

DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA VINCULADA AO DEVER DE
CUIDAR DO TESTADOR – UMA ANÁLISE TENDO POR BASE
O DIREITO PORTUGUÊS*

TESTAMENTARY PROVISION LINKED TO THE DUTY TO CARE FOR
THE TESTOR – AN ANALYSIS BASED ON PORTUGUESE LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 848-869

* O presente trabalho, desenvolvido no seio do grupo de investigação da USC "Libredón. Derecho civil. Persona, familia y patrimonio", enquadra-se no projeto do Ministerio de Ciencia e Innovación "La voluntad real del causante en las disposiciones mortis causa: aspectos transversales de la interpretación y cláusulas de especial conflictividad" (VOLUNTAS, PID2020-115254RB-I00, convocatória 2020 Projetos de I+D+i - RTI Tipo B, 1 setembro 2021 a 31 agosto 2024), de que é IP a professora Carballo Fidalgo.

Diana Isabel DA
SILVA LEIRAS

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de diciembre de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: As disposições testamentárias vinculadas ao dever de cuidar do testador são uma realidade comum na sociedade portuguesa, sendo, geralmente, estipuladas a favor do filho de quem o testador deseje receber cuidados no advento da sua velhice, e até ao seu falecimento.

Este texto analisa questões que os tribunais portugueses têm sido chamados a decidir em relação a tais cláusulas, para o que têm de apurar a vontade real do testador, aplicando, para o efeito, os critérios de hermenêutica testamentária previstos na lei. A análise dessas questões – sobre a qualificação jurídica do dever de cuidar e o conteúdo deste dever –, demonstra que, para garantia da segurança e certeza jurídicas, o notário deve redigir este tipo de cláusulas com a maior precisão possível, de acordo com a vontade do testador.

PALABRAS CLAVE: Testamento; dever de cuidar; interpretação testamentária.

ABSTRACT: Testamentary provisions linked to the testator's duty of care are a common reality in Portuguese society, and are generally stipulated in favor of the child from whom the testator wishes to receive care in the advent of his old age, and until his death.

This text analyzes issues that the Portuguese courts have been called upon to decide in relation to such clauses, for which they have to determine the real will of the testator, applying, for this purpose, the criteria of testamentary hermeneutics provided for by law. The analysis of these questions – about the legal qualification of the duty of care and the content of this duty – demonstrates that, to guarantee security and legal certainty, the notary must write this type of clauses with the greatest possible precision, in accordance with the will of the testator.

KEY WORDS: Will; duty of care; testamentary interpretation.

SUMARIO.- I. INTRODUÇÃO.- II. EXISTEM PROIBIÇÕES OU RESTRIÇÕES À REALIZAÇÃO DE DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS A FAVOR DO CUIDADOR?- III. QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DE CLÁUSULA ACESSÓRIA DE TESTAMENTO – DEVER DE CUIDAR DO TESTADOR.- 1. Condição e modo no testamento.- 2. Interpretação da disposição testamentária.- IV. CONTEÚDO DO DEVER DE CUIDAR: REFLEXÕES.

I. INTRODUÇÃO.

Com o avançar da idade, e o aumento da esperança média de vida, é normal que surja, ou se agudize, nas pessoas, um sentimento de preocupação quanto aos cuidados (de alojamento, alimentação e/ou cuidados médicos) que necessitarão na última etapa da sua vida, em que, por um período de tempo que, naturalmente, não lhes é possível prever, poderão não ter plena autonomia e, inclusivamente, estar em situação de total dependência de terceiro ou terceiros. É no seio de um sentimento generalizado de desconfiança e de receio em relação à prestação de cuidados profissionalizados na velhice, em especial, quanto à institucionalização em lar de terceira idade, que se observa o recurso à sucessão testamentária favorecedora dos cuidados e assistência: é estipulado no testamento o dever de o beneficiário da atribuição patrimonial cuidar do testador até ao fim da vida deste.

Em grande parte dos casos, os cuidados são prestados no âmbito das relações familiares mais diretas – entre pais e filhos –, sendo proporcionados por valores morais e não como serviços remunerados. Pese embora o desigual sacrifício da vida pessoal e, muitas vezes também profissional, que tais cuidados implicam para o filho cuidador em relação aos seus irmãos, demais filhos da pessoa cuidada, não podem os mesmos ser valorados em sede de processo de partilha da herança, como dívida desta, e correspondente crédito do filho cuidador. Através do testamento, que se trata de um negócio jurídico *mortis causa*, unilateral e livremente revogável (arts. 2179.º e 2311.º do CC)², o testador pode, respeitando as legítimas, “corrigir” tal situação, realizando atribuições patrimoniais a favor desse seu filho, e, caso seja essa a sua vontade, com vinculação deste ao dever de cuidados.

1 A sucessão testamentária, cujo regime está contido nos arts. 2179.º e seguintes do Código Civil português, que foi aprovado pelo Decreto-Lei núm. 47344, de 25 de novembro (CC), constitui, a par da sucessão contratual (por princípio, proibida, cfr. arts. 2028.º e 996.º do CC), uma modalidade de sucessão voluntária (art. 2027.º do CC).

2 O testamento só produz os seus efeitos após a morte do testador, sendo só neste momento que o herdeiro ou legatário adquire um verdadeiro e definitivo direito subjetivo sobre os bens que lhe foram deixados. *Vid. CAPELO DE SOUSA, R.: Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 167. Ainda que conjugue interesses do testador e de quem este designa como seu sucessível, o testamento é unilateral – contém única e exclusivamente uma declaração de vontade, a do testador (o art. 2181.º do CC proíbe expressamente o testamento de mão comum). A intervenção de outras pessoas além do testador, ditada por razões formais (notários, testemunhas...), não afasta a unilateralidade deste negócio jurídico (DUARTE PINHEIRO, J.: *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, AAFDL, Lisboa, 2019, p. 86).

• Diana Isabel da Silva Leiras

Professora do Politécnico do Cávado e do Ave. E-mail: dleiras@ipca.pt

As disposições testamentárias a favor de filho podem ser realizadas por conta da quota disponível ou da quota indisponível, dado ser aquele um herdeiro legítimo (arts. 2157.º e 2133.º, núm. 1, alínea a), do CC). Salientam-se, contudo, dois aspetos:

1) O filho cuidador apenas sairá beneficiado em relação aos demais filhos do falecido se recebe a disposição testamentária por conta da quota disponível, isto é, da quota que, supletivamente, será distribuída por sucessão legítima (arts. 2027.º e 2031.º do CC)³, pois que todos os filhos, enquanto legítimos, têm direito a receber, *ex lege*, uma parte da herança, e do mesmo valor – a chamada “legítima” (arts. 2156 e 2159.º do CC)⁴;

2) À luz do princípio da intangibilidade qualitativa da legítima, o testador está proibido de impor encargos sobre as legítimas (assim como designar os bens que devem preencher as mesmas) contra a vontade dos herdeiros (art. 2163.º do CC). Destarte, como princípio, a disposição testamentária realizada com o encargo de o prestar cuidados deve ser imputada na quota disponível⁵.

