrangeiro, ou tenha residido fora do território nacional. Nesse diapasão, pouco interessa à Justiça Brasileira se herdeiro italiano abriu ou deixou de abrir inventário em sua pátria para aceitar herança de bens localizados aqui no Brasil. 2. Havendo o *de cuius* deixado filhos brasileiros, embora tenha sido casado pelo regime de bens estabelecido na Itália, regula-se pela lei brasileira a sua sucessão. 3. O artigo 10, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, disciplina a aptidão para exercer o direito de suceder, reconhecido pela lei domiciliar do autor da herança e regido pela lei pessoal do herdeiro, e não a capacidade para ter direito de sucessor, que se rege pela *lex domicilii* do falecido. 4. Recurso improvido. Unânime (fl. 57). (AG 678749, Min. CARLOS ALBERTO DIREITO, DJ 03.06.2005).

Não raro, outras leis determinam vantagens maiores para filhos do que a lei brasileira. Algumas, como por exemplo, as leis portuguesa, italiana e francesa, possuem alocações flexíveis para a legítima, aumentando-se o quinhão devido aos herdeiros necessários (aqueles estabelecidos por força de lei) de metade até três quartos do patrimônio do autor, a depender do número de filhos que o *de cuius* tenha deixado. A lei estrangeira, indubitavelmente, é mais benéfica aos filhos que o disposto no art. 1.789, do CC/2002: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.”.

Art. 913 As doações, por atos intervivos ou por vontade, não podem exceder metade dos bens do testador, se ele apenas deixou um filho ao tempo de sua morte; um terço, se deixou dois filhos; um quarto se deixou de três ou número maior. (Código Civil Francês).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro até mesmo já aplicou lei estrangeira mais benéfica em seus julgados.

Inventário. Esboço de partilha. Falecido e ascendentes portugueses. Cônjuge meeira. Critério na divisão dos bens. Constituição Federal, art. 5º XXXI. Segundo o cânone constitucional que rege a *quaestio* (cf. Art. 5º, XXXI) a presença de estrangeiros em sucessão *causa mortis*, exige melhor estudo para o juiz solucionar os conflitos surgidos sobre a possibilidade de aplicação da lei de países distintos. O texto em comento oferece duas soluções a prevalecer aquela que for mais favorável ao cônjuge ou aos seus filhos brasileiros (RIBEIRO BASTOS, Celso *in Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol, p. 152), *In casu*, sendo o falecido e seus pais portugueses e a cônjuge sobrevivente brasileira

aplica-se o art. 2.142 do Código Civil Português, por ser este mais favorável ao cônjuge, a qual será beneficiada com 2/3 dos bens, e os pais do falecido com 1/3. (Ap, Cível 14.153/98, 3ª Câmara Cível, Relatar Des. Hudson Lourenço. Ementário n.17, de 20/09/99. Íntegra do acórdão com a autora. *apud* ARAÚJO, 2011, p. 503).

2.5 Quem pode herdar

Em se tratando de legitimidade para suceder, se aplicável a lei brasileira, observa-se a norma do Código Civil (2002):

Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

II - as pessoas jurídicas;

III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

Caso seja aplicável a lei estrangeira do domicílio do *de cuius*, deve-se observar o que dispõe tal lei quanto à legitimidade dos sucessores. Entretanto, uma vez definido pela lei do domicílio do autor da herança aqueles que têm a qualidade de herdeiro, deve-se buscar estabelecer em seguida aqueles que possuem capacidade sucessória.

Para isso não será mais aplicável a *lex domicilii* do *de cuius*, mas a lei do domicílio do próprio herdeiro:

Art. 7º A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.

[...]

Art. 10 [...]

- § 2º. A lei do domicílio do herdeiro ou legatário regula a capacidade para suceder. (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, 1942).

Assim, *verbi gratia*, além da capacidade sucessória, os casos de indignidade também seriam regidos pela *lex domicilii* do herdeiro.