O testador pode realizar a disposição testamentária a favor de pessoa incerta, empregando-se no testamento, por exemplo, a expressão “a favor de quem me cuide”, ou “a favor do filho que me cuide”, mas, como é óbvio, tal disposição só se considera válida se, por algum modo, for possível determinar o respetivo beneficiário (art. 2185.º do CC). No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de setembro de 2015, processo núm. 2695/06.2TBVLG.PI.SI⁶, é apreciada uma cláusula neste sentido: “institui sua única e universal herdeira a pessoa que há mais de um ano esteja a cuidar dela testadora e à data da sua morte. Caso não haja ninguém nessas condições, institui sua única e universal herdeira a Obra do Padre Américo, conhecida por Casa do Gaiato”.

Tenha-se, ainda, em conta que o testador pode não estabelecer o dever de cuidar a seu favor ou, pelo menos, de forma exclusiva, podendo estipular como beneficiários dos cuidados um terceiro ou terceiros, por exemplo, o seu cônjuge, conjuntamente ou não com ele. Se o testador for beneficiário dos cuidados, existe a particularidade de estes terem, necessariamente, de ser prestados em momento prévio à abertura da sucessão.

3 Tratando-se de sucessão com filhos, a quota disponível é de um terço da herança se os filhos concorrem à herança com cônjuge sobrevivente, para os quais a lei reserva uma legítima de dois terços, e, ainda, quando não haja cônjuge sobrevivente, e existam dois ou mais filhos cfr. art. 2159.º, números 1 e 2, do CC), ou de metade da herança, quando não haja cônjuge sobrevivente e apenas exista um filho (art. 2159.º, núm. 2, do CC).

4 Salvo nos casos de deserção justificada ou de indignidade sucessória (arts. 2166.º e 2167.º, e 2034.º a 2038.º, todos do CC), ou, ainda, de repúdio da herança (art. 2062.º do CC).

5 O testador não está impedido de impor encargos aos seus herdeiros legítimos, atento o caráter supletivo da sucessão legítima (arts. 2027.º e 2131.º do CC). *Vid.* CAPELO DE SOUSA, R.: *Lições*, cit., p. 329, nota 844.

6 (Relator: Lopes do Rego), disponível em www.dgsi.pt (data da consulta: 20/06/2023).

II. EXISTEM PROIBIÇÕES OU RESTRIÇÕES À REALIZAÇÃO DE DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS A FAVOR DO CUIDADOR?

Determinados fatores, em especial, a idade avançada do testador, a doença de que este padecia ou a relação que o mesmo mantinha com o beneficiário da atribuição patrimonial, levam a que possa pairar a incerteza sobre se a disposição testamentária efetivamente expressa a sua real vontade. Apesar disso, a Lei portuguesa não consagra proibições ou restrições específicas para as disposições testamentárias a favor do cuidador.

A capacidade testamentária ativa constitui a regra: qualquer pessoa pode fazer testamento, a menos que a lei indique o contrário (art. 2188.º do CC). De acordo com o art. 2189.º do CC, apenas são incapazes de testar: “a) os menores não emancipados”⁷; e b) “Os maiores acompanhados, apenas nos casos em que a sentença de acompanhamento assim o determine”⁸. O testamento é nulo se, na data em que é outorgado, o testador se encontrar em alguma dessas situações (arts. 2190.º e 2191.º do CC).

O maior acompanhado, apesar de se encontrar impossibilitado, por razões de saúde, deficiência ou pelo seu comportamento, de exercer, plena, pessoal e conscientemente, os seus direitos e cumprir os seus deveres (art. 138.º do CC), tendo de ser acompanhado, nos atos que o tribunal determinar, pelo respetivo acompanhante (designado pelo tribunal), mantém, em princípio, o seu direito de testar. Como decorre do art. 147.º, núm. 1, do CC “[o] exercício pelo acompanhado de direitos pessoais e a celebração de negócios da vida corrente são livres, salvo disposição da lei ou decisão judicial em contrário”; o direito de testar está indicado expressamente como exemplo de direito pessoal no núm. 2 do mesmo artigo (a par de outros exemplos como, os direitos de casar ou de constituir situações de união ou de procriar). A este propósito, refira-se que, sendo o testamento um ato pessoal, o mesmo é insuscetível de ser feito por meio do acompanhante (art. 2182.º, núm. 1, do CC), mas sem prejuízo da admissibilidade de os pais substituírem os filhos menores (não emancipados) e os filhos maiores que sejam incapazes de testar em consequência de sentença de acompanhamento, através de substituição pupilar ou quase-pupilar, ao abrigo dos arts. 2297.º a 2300.º do CC⁹.

7 Isto é, quem não tiver ainda completado dezoito anos de idade e não tenha casado (arts. 122.º e seguintes, do CC). Conforme indica o art. 132.º, do CC, “[o] menor é, de pleno direito, emancipado pelo casamento”.

8 O regime do maior acompanhado, que foi introduzido pelo Decreto-Lei núm. 49/2018, de 14 de agosto e que eliminou os institutos da interdição e da inabilitação, tem como propósito garantir à pessoa acompanhada a sua autodeterminação, e promover, “na medida do possível, a sua vida autónoma e independente, de acordo com o princípio da máxima preservação da capacidade do sujeito” (neste sentido, *vid.* o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 19 de maio de 2022, processo núm. 408/21.8T8VRL.G1 (Relator: Pedro Maurício), disponível em www.dgsi.pt (data da consulta: 20/06/2023).

9 O instituto da substituição quasepupilar (art. 2298.º do CC) constitui uma exceção *sui generis* ao caráter pessoal do testamento. *Vid.* BETTENCOURT RODRIGUES SILVA MORAIS, D.: “Da Relevância da Substituição Quase-Pupilar. A Propósito do Regime do Maior Acompanhado”, em *Atas do I Congresso Ibérico de Direito da*

No que respeita à capacidade testamentária passiva, importa chamar à colação os “casos de indisponibilidade relativa”, previstos nos arts. 2192.º e seguintes, do CC, nos quais a proibição de testar se verifica apenas relativamente a determinada pessoa (e não a toda e qualquer pessoa), assentando no vínculo especial que existe entre ela e o testador. CAPELO DE SOUSA explicita que estas indisponibilidades visam não só “defender o testador contra si mesmo (v.g., contra a sua eventual dependência, excesso de gratidão, fraqueza da vontade ou temor reverencial)”, mas também “objetivos sociais e deontológicos, impedindo que certos cargos, funções ou posições propiciem a obtenção de benefícios testamentários inaceitáveis moral e juridicamente”¹⁰.

As disposições testamentárias feitas a favor das pessoas abrangidas por esses casos são nulas, e abrangem, entre outras, o acompanhante ou o administrador legal dos bens do testador, ainda que estejam aprovadas as respetivas contas (art. 2192.º, núm. 1, do CC), exceto se feitas a favor de descendentes, ascendentes, colaterais até ao terceiro grau, cônjuge do testador ou pessoa com quem este viva em união de facto (art. 2192.º, núm. 2, do CC); e o médico ou enfermeiro que tratou do testador, e o sacerdote que lhe prestou assistência espiritual, se o testamento foi feito durante a doença e o seu autor vier a falecer dela (art. 2194.º do CC). Estas últimas disposições são, porém, válidas quando correspondam a legados remuneratórios de serviços recebidos pelo doente, ou, ainda, se o beneficiário se trata de alguma das referidas pessoas, designadas no núm. 2 do art. 2192.º (art. 2195.º do CC).

A propósito deste aspeto, saliente-se, numa perspetiva de Direito comparado, que, através da *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, foi modificado o art. 753.º do Código Civil espanhol (CC esp.), para se estabelecer que as pessoas físicas que prestem serviços de cuidado, assistenciais ou de natureza análoga ao *de cuius* só podem ser favorecidas na sucessão mediante testamento notarial aberto. Esta modificação evidencia claramente a preocupação do legislador espanhol quanto ao uso das outras formas de testamento comum admitidas, *rectius* o testamento ológrafo e o testamento cerrado (arts. 676.º, 688.º a 693.º, e 706.º a 715.º, todos do CC esp.), para a realização de disposições testamentárias a favor de tais pessoas. É inegável que tais formas de testamento não garantem a mesma segurança jurídica que o testamento notarial aberto, o qual, além de ser outorgado perante notário, pode ser feito na presença de duas testemunhas idóneas (art. 697.º do CC esp.).

Família e das Sucessões. As Relações Pessoais, Familiares e Sucessórias (Dias, C., e outros, Coord.), Gestlegal, Coimbra, 2022, pp. 85-127.

10 CAPELO DE SOUSA, R.: *Lições*, cit., pp. 174-175.

No Direito português, o testador pode, em qualquer caso, optar entre as duas formas de testamento comum admitidas – testamento público e testamento cerrado (art. 2204.º do CC) –, não sendo admitido o testamento ológrafo, isto é, o testamento escrito e assinado pelo testador, e que não carece de ser aprovado perante notário¹¹. Quanto ao testamento cerrado, que é escrito e assinado pelo testador ou por outra pessoa a seu rogo, ou escrito por outra pessoa a rogo do testador e por este assinado, tem o mesmo de ser aprovado por notário, nos termos da Lei do Notariado, e na presença de duas testemunhas idóneas, como se tratasse de testamento público¹².

III. QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DE CLÁUSULA ACESSÓRIA DE TESTAMENTO – DEVER DE CUIDAR DO TESTADOR.

I. Condição e modo no testamento.

Embora com as limitações que expressamente prevê, o Código Civil português admite a aposição de cláusulas acessórias à instituição de herdeiro assim como à nomeação de legatário. Entre as cláusulas típicas, tratadas nos arts. 2229.º e seguintes, do CC, encontra-se a condição (suspensiva ou resolutiva) e os encargos, também designados de “modos”, ou, ainda, de “cláusulas modais”¹³.

A sujeição dos efeitos jurídicos de um negócio jurídico à verificação de uma condição também resulta das regras gerais dos negócios jurídicos, em concreto do art. 270.º do CC, segundo o qual “[as] partes podem subordinar a um acontecimento futuro e incerto a produção dos efeitos do negócio jurídico ou a sua resolução: no primeiro caso, diz-se suspensiva a condição; no segundo, resolutiva”. Destarte, no caso de condição suspensiva, a vocação sucessória do beneficiário da disposição testamentária está condicionada à verificação de um facto futuro e incerto; por sua vez, no caso de condição resolutiva, o chamamento sucessório já ocorreu, mas resolve-se *ipso iure*, e com efeitos *ex tunc*, caso o beneficiário não pratique o ato condicionante, ao qual não está, porém, obrigado.

Quanto ao modo, este traduz-se num dever (ou obrigação) que é imposto ao beneficiário de uma atribuição patrimonial de adotar uma certa conduta, um certo

11 De acordo com o art. 689.º do CC esp., o testamento ológrafo tem de ser protocolizado perante notário, no prazo de cinco anos após o falecimento do testador.

12 O notário só pode dispensar as testemunhas no caso de haver urgência e dificuldade em as conseguir, devendo fazer menção dessa circunstância no texto do testamento. Cfr. arts. 67.º, e 106.º a 108.º, do Código do Notariado, aprovado pelo Decreto-Lei núm. 207/95, de 14 de agosto.

13 As condições e as cláusulas modais impossíveis, contrárias à lei ou à ordem pública, ou ofensivas dos bons costumes têm-se por não escritas, mantendo-se a disposição testamentária (arts. 2230.º e 2245.º do CC). Apenas não é assim no caso do art. 2186.º do CC, segundo o qual “[é] nula a disposição testamentária, quando da interpretação do testamento resulte que foi essencialmente determinada por um fim contrário à lei ou à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes”.

comportamento (de dar ou não dar, fazer ou não fazer alguma coisa), no interesse do próprio disponente ou no interesse de terceiro ou do próprio beneficiário¹⁴. Neste sentido, RODRIGUES BASTOS ensina que “[o] modo testamentário consiste numa cláusula acessória, mercê da qual se impõe, no testamento, ao onerado, empregar parte do que este recebe, como herdeiro ou legatário, num fim determinado, em benefício do testador, de um terceiro ou do próprio onerado. É uma limitação da liberalidade, que visa alcançar um fim, que se acrescenta ao fim principal da disposição, sem, contudo, o destruir”¹⁵.