Sobre a condição de herdeiro, discorre esta decisão do STJ, confirmando o entendimento supra:

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. ART. 10, PARAG. 2., DO CODIGO CIVIL.CONDIÇÃO DE HERDEIRO. CAPACIDADE DE SUCEDER. LEI APLICAVEL.Capacidade para suceder não se confunde com qualidade de herdeiro.Esta tem a ver com a ordem da vocação hereditária que consiste no fato de pertencer a pessoa que se apresenta como herdeiro a uma das categorias que, de um modo geral, são chamadas pela lei a sucessão, por isso haverá de ser aferida pela mesma lei competente para reger a sucessão do morto que, no brasil, "obedece a lei do pais em que era domiciliado o defunto." (art. 10, caput, da licc).Resolvida a questão prejudicial de que determinada pessoa, segundo o domicilio que tinha o de cuius, e herdeira, cabe examinar se a pessoa indicada e capaz ou incapaz para receber a herança, solução que e fornecida pela lei do domicilio do herdeiro (art. 10, parag. 2., da licc).Recurso conhecido e provido.

(REsp 61434/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 17/06/1997, DJ 08/09/1997, p. 42507).

Para melhor entendimento desta decisão, cuidava-se de sucessão de bens de estrangeiro, cujo último domicílio fora o Brasil. Havia uma filha do *de cuius* que havia sido adotada na Espanha, e lá domiciliada, que teria se habilitado como herdeira necessária. A controvérsia formou-se, pois, pela adoção ter se realizado na forma da lei espanhola, que não concedia a filhos adotivos direitos sucessórios. Contudo, o STJ firmou entendimento que a lei aplicável à sucessão (que determinaria quem teria qualidade de herdeiro) era a *lex domicilii* do *de cuius*, a lei brasileira (art. 10, LINDB). Assim, pela aplicação da lei brasileira, não fazendo qualquer distinção entre filhos naturais e adotados, a filha adotada na Espanha foi considerada herdeira necessária na sucessão dos bens situados no Brasil. No caso em análise, a lei do domicílio da herdeira regeria tão somente o que fosse relativo à capacidade para receber a herança (Art. 10, § 2º, LINDB), restando inconfundíveis a capacidade para receber a herança e a qualidade de herdeiro.

1. 3. SUCESSÃO LEGÍTIMA

A sucessão legítima ocorre ante a falta de testamento deixado pelo autor da herança, seja pela inexistência de tal instrumento ou por tal ser inválido ou ter caducado. Por isso, denomina-se também de sucessão *ab intestato*, apresentando um caráter subsidiário, conforme explana o Código Civil (2002):

Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

Assim, morrendo o sujeito sem deixar testamento, a lei encarrega-se de dar um destino ao seu patrimônio, ou aos bens não abrangidos pelo ato de última vontade, pressupondo a vontade do autor em beneficiar seus entes mais próximos, pessoas da sua família, e na falta destas, para o Poder Público.

Observe-se que, em caso de sucessão com liame internacional, quem determina aqueles que terão qualidade de sucessores é a lei do domicílio do *de cuius* (tema já discorrido no ponto 2.4 deste trabalho), enquanto que a capacidade para suceder será regulada pela *lex domicilii* do herdeiro (também já abordado no tópico 2.5).

A lei estabelece ainda, uma ordem de vocação hereditária:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais. (Código Civil, 2002).

Excluindo-se os colaterais, ou seja, observando-se apenas as três primeiras classes, temos os herdeiros necessários, estabelecidos explicitamente no art. 1.845, do mesmo Código: “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.”.

A estes, os necessários, a lei defere metade do patrimônio do *de cuius*: “Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.”. Porém, como visto, em se tratando de sucessão regida pelo DIPr, há a possibilidade de aplicação da lei mais benéfica para os filhos e cônjuge brasileiros.

1. 4. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

A sucessão testamentária é aquela feita de acordo com a vontade do *de cuius*, por meio de testamento.

Para Clóvis Beviláqua, testamento é “o ato personalíssimo, unilateral, gratuito, solene e revogável, pelo qual alguém, segundo as prescrições da lei, dispõe, total ou parcialmente, do seu patrimônio para depois de sua morte; ou nomeia tutores para seus filhos menores, ou reconhece filhos naturais, ou faz outras declarações de última vontade”. (BEVILÁQUA, C. Op. cit. P.464).