Ao contrário da condição, o modo obriga, pelo que, não sendo cumprido, o testador, ou quem lhe suceder, poderá exigir judicialmente o seu cumprimento (sendo ainda possível) ou fazer cessar os efeitos do negócio para o futuro, se o testador assim o tiver determinado ou for lícito concluir que tal disposição não seria mantida sem o cumprimento do encargo (arts. 2247.º e 2248.º, núm. I, do CC). Posto isto, o não cumprimento do dever imposto ao beneficiário do testamento, ao invés do que acontece no caso de não preenchimento da condição, não implica, *ipso facto*, a ineficácia do negócio jurídico do testamento, apenas conferindo o direito potestativo de pedir a resolução da disposição testamentária¹⁶. Este direito de resolução caduca passados cinco anos sobre a mora no cumprimento do encargo e, em qualquer caso, decorridos vinte anos sobre a abertura da sucessão (art. 2248.º, núm. 3, do CC).

Como resulta do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19 de fevereiro de 2008, processo núm. 0725694¹⁷, “[o] modo distingue-se da condição e do termo porque não torna incerta a manifestação da última vontade, que conserva plena e atual eficácia, nem difere a execução do testamento”¹⁸. Ademais, como é comum dizer-se “o modo obriga mas não suspende; a condição suspende mas não obriga”¹⁹.

14 MOTA PINTO, C. A.: *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição, 2.ª reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 578-589. Vid. também CARVALHO FERNANDES, L.: *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 5.ª edição, Universidade Católica, Lisboa, 2010, p. 434.

15 RODRIGUES BASTOS, J.: *Notas ao Código Civil*, vol. VII, Almedina, Coimbra, 2002, p. 442. No mesmo segmento, PIRES DE LIMA, F., ANTUNES VARELA, A.: *Código Civil Anotado*, vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, p. 387. Na jurisprudência, veja-se no mesmo sentido, v.g. o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 de outubro de 2014, processo núm. 1837/10 (Relator Hélder Roque), disponível em www.dgsi.pt (data da consulta: 26/06/2023).

16 CARVALHO FERNANDES, L.: *Teoria*, cit., p. 434. Como clarifica o mesmo autor (*op. cit.*, p. 435), “o modo gera, para o beneficiário da liberalidade, uma vinculação a certo comportamento; por isso, já se vê que não tem sentido falar, neste caso, ao contrário do que sucede na condição ou no termo, da sua verificação ou não verificação, mas sim do seu cumprimento ou não cumprimento”.

17 (Relatora Anabela Dias da Silva), disponível em www.dgsi.pt (data da consulta: 26/06/2023).

18 Não há modo suspensivo ou resolutivo, mas o modo em si mesmo pode ser sujeito a condições ou a termo. Vid. CAPELO DE SOUSA, R.: *Lições*, cit., p. 216, nota 510.

19 ANTUNES VARELA, J., *Ensaio sobre o conceito do modo*, Atlântida, Coimbra, 1955, p. 283.

Na prática, o modo opera de forma similar à condição resolutória: o herdeiro instituído ou legatário nomeado converte-se em tal desde a abertura da sucessão (a aceitação da herança ou do legado retroage a este momento – art. 2050.º, núm. 2, do CC), e só perderá o seu direito sucessório, com efeitos retroativos a essa data, se se alegar e provar que ele não cumpriu o dever de cuidar do testador (nos termos queridos por este). Já no caso da condição suspensiva, a vocação sucessória, cujos efeitos também retroagem ao momento da abertura da sucessão, apenas ocorre realizada a prova da verificação da condição (se os cuidados foram efetivamente prestados, e nos termos queridos pelo testador)²⁰. Porém, em boa verdade, no caso específico do dever de cuidar do testador, só impropriamente se pode considerar que a disposição testamentária está sujeita a condição. Isto porque, como este dever tem, necessariamente, de ser cumprido em vida do testador; ou seja, antes da abertura da sucessão, não ocorre período de dependência (da condição), sendo o chamamento sucessório definitivamente eficaz, ou ineficaz, no próprio momento do falecimento do testador; consoante se possa ou não considerar que o dever em causa foi cumprido (a qualificação do beneficiário da disposição testamentária como cuidador do falecido é constitutiva da sua vocação sucessória).

Uma questão que surge no âmbito da resolução da disposição testamentária por incumprimento do modo (art. 2248.º do CC), é se esta pode assentar num qualquer incumprimento ou, se pelo contrário, se tem de tratar de incumprimento culposo. Cabe então clarificar se, mesmo no caso em que a não realização do encargo seja inimputável ao beneficiário, a disposição testamentária poderá ser resolvida.

O art. 2248.º, n.º 1, do CC não faz referência ao pressuposto da culpa²¹, mas a doutrina e a jurisprudência têm feito referência a ele, o que se ajusta ao facto de a vontade do testador em instituir alguém como seu herdeiro ou nomear alguém como seu legatário dever, por princípio, ser conservada (*favor testamenti*). O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 25 de janeiro de 2022, processo núm. 3620/20.14.2TBMAI.PI²², consigna que, para a resolução da disposição testamentária devido ao incumprimento do modo (ou encargo), se exige que este incumprimento “seja imputável ao beneficiário a título de culpa – se o inadimplemento não for imputável ao onerado (onerado com o encargo,

20 A retroatividade da condição à data da morte do testador resulta do art. 2242.º, n.º 1, do qual também resulta que se consideram não escritas as declarações testamentárias em contrário.

21 Como refere ANTUNES VARELA, a culpa “exprime um juízo de reprovabilidade pessoal da conduta do agente” (ANTUNES VARELA, J.; *Das Obrigações em Geral*, vol. 1, 10.ª Edição revista e atualizada, 9.ª reimpressão da edição de 2000, Almedina, Coimbra, 2012, p. 566).

22 (Relator João Ramos Lopes), disponível em www.dgsi.pt.

beneficiário da atribuição testamentária), ou se não se tratar de inadimplemento culposo (dolo ou mera culpa), o onerado nenhuma consequência terá a sofrer”²³.

Posto isto, se o dever de cuidar constitui uma condição, e a mesma não se verifica, seja por causa imputável ou não ao beneficiário da disposição testamentária, esta disposição não produz efeitos jurídicos (condição suspensiva) ou, torna-se ineficaz (condição resolutiva). Assim, se o beneficiário da disposição testamentária não cuidou do testador porque foi impedido de o fazer, por exemplo, porque este decidiu, por sua livre vontade, ser institucionalizado num lar, não se pode considerar verificada a condição²⁴. Não obstante, a interpretação da cláusula testamentária pode ditar outra solução, na medida em que dela pode resultar que os cuidados só tinham de ser prestados se o testador precisasse deles.