O Código Civil brasileiro admite, além dos testamentos especiais – marítimo, aeronáutico e militar -, os seguintes testamentos:

1. Público: escrito por tabelião, em livro próprio, com duas testemunhas (art. 1.864);
2. Cerrado: feito pelo testador a seu rogo, devendo ser aprovado pelo tabelião (art. 1868);
3. Particular ou hológrafo: escrito de próprio punho ou por processo mecânico.

O nosso ordenamento não aceita o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo. Essa proibição é justificada por este contrariar a unilateralidade, a unipessoalidade, a liberdade e a revogabilidade, princípios essenciais da manifestação de última vontade.

Testamentos especiais

1. Testamento marítimo é feito em viagem de alto-mar e lavrado pelo comandante do navio ou pelo escrivão de bordo (art. 1.888 do CC/2002). Se o navio estava atracado em um porto, não tem validade o testamento marítimo, uma vez que o testador poderia desembarcar e testar na forma ordinária.
2. Testamento aeronáutico (art. 1.889) tem regulação análoga ao anterior. Qualquer desses testamentos caducará caso o testador não morra na viagem nem faça novo testamento dentro de noventa dias do desembarque em terra (art. 1.891). Ademais, qualquer deles ficará sob a guarda do comandante, que o entregará às autoridades administrativas do primeiro porto ou aeroporto nacional, contra recibo averbado no diário de bordo (art. 1890).
3. Testamento militar é feito em situação de guerra, perante duas ou três testemunhas, o respectivo comandante ou oficial de saúde, e deverá ser substituído pelo testamento ordinário, nas mesmas situações do testamento marítimo (art. 1.893). Em circunstâncias especiais, como no caso de o militar estar em combate ou ferido, este pode testar oralmente, confiando a sua última vontade a duas testemunhas, conforme prescreve o artigo 1.896 do Código Civil de 2002. Caduca esse testamento se, depois dele, o testador permanece noventa dias em lugar onde possa testar de forma ordinária (art. 1895).

Os cônsules podem lavrar testamentos de seus nacionais, agindo como tabeliões. Segundo o artigo 18 da LINDB, as autoridades consulares brasileiras são competentes para celebrar atos de registro civil e de tabelionato, quando se tratar de interesses de cidadão brasileiros. A decisão de lavrar testamentos por escritura pública perante a repartição consular é de conveniência do testador, já que sujeitará seu testamento à lei brasileira e não à estrangeira (*locus regit actum*).

4.1 Lei aplicável quanto à forma e lei aplicável quanto à substância

Quanto à forma do ato, a lei aplicável é a do local de sua elaboração (*locus regit actum*). A regra *locus regit actum*, apesar de ter sido retirada na LICC é bastante utilizada pelos tribunais, sendo de caráter consuetudinário. Portanto, um testamento feito no Brasil deve seguir as determinações de nosso direito.

Quanto à sua substância, dividem-se as questões em questões acerca da capacidade de testar no momento do ato e quanto às regras de sucessão. Há no DIPr uma grande

discussão sobre a qualificação, pois aquilo que um Estado considera forma para outro é questão de substância.

4.2 Capacidade para testar

A capacidade para testar é regida pela lei pessoal do *de cuius* (Código de Bustamante, Art. 146: A capacidade para dispor por testamento regula-se pela lei pessoal do testador), sendo no caso brasileiro, será conforme o Código Civil, o do seu domicílio, ao tempo da lavratura do testamento. Se o domicílio do testador, ao morrer, for diferente daquele da ocasião do testamento, prevalece a lei sob a qual o testamento for escrito quanto à capacidade para testar. Contudo, o direito da época do falecimento é o aplicado quanto às disposições testamentárias e seu conteúdo.

Situação fática: João, brasileiro, com um filho biológico, testou em 1987, no Brasil, em favor de filho adotivo, instituindo este como o seu herdeiro. Após, domicilia-se nos Estados Unidos, onde falece em 1995. Sua capacidade para testar será a prescrita pela lei brasileira de 1987, que não foi alterada nesse aspecto. Quanto à legislação aplicável às disposições testamentárias, será o atual direito brasileiro, artigo 227, §6º, da Constituição federal de 1988, que assegura a todos os filhos os mesmos direitos e qualificações, proibindo qualquer discriminação relativa à filiação. Assim, o testamento perde parte de sua eficácia, pois o adotado herda agora por direito próprio.