Diferentemente, no caso do modo, a disposição testamentária produz efeitos de imediato (aquando da abertura do testamento), podendo ser resolvida caso o seu beneficiário não tenha cumprido o encargo de cuidar do testador devido a causa que lhe seja imputável, o que não sucede se foi o próprio testador ou outra pessoa que o impediu de prestar os cuidados. Por exemplo, se aplicando as regras da hermenêutica testamentária, se apurar que era vontade do testador que os cuidados lhe fossem prestados de forma permanente, mas que o mesmo, por sua livre vontade, foi institucionalizado num lar, o sucessor instituído ficou impedido, por razão que não lhe pode ser imputada, de prestar os cuidados nos referidos termos. Se este fez visitas regulares ao testador, tendo providenciado pelo bem-estar deste, parece adequado considerar-se que o encargo foi cumprido.

Teoricamente a distinção entre condição e modo não apresenta dificuldades, mas, em termos práticos, a mesma não se afigura fácil na generalidade dos casos.

Entende-se estar em causa um modo em todos os casos em que se conclua que o testador não quis sujeitar ou fazer depender a atribuição patrimonial de que efetivamente o beneficiário desta lhe tivesse prestado cuidados, mas sim fazer essa atribuição e impor ao beneficiário da mesma um encargo, de seu cuidado. Neste sentido, são bem eloquentes as palavras empregues pelo Tribunal da Relação de Coimbra, Acórdão de 5 de fevereiro de 2013, processo núm. 1837/10.8TBCTB.

23 No mesmo sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de outubro de 1996, processo 96B115 (Relator Sá Couto): “O inadimplemento do modo pressupõe a culpa do beneficiário onerado a qual se não verifica se este não cumpre por não poder”. Cfr. também o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19 de fevereiro de 2008, processo núm. 0725694 (Relatora Anabela Dias da Silva), e Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 19 de junho de 2019, processo núm. 3698/17.7TBVCT.GI (Relatora Fernanda Proença Fernandes). Todos os acórdãos foram consultados em www.dgsi.pt (data das consultas: 26/09/2023).

24 Na falta de uma regulação própria para esta matéria, há que aplicar a norma geral dos negócios jurídicos do art. 275.º, n.º 2, 1.ª parte, do CC, segundo a qual a condição se tem por verificada se a sua verificação for impedida, contra as regras da boa-fé, por aquele a quem prejudica.

CI²⁵: “[q]uando da interpretação dos factos se colhe que a disposição mediante a qual se estipula que os efeitos do testamento de imediato produzidos tinham apenas como imposição que em certas circunstâncias o beneficiário praticasse determinado facto nela descrito, então não ocorreu a aposição de uma condição em sentido próprio, mas de um encargo ou modo, traduzindo-se este num certo comportamento positivo do beneficiado (composto por uma específica conduta a preencher por este já como herdeiro de pleno direito”).

Dado que a vontade manifestada pelo testador, desde que estabelecida dentro dos limites legais, deve ser respeitada, tem a mesma de ser apurada, sendo, para isso, necessário proceder à interpretação da disposição testamentária segundo os critérios legais (art. 2187.º do CC). Saber se, num caso concreto, está em causa uma cláusula condicional ou uma cláusula modal é questão de interpretação do testamento.

Se, após a aplicação de tais critérios, persistir a dúvida sobre a qualificação da disposição testamentária, pese embora não exista no Código Civil português uma norma análoga ao art. 797.1.º, do CC esp., na qual se reconhece a preferência do modo sobre a condição²⁶, entende-se ser também essa a posição mais adequada. A este propósito MOTA PINTO refere que, “[e]m nome do princípio da conservação dos negócios jurídicos é sustentada pela doutrina a solução, segundo a qual, em caso de dúvida, a estipulação deve ser qualificada antes como modo do que como condição”²⁷.

No que diz respeito ao prazo de exercício do direito de resolução pelo não cumprimento culposo do modo (prazo de caducidade, portanto), tendo em conta que o cumprimento do encargo tem de ocorrer em vida do testador e até ao falecimento deste, isto é, até à abertura da sucessão, dos dois prazos previstos no art. 2248.º, n.º 3 – um, de cinco anos sobre a mora no cumprimento do encargo, e um geral, de vinte anos sobre a abertura da sucessão – parece ser de aplicar apenas este último²⁸.

25 (Relator: Freitas Neto), disponível em www.dgsi.pt (data da consulta: 14/07/2023).

26 “La expresión del obligado de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad”.

27 MOTA PINTO, C. A., *Teoria*, cit., p. 579. Vid. também CAPELO DE SOUSA, R.: *Lições*, cit., p. 217, nota 512.

28 Naturalmente que o art. 2248.º, n.º 2, do CC não tem aplicação ao caso em que o encargo corresponde à obrigação de cuidar do testador, ficando a disposição testamentária pura e simplesmente sem qualquer efeito. De acordo com esta norma “[s]endo resolvida a disposição, o encargo deve ser cumprido, nas mesmas condições, pelo beneficiário da resolução, salvo se outra coisa resultar do testamento ou da natureza da disposição”. Tendo a obrigação em causa de ser cumprida em vida do autor da sucessão, é óbvio que o encargo não poderá mais ser mais cumprido, seja por quem seja.

2. Interpretação da disposição testamentária.

O art. 2187.º do CC enuncia os critérios legais da hermenêutica testamentária, ou seja, os critérios que a lei manda aplicar na interpretação dos testamentos a fim de se descobrir a intenção do *de cuius*²⁹, a sua real vontade (*voluntas testatoris*). Só depois de sabido o que o testador pretendeu com a sua disposição testamentária, é possível definir o modelo legal que a ela se ajusta: se a da condição ou do modo.

Na aludida norma, *rectius* no seu núm. I, pode ler-se que “[n]a interpretação das disposições testamentárias observar-se-á o que parecer mais ajustado com a vontade do testador, conforme o contexto do testamento”. Daqui resulta, claramente, que, como critério interpretativo do testamento, deve ser seguida a perspetiva subjetivista, valendo o testamento com o sentido que se mostrar mais ajustado à vontade do testador, atento o seu contexto. Este critério, que se contrapõe ao da teoria objetiva que preside à interpretação da declaração recetícia nos negócios jurídicos *inter vivos*, em que releva o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do declaratório real, possa deduzir do comportamento do declarante (art. 236.º do CC)³⁰, é o que melhor se coaduna com o caráter pessoal, unilateral, não receptício e livremente revogável do testamento, o qual deve expressar a última vontade do seu autor³¹.

O núm. 2 do art. 2187.º acrescenta que “[é] admitida prova complementar, mas não surtirá qualquer efeito a vontade do testador que não tenha no contexto um mínimo de correspondência, ainda que imperfeitamente expressa”.

Conforme explicita o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 10 de setembro de 2015, processo núm. 2695/06.2TBVLG.PI.SI³², esta limitação é totalmente justificada, pois constituindo o testamento um ato formal, solene, objetivado num texto, a sua interpretação não pode prescindir deste elemento objetivo que funciona como seu ponto de partida. Posto isto, e ainda à luz do mesmo aresto, “a vontade do autor do testamento deve ser apurada e reconstruída não só tendo em conta o respetivo texto, mas também, quando se entenda que ele não manifesta correta ou integralmente a sua vontade (e para que estes vícios

29 PIRES DE LIMA, F., ANTUNES VARELA, A.: *Código*, cit., p. 303.

30 Releva o sentido que seria considerado por uma pessoa normalmente diligente, sagaz e experiente em face dos termos da declaração e de todas as circunstâncias situadas dentro do horizonte concreto do declaratório, isto é, em face daquilo que o concreto destinatário da declaração conhecia e daquilo até onde ele podia conhecer. *Vid.* MOTA PINTO, C. A., *Teoria*, cit, pp. 443 e ss.

31 PEREIRA COELHO, F.: *Direito das Sucessões, Lições ao curso de 1973-1974*, Coimbra, 1974, p. 218; e PIRES DE LIMA, F., ANTUNES VARELA, A.: *Código*, cit., p. 303. Na jurisprudência, *vid.*, v. g., o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de novembro de 2020, processo núm. 2261/17.7T8PTM.EI.SI (Relator: Abrantes Geraldes), disponível em www.dgsi.pt (data da consulta: 12/07/2023).

32 Relator: Lopes do Rego), disponível em www.dgsi.pt (data da consulta: 12/07/2023).

sejam eliminados) o respetivo contexto à data da outorga e no qual se inspirou a vontade do testador...”³³.

Destarte, na averiguação do sentido da vontade real do testador (daquilo que ele quis dizer) é admitido o recurso à chamada “prova complementar” ou “extrínseca”, ou seja, a elementos ou circunstâncias estranhas aos termos do testamento, fundadas em qualquer dos meios de prova geralmente admitidos. Essa prova, que pode ser de qualquer tipo (documental, pericial ou testemunhal) constitui, assim, um elemento adicional para os tribunais ponderarem na apreciação do sentido e alcance das disposições testamentária, mas a vontade reconstituída tem sempre de ter um mínimo de correspondência, ainda que imperfeita no contexto, isto é, no teor do testamento³⁴.

Considerando a preferência do modo sobre a condição (em nome do princípio da conservação dos negócios jurídicos), apenas se, da interpretação do testamento, resultar que a prestação de cuidados teve caráter decisivo e determinante para a realização da atribuição patrimonial, se deve qualificar essa prestação como condição. Dito de outra forma, o dever de cuidar só constitui uma condição (e não um modo) se a vontade do testador, extraída do texto do testamento, assim como de todo o contexto deste negócio jurídico, ponderando o enquadramento factual da vida do testador, for a de condicionar a eficácia ou resolução da atribuição patrimonial (herança ou legado) à efetiva prestação dos cuidados (facto futuro e incerto). Se a condição é suspensiva, com a verificação da condição ocorre a vocação sucessória; se a condição é resolutiva, com a não verificação da condição opera a destruição automática da vocação sucessória, e com efeitos “*ex nunc*”. A este propósito, considere-se a seguinte cláusula: “— Instuo como meu herdeiro universal, em todos os meus bens, direitos e ações, o meu sobrinho X..., com a obrigação de me cuidar e assistir até ao meu falecimento, dispensando-me toda a classe de cuidados, sendo o mesmo substituído em caso de premoriência, ou de não poder ou não querer aceitar a herança, por aquele dos seus descendentes que esteja disposto a cumprir ou continuar a cumprir a obrigação imposta”.

Interpretando esta cláusula, que contém uma substituição direta (arts. 2281.º a 2285.º do CC), conclui-se que a vontade do testador era a de beneficiar quem lhe prestasse cuidados e assistência até ao seu falecimento (o seu sobrinho X ou qualquer um dos descendentes deste, e não necessariamente aquele). Dado que a efetiva realização da prestação de cuidar e assistir o testador condiciona

33 O testamento não é apenas o seu texto, é também o contexto; e estando o texto objetivado no instrumento escrito que só por si constitui prova, já para a averiguação daquela e deste último é lícito recorrer a meios extrínsecos e complementares de prova que não colidam frontalmente com o texto (OLIVEIRA DE ASCENÇÃO, J., *Direito Civil: Sucessões*, Coimbra Editora, Coimbra).

34 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de abril de 2012, processo núm. 259/10.5TBESP.PI.SI (Relator: Alves Velho), disponível em www.dgsi.pt (data da consulta: 12/07/2023).

diretamente a eficácia da instituição sucessória, aquela prestação consubstancia, notoriamente, uma condição testamentária.

Um outro exemplo claro de disposição testamentária sujeita a condição (este, também com elementos literais) é apreciado no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 23 de fevereiro de 2023, processo núm. 1383/20.IT8VRL.GI³⁵: “Institui sua única e universal herdeira, sua prima, AA, Nif..., casada, residente no..., com a condição suspensiva de cuidar e tratar da testadora com caráter de habitualidade na saúde e na doença até à data do seu falecimento, isto é, de lhe prestar todos os cuidados de saúde, higiene, alimentação, assistência médico-medicamentosa, enquanto a testadora for viva. – Que a presente condição carece de ser provada, ou seja, a herdeira testamentária, deve provar que se verificaram os eventos condicionantes”.

Como declarado neste aresto, “trata-se de uma condição suspensiva e não de uma cláusula modal, por ser essa a real vontade declarada expressamente pela testadora, e não um simples encargo modal, questão esta que não merece qualquer dúvida”. Com efeito, o conteúdo da obrigação supõe que o cumprimento da mesma constitui a razão decisiva e determinativa da outorga da atribuição testamentária relativa à instituição de herdeiro.

Neste âmbito, retoma-se a análise do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de setembro de 2015, processo núm. 2695/06.2TBVLG.PI.SI – que aprecia uma disposição testamentária – instituição de herdeira universal – a favor da “pessoa que há mais de um ano esteja a cuidar dela testadora e à data da sua morte. Caso não haja ninguém nessas condições, institui sua única e universal herdeira a Obra do Padre Américo, conhecida por Casa do Gaiato”.