4.3 Pluralidade de inventários

Em nosso direito será inevitável a realização de dois inventários sempre que o falecido houver deixado bens imóveis no Brasil e tenha domicílio em outro país: um inventário aqui e outro no local do domicílio, conforme art. 10 e § 1º da LINDB:

Art. 10. A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.

§ 1º A sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cuius. ([Redação dada pela Lei nº 9.047, de 1995](#)).

4.4 Validade do testamento

Testamento hológrafo: A polêmica sobre os testamentos hológrafos ou particulares de próprio punho foi resolvida no caso da cantora lírica Gabriella B. Lage, em que se discutia a validade do testamento particular realizado na Itália e suas disposições acerca de bens imóveis situados no Brasil. Gabriela faleceu em Roma, onde era domiciliada, e dispôs em testamento particular sobre seus bens, entre eles imóveis, aqui situados. A competência da justiça brasileira foi determinada em face da situação dos bens. Na sucessão discutiu-se a validade do testamento, feito sem testemunhas. Decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que o testamento realizado na Itália, de acordo com as normas preconizadas pelo Código Civil Italiano, era válido, e deveria ser cumprido no Brasil. O testamento foi considerado válido, pois não era contrário à ordem pública testamentos particulares. As diferenças estavam nos requisitos de forma, pois o testamento particular no Brasil exigia cinco testemunhas (Código Civil de 1916), enquanto na Itália podia ser escrito de próprio punho. Sendo aplicável às formalidades do ato a lei do lugar de sua realização, que não feriram a ordem pública brasileira, não poderia ser arguida a nulidade do documento em questão. Esclareceu ainda o tribunal que, em matéria de testamento, o princípio dominante é sempre de preservar-se a declaração de vontade do testador, desde que respeitada a ordem pública e não seja fraude à lei. No julgamento do caso pelo STF a decisão do TJRJ foi mantida. Esclareceu-se que a lei aplicável à forma do testamento deveria seguir as disposições da lei do local do ato (e não o artigo 10 da então LICC, da sucessão). Ocorre que não havia proibição no Brasil a testamento particular, apenas diferença entre as formalidades exigidas segundo a lei italiana.

Os julgados existentes sobre o assunto são escassos. Colacionamos aqui julgados esclarecedores sobre o assunto:

"TESTAMENTO PARTICULAR FEITO NA ITALIA, SEM TESTEMUNHAS. SUA EXEQUIBILIDADE NO BRASIL. TANTO O ART. 10 DA NOSSA LEI DE INTRODUÇÃO COMO O ART. 23 DA ITALIANA DIZEM RESPEITO A LEI REGULADORA DA SUCESSÃO. E **AQUI NÃO SE DISCUTE SOBRE A LEI REGULADORA DA SUCESSÃO MAS SOBRE FORMALIDADES DO TESTAMENTO.** DA FORMA DO TESTAMENTO CUIDA, NÃO O CITADO ART. 23 MAS O ART. 26. DEVOLUÇÃO. A ESTA E INFENSA A ATUAL LEI DE INTRODUÇÃO (ART. 16). **A LEI ITALIANA E A LEI BRASILEIRA ADMITEM O TESTAMENTO OLOGRAFO OU PARTICULAR, DIVERGINDO APENAS NO TOCANTE AS RESPECTIVAS FORMALIDADES, MATÉRIA EM QUE, INDUBITAVELMENTE, SE APLICA O PRINCÍPIO LOCUS REGIT ACTUM"** II. EMBARGOS DE DIVERGENCIA CONHECIDOS MAS REJEITADOS.(RE-EDv 68157, THOMPSON FLORES, STF.)