Esta cláusula testamentária foi qualificada na primeira e na segunda instâncias judiciais como cláusula modal, mas parece existir uma certa relutância do Supremo Tribunal quanto ao facto de ser essa a sua real natureza ao afirmar que “[n]o caso dos autos, não vem questionada a natureza modal da disposição testamentária em causa”. Além disso, o Tribunal utiliza o termo “condição” e refere que a verificação desta constitui causa constitutiva da vocação sucessória: “[t]al como se não vê razão bastante para censurar o decidido no acórdão recorrido quanto à insuficiência dos atos de apoio e auxílio concretamente apurados para ter preenchida a referida condição – implicando a qualificação de cuidadora da falecida, constitutiva da própria vocação sucessória da R., efetivamente, não preenche a cláusula modal estipulada e querida pela testadora...”. Considerando que no caso em apreço a prestação de cuidados pelo beneficiário da atribuição patrimonial parece ter sido decisiva e determinativa para a realização da mesma, a qualificação que melhor se

35 (Relator: António Figueiredo de Almeida), disponível em www.dgsi.pt (data da consulta: 12/07/2023).

adequa para a cláusula contida no testamento é a de condição (resolutiva) e não a de cláusula modal. No entanto, em termos práticos, a qualificação da disposição testamentária como condição não levaria o tribunal a decidir de forma diversa, que confirmou a decisão do tribunal de primeira instância no sentido de que a herdeira instituída não cuidou efetivamente da testadora no último ano de vida desta, pressuposto no qual assentava, constitutiva e essencialmente, a vocação sucessória conferida no testamento³⁶.

Noutros casos, a jurisprudência considera estar em causa uma cláusula modal e não uma condição: a prestação efetiva de cuidados ao testador não terá sido a razão decisiva e determinante da realização da disposição testamentária, mas outra razão, por exemplo, a forte e duradoura relação de amizade que existia entre o testador e o beneficiário da atribuição patrimonial, podendo esse facto resultar expressamente do testamento ou ter enquadramento no contexto em que o mesmo foi realizado.

No já aludido Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19 de fevereiro de 2008, processo núm. 0725694, a questão de saber se no testamento estava inserida uma cláusula condicional (em concreto, resolutiva) ou uma cláusula modal constituiu o ponto de partida do tribunal para a resolução do conflito das partes. O Tribunal de primeira instância qualificou a disposição testamentária pela qual a testadora institui C. como herdeiro da sua quota disponível na condição de o mesmo, até à sua morte, a tratar e cuidar na saúde e na doença, prestando-lhe todo o acompanhamento necessário, como uma cláusula modal, tendo rejeitado a posição da autora, que se referiu a condição resolutiva. O Tribunal da Relação, considerando esta decisão “suficientemente fundamentada, nela se tendo feito um juízo interpretativo corretíssimo do testamento feito pela falecida, assim como da sua vontade testamentária”, confirmou que a autora não logrou fazer prova dos factos que lhe competia, não havendo, portanto, fundamento legal para a resolução da deixa testamentária, com base em incumprimento culposo da cláusula modal pelo herdeiro instituído, nos termos do art. 2248.º do CC.

Num outro caso, decidido no já mencionado Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 5 de fevereiro de 2013, processo núm. 1837/10.8TBCTB.CI, ainda que no testamento seja empregue o termo “condição”, o tribunal considerou estar em causa uma cláusula modal, por não entender que a efetiva prestação de cuidados pelo beneficiário da atribuição patrimonial tenha sido decisiva e determinativa desta. A cláusula testamentária em causa expressa-se nas seguintes palavras: “Que institui herdeira do remanescente de todos os seus bens, a associação a constituir;

36 Não obstante, como já se referiu *infra*, dado que a prestação em causa tinha de ser obrigatoriamente realizada antes da abertura da sucessão (em vida de quem recebe os cuidados, isto é, do testador), em bom rigor, nem sequer se deveria admitir a hipótese de tal cláusula testamentária constituir uma condição (não há período de dependência desta).

que vai adotar a denominação “LAR S (...)”, com sede na (...), freguesia de (...), concelho de Castelo Branco, com a condição de essa instituição lhe prestar toda a assistência de que necessitar enquanto for vivo, nomeadamente alojamento, alimentação, vestuário e cuidados médicos”.

Realizando a interpretação do testamento de acordo com os critérios definidos na Lei (art. 2187.º do CC), tendo, pois, em atenção a letra e contexto do documento e a prova complementar realizada, entendeu o tribunal que o encargo apenas subsistia caso a associação beneficiária da disposição testamentária tivesse sido constituída em vida do testador, caso em que ela estaria vinculada a prestar a este a assistência que o mesmo necessitasse, nomeadamente alojamento, alimentação ou cuidados médicos; e que, caso a associação não fosse constituída em vida do testador, o encargo desapareceria, tendo a mesma a qualidade de herdeira se e logo que se viesse a constituir. Justamente, a associação só veio a ser constituída após o falecimento do testador, e, pese embora este não tenha recebido dela qualquer assistência, foi chamada à sucessão do mesmo, enquanto sua herdeira testamentária.

Pode ainda ser dado o exemplo da seguinte cláusula: “Institui única e universal herdeira, de todos os seus bens, móveis e imóveis, incluindo contas bancárias, F., instituição que ficará dependente da instituída ter cuidado do testador, prestando-lhe assistência médica e medicamentosa e alimentos, se necessário, tendo carácter resolutivo caso tais cuidados não lhe sejam prestados ou não o sejam até à sua morte”.

O emprego dos termos “dependente” e “resolutivo” incitam que o dever de cuidar e assistir o testador constitui uma condição resolutiva, pelo que a instituição testamentária deixaria de produzir os seus efeitos caso o instituído não tivesse prestado os cuidados ao testador (nos termos queridos por este), conforme decide o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 7 de maio de 2020, processo núm. 2261/17.7T8PTM³⁷. Porém, tendo sido interposto recurso dessa decisão para o Supremo Tribunal de Justiça, veio a mesma a ser revogada. Com efeito, este Tribunal, em Acórdão de 26 de novembro de 2020³⁸, em consonância com aquela que entendeu ser a vontade do testador, atento o contexto do testamento, qualificou a cláusula testamentária como modo, isto é, como encargo que a testador impôs à beneficiária, no interesse e a favor do seu interesse (dela testadora), com isso limitando o benefício por aquela recebido, e apurados os demais factos, decidiu que não estavam verificados os requisitos da resolução da deixa testamentária, previstos no art. 2248.º do CC³⁹.

37 (Relatora: Maria João Sousa e Faro), disponível em www.dgsi.pt (data da consulta: 30/07/2023).