I - O TESTAMENTO **OLOGRAFO FEITO NA ITALIA E QUE OBEDECEU AS FORMALIDADES EXTRINSECAS, DE ACORDO COM A LEI ITALIANA, TEM VALIDADE NO BRASIL**; II - A ARGÜIÇÃO DE NULIDADE DESSE ATO SOMENTE PODE SER LEVANTADA APRECIADA E DECIDIDA EM AÇÃO PROPRIA, PERANTE AS AUTORIDADES ITALIANAS. (STF - RE: 18983 , Relator: Min. RIBEIRO DA COSTA, Data de Julgamento: 01/01/1970, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: ADJ DATA 03-09-1953 PP-10620 ADJ DATA 28-11-1955 PP-04160 ADJ DATA 09-11-1953 PP-03337 EMENT VOL-00141 PP-00131)

Assim, em países como Itália, Alemanha, Suíça, França, Áustria, Espanha, Argentina, por exemplo, não se exigem testemunhas para o testamento particular. E não havendo testemunhas do ato, despicienda será também a sua leitura. Contudo, uma vez formalizado num desses países, o testamento particular, mesmo sem observar importantes solenidades a eles impostas pelo direito brasileiro, deverão ser considerados válidos.

Exemplo: questão nº 24, caderno branco, VI Exame Unificado:

Arnaldo Butti, cidadão brasileiro, falece em Roma, Itália, local onde residia e tinha domicílio. Em seu testamento, firmado em sua residência poucos dias antes de sua morte, Butti, que não tinha herdeiros naturais, deixou um imóvel localizado na Avenida Atlântica, na cidade do Rio de Janeiro, para Júlia, neta de sua enfermeira, que vive no Brasil. Inconformada com a partilha, Fernanda, brasileira, sobrinha-neta do falecido, que há dois anos vivia de favor no referido imóvel, questiona no Judiciário brasileiro a validade do testamento. Alega, em síntese, que, embora obedecesse a todas as formalidades previstas na lei italiana, o ato não seguiu todas as formalidades preconizadas pela lei brasileira. Com base na hipótese acima aventada, assinale a alternativa correta.

- | |
|--|
| a) Fernanda tem razão em seu questionamento, pois a sucessão testamentária de imóvel localizado no Brasil rege-se, inclusive quanto à forma, pela lei do local onde a coisa se situa (<i>lex rei sitae</i>). |
| b) Fernanda tem razão em questionar a validade do testamento, pois a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro veda a partilha de bens imóveis situados no Brasil por ato testamentário firmado no exterior. |
| c) Fernanda não tem razão em questionar a validade do testamento, pois o ato testamentário se rege, quanto à forma, pela lei do local onde foi celebrado (<i>locus regit actum</i>). |
| d) O questionamento de Fernanda não será apreciado, pois a Justiça brasileira não possui competência para conhecer e julgar o mérito de ações que versem sobre atos testamentários realizados no exterior. |

Resposta: Alternativa C. Ora, conforme as decisões judiciais supramencionadas, o testamento de Arnaldo é perfeitamente válido. O testamento obedece, quanto à forma, a lei do local da celebração. O testamento foi constituído na Itália e às leis deste país deve prestar obediência. Se forem obedecidas todas as formalidades previstas na lei Italiana,

não há que se questionar a validade do testamento no que diz respeito à forma, pois tal será regido pela regra *locus regit actum*.

Testamento conjunto

O nosso ordenamento não aceita o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo. Essa proibição é justificada por este contrariar a unilateralidade, a unipessoalidade, a liberdade e a revogabilidade, princípios essenciais da manifestação de última vontade.

Na Itália, cujos Códigos Civis, quer o atualmente em vigor, quer o que anteriormente vigia, não admitem o testamento conjuntivo, a jurisprudência se pronunciava pela nulidade do testamento conjuntivo de italiano no estrangeiro, quando o testamento tivesse de ser executado naquela nação. No Brasil, quando do regime das ordenações Filipinas, que admitiam o testamento conjuntivo ou de mão comum, dois cônjuges de nacionalidade italiana, domiciliados no Brasil, fizeram um testamento conjuntivo que, apresentado na Itália, foi considerado nulo por se tratar de matéria de substância e haver proibições no art. 761 do Antigo Código Civil. O juiz de primeira instância considerou válido o testamento em sentença de 20/07/1895. Na apelação, a Corte de Luca reformou a sentença para declarar nulo o testamento e, finalmente, a Corte de Cassação de Florença confirmou o julgado, declarando, explicitamente, nulo o testamento. Não é a mesma situação, todavia, do testamento hológrafo, que não é proibido pelo nosso direito e não constitui problema de substância, mas questão de forma ou de formalidades. A forma particular, no nosso direito, exige formalidades que os sistemas que seguiram o módulo francês desconhecem.

4.5 Tendência moderna a fim de manter a vontade do testador

A tendência atual aponta para manter a declaração de vontade do testador, tanto do direito internacional quanto no direito interno. Esse princípio vem influenciando as legislações modernas, estabelecendo o cumprimento do testamento desde que obedeça a uma das leis invocáveis para sua validade.

A Convenção de Haia de 1960, em seu art. 9º, dispôs sobre forma de testamento, admitindo a validade do ato, desde que obedeça a uma das seguintes leis: lei do local do ato; da nacionalidade do testador; do domicílio do testador; da residência habitual do testador; e da situação dos bens imóveis.

Os nossos autores, em geral, defendem a lei do lugar onde foi redigido o testamento, desde que não haja fraude ou ofensa a princípio de ordem pública, podendo, porém, o testador adotar a lei da nacionalidade, afastando a princípio *locus regit actum*, por ser facultativo.

No regime da Lei de Introdução, havia divergência entre os autores se esta regra poderia ser afastada ou não. Defendiam a imperatividade da regra autores como Eduardo Espínola, Machado Vilela e Paulo Meréia. Por outro lado, Clóvis Beviláqua e Pontes de Miranda, dentre outros, alegavam a facultatividade da regra. Daí surgiu a dúvida quanto à possibilidade de estrangeiro, no Brasil, fazer testamento hológrafo de acordo com a lei estrangeira, adotando a lei da nacionalidade.

A jurisprudência pôs fim à discussão, ao julgar casos como o de D. Gabriella B. Lage, referido acima, dando preferência à vontade do testador sempre que possível, em conformidade com o art. 29 do Projeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, organizado pelo Professor Haroldo Valadão, e com o art. 9º da Convenção de Haia de 1960.

Destarte, a nulidade dos atos jurídicos de intercâmbio ou inter vivos é, praticamente, reparável: fazem-se outros, com as formalidades legais, ou se intentam ações que compensem o prejuízo, como a ação de *in rem verso*. Não se dá o mesmo com as declarações de última vontade. Uma vez nulas, por defeito de forma, ou por outro motivo, não podem ser renovadas, pois morreu quem as fez. Razão maior para se evitar, no zelo do respeito à forma, o sacrifício do fundo (MIRANDA, Pontes de; CAVALCANTE,

Francisco. Tratado de direito Privado, t. LVIII, 2ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1969, § 5.849, p. 283). Assim, diz-se que será aplicável, ao testamento, o princípio da instrumentalidade das formas, princípio orientador no Direito Processual.

4.6 Pontos de divergência entre os direitos brasileiro, luso e espanhol

- 1- Segundo o Direito Civil Português, são incapazes de testar os menores emancipados e os interditados (Código Civil Português, art. 2.189º). Considerando que a lei portuguesa considera capazes os maiores de 18 anos (Código Civil Português, art. 122º) e somente permite a emancipação pelo casamento (Código civil Português, art. 132º), será nulo o testamento de pessoa domiciliada em terras lusitanas se não forem observados esses preceitos.
- 2- O Direito Espanhol prevê capacidade para testar aos maiores de 15 anos (Código Civil Espanhol, art. 663, 1). O testamento formalizado na Espanha, por pessoa dessa idade poderá ser executado no Brasil? Ao nosso entender, embora respeitado o aspecto material da capacidade para testar segundo a *Lex domicilii*, parece-nos ofensiva à ordem pública interna a previsão da lei espanhola.
- 3- O cálculo da legítima nos países ibéricos também difere do cálculo praticado no Brasil. Enquanto o direito pátrio impõe a reserva sobre metade do patrimônio do *de cujus* (Código Civil, art. 1.846), a lei portuguesa prevê hipóteses em que esta pode chegar a dois terços desse patrimônio. É o que se verifica quando concorrem à herança cônjuge e descendentes, mais de um descendente ou cônjuge e ascendentes (Código Civil Português art. 2.159º e art. 2.161º).

4.7 Qual a norma a ser observada para se conferir regularidade aos testamentos instrumentalizados no exterior? Qual direito aplicar?