38 (Relator: Abrantes Geraldés), disponível em www.dgsi.pt (data da consulta: 30/07/2023).

39 No caso particular, é feita referência expressa no testamento à possibilidade de a deixa testamentária vir a ser resolvida se o beneficiário dela não prestar os cuidados ao testador, ou os prestar, mas não até à morte

Com base na análise jurisprudencial realizada, foi possível constatar que as decisões judiciais que qualificam o dever de cuidar do testador como um modo, e não como uma condição, e que são favoráveis à conservação da disposição testamentária, não aludem ao facto de o testador não ter revogado essa disposição (desde, claro, que este fosse capaz, tanto de direito como de facto, para o efeito, e não estivesse, por alguma razão, impedido de o fazer). Embora esse facto possa, de certo modo, indiciar que o testador não pretendeu condicionar a eficácia da disposição testamentária à efetiva prestação de cuidados, mas tão só impor um limite ao benefício testamentário, o testador pode não ter procedido à revogação do testamento apenas pela incerteza do que lhe reservaria o futuro, tendo falecido com a expectativa de que lhe viriam a ser prestados os cuidados.

IV. CONTEÚDO DO DEVER DE CUIDAR: REFLEXÕES.

A vontade do testador deve ser considerada a lei da sucessão, contanto que tenha sido estabelecida dentro dos limites legais. A falta de precisão que se verifica na generalidade dos testamentos realizados em Portugal quanto ao conteúdo do dever de cuidar dificulta a apreciação da verificação ou não verificação da condição, ou o cumprimento ou não cumprimento do modo, conforme seja o caso, sendo fonte de incerteza e insegurança jurídicas para a sucessão *mortis causa*.

A interpretação do conceito de cuidar de uma pessoa pode levantar numerosos problemas no caso de cláusulas genéricas, em que se estabelece apenas, por exemplo, que o beneficiário da disposição testamentária tem de “tratar e cuidar (o testador) na saúde e na doença, prestando-lhe todo o acompanhamento necessário” (cláusula apreciada no já referido Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19 de fevereiro de 2008, processo núm. 0725694).

O alcance do sentido da expressão “cuidar do testador” contida em testamento depende do apuramento da vontade psicológica do testador, que se realiza de acordo com os critérios enunciados no art. 2187.º do CC, já explanados *supra*: o texto e o contexto do testamento. Em casos concretos, o julgador poderá ter de apurar a vontade do testador em relação a aspetos como,

- A prestação de cuidados tinha de ser realizada com carácter habitual, ou era suficiente a prestação de alguns serviços (por exemplo, levar o testador ao médico sempre e quando fosse necessário)?

- Os cuidados deviam ser prestados por conta do testador ou do sucessor?

deste. Este é um dos casos em que a Lei (art. 2248.º, núm. 1, do CC) admite a resolução de disposições testamentárias pelo não cumprimento do encargo (a outra é “ser lícito concluir do testamento que a disposição não teria sido mantida sem o cumprimento do encargo”).

- Os cuidados, nomeadamente no que se refere à higiene e alimentação, tinham de ser pessoalmente prestados pelo sucessor, ou este podia prestá-los através de terceiro, contratando serviços profissionais, ainda que fazendo a supervisão dos mesmos com a sua presença, e, sendo o caso, assumindo os pagamentos?

É adequado que no testamento o conceito de cuidados seja determinado com a maior precisão possível, de modo a assegurar que apenas será qualificado como cuidador quem efetivamente tenha cuidado o testador nos termos queridos por este. Para o apuramento da vontade real do testador, embora o texto do testamento não seja o único critério legal de hermenêutica testamentária, é inegável que o mesmo assume carácter fundamental e de extrema relevância (art. 2187.º do CC).

A este propósito, vejam-se alguns exemplos de decisões judiciais.

No já citado Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de novembro de 2020, processo núm. 2261/17.7T8PTM.EI.SI (Relator Abrantes Geraldes), em que está em causa uma disposição testamentária que formula o dever de cuidar do testador de forma genérica – “prestando-lhe assistência médica e medicamentosa e alimentos” –, o Tribunal considerou que tal dever foi cumprido, não só pelo facto de não se terem provado os factos alegados pelos interessados relativos ao incumprimento do encargo estabelecido, mas também considerando que se apurou que a herdeira e o *de cujus* mantinham uma relação ao longo de alguns anos, pernoitando aquela na casa deste ocasionalmente e aí passando alguns períodos de tempo; que a herdeira acompanhou o testador a consultas e tratamentos hospitalares quando se agravou o estado de saúde deste, e aquando do internamento hospitalar que precedeu a sua morte, a beneficiária acompanhou o testador no hospital, permanecendo com ele até falecer.

Num outro caso, mais recentemente decidido, em Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 23 de fevereiro de 2023, proferido no processo núm. 1383/20.IT8VRL.G1⁴⁰, em que se reconheceu que foi instituída uma condição suspensiva (conforme consta do teor do testamento), foi considerado um elemento contido no testamento, traduzido nas seguintes palavras da testadora: “... vou ao ... onde ela (a autora) reside até se reformar quando quiser e precise de ir ao médico ela trabalha no Hospital...e já lhe falta pouco para a reforma e se Deus quiser virão ela e o marido para junto de mim, não podia estar mais bem entregue...”. O Tribunal considerou que a expectativa da testadora “ao apor a condição em questão no testamento tinha a ver com a pretendida e esperada proximidade da autora consigo (testadora) de forma que aquela pudesse disponibilizar a esta cuidados e tratamentos, com carácter de habitualidade, na saúde e na doença,

40 (Relator: António Figueiredo de Almeida), disponível em www.dgsi.pt (data da consulta: 01/08/2023).

prestando-lhe todos os cuidados de saúde, higiene e alimentação, assistência médico-medicamentosa, enquanto a testadora fosse viva”, e que, de acordo com factos provados, a condição não se verificou.

Pese embora a reconstrução da vontade do autor do testamento seja, como é óbvio, própria de cada caso, verifica-se que os tribunais têm sido rigorosos a respeito da qualificação do instituído como cuidador do testador. Vejam-se dois exemplos:

1) O já aludido Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10 de setembro de 2015, processo núm. 2695/06, que apreciou uma cláusula pela qual a testadora beneficiava “com a atribuição do imóvel que era sua habitação a pessoa que lhe prestasse os últimos cuidados de alojamento, de higiene, médicos, vestuário e alimentário e convívio permanente” no último ano da sua vida, decidiu que tais cuidados não foram prestados. Entendeu o Tribunal que, “a qualificação