A Convenção de Haia sobre Formas de testamento, de 1960, admitiu a validade da deixa, se observada em sua forma (art. 9º):

- A lei vigente no local em que o ato foi instrumentalizado;
- A lei nacional do *de cujus*;
- A lei do domicílio;
- A lei aplicável no lugar onde se situam os imóveis.

Na ausência de norma específica, é comum a invocação do princípio *locus regit actum* para dirimir essa espécie de conflito. O adágio *locus regit actum* vigeu no direito brasileiro, em termos de direito positivo, por quase três séculos e meio (desde as Ordenações Filipinas, de 1595, até a revogação pela antiga Lei de Introdução ao Código Civil, em 1942). Sua aplicação é defendida entre nós como costume.

A tendência mais moderna, conforme já foi exposto, é a que procura sempre salvaguardar as disposições de vontade do testador.

4.8 Formas de ingresso das declarações de última vontade no Brasil

- **Documental:** requisitos de eficácia do documento estrangeiro no Brasil:
 1. Tradução por tradutor juramentado (Código Civil, art. 224 e Código de Processo Civil, art. 157).
 2. Registro no Registro de Títulos e Documentos (Lei 6.015/73, art. 129, item 6º). Exceção: Súmula nº 259 do STF.
- **Judicial:** não obstante seja desnecessária intervenção judicial estrangeira, determinando o cumprimento do testamento em seu território realizado, para que seja posteriormente homologado pelo STJ, não há vedação legal, por parte do direito brasileiro, à providência, mesmo que a deixa recaia sobre bens aqui situados. Muito pelo contrário, a jurisdição estrangeira sobre a hipótese é

reconhecida pelo nosso ordenamento, ao se estabelecer competência internacional concorrente quando no Brasil tiver de se cumprir uma obrigação (Código de Processo Civil, art. 88, II). De certo, todavia, não poderá a decisão estrangeira recair sobre o inventário e partilha dos bens localizados no Brasil, sob pena de violação da competência internacional exclusiva da autoridade judiciária brasileira para conhecer e julgar esses casos (Código de Processo Civil, art. 89, II). Mas, tratando-se de decisão estrangeira que se limite a atestar a regularidade formal do testamento, não haveria maiores problemas, bastando que fossem homologadas pelo Superior Tribunal de Justiça.

A seguir, os requisitos de eficácia da sentença estrangeira no Brasil:

1. **a.** Competência da autoridade prolatora;
2. **b.** Terem sido as partes citadas;
3. **c.** Ter a decisão passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida;
4. **d.** Estar a decisão traduzida por intérprete autorizado.
5. **e.** Não haver ofensa à soberania brasileira, à ordem pública e aos bons costumes.

5. CONCLUSÃO

A resolução de conflitos envolvendo direitos sucessórios com conexão internacional, a depender do caso concreto, poderá ser facilmente dirimido, mormente quando há somente bens imóveis situados no Brasil, vez que a competência nesses casos será absoluta – aplica-se a lei brasileira, ou quando a lei pessoal do *de cuius* seja mais favorável ao cônjuge ou aos filhos brasileiros, por ser uma questão fundamental de soberania.

Nesse mesmo sentido, quando diferentes bens estejam localizados em diferentes Estados, principalmente bens imóveis, necessário se fará a abertura de inventários distintos, respeitando-se a lei interna de cada país.

De outra forma, existindo a sucessão por testamento, deverá ser inicialmente observada a vontade do testador para, após, serem verificadas as formalidades materiais e formais do ato, estando consolidado o entendimento na jurisprudência superior de que o testamento não poderá ofender a ordem pública ou fraudar a lei, mitigando-se as formalidades do ato, estas adstritas à lei do local de formação, porém, obedecendo-se critérios de eficácia para produzir efeitos no país.

Outro ponto relevante é a garantia constitucional de igualdade material conferida a todos os brasileiros e estrangeiros situados no país, ressaltando-se a dignidade da pessoa humana, especialmente quanto ao tratamento isonômico dado aos filhos, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, §6º, da CF/88).

Portanto, resta ao magistrado bem avaliar o caso concreto para aplicar o direito brasileiro ou o direito alienígena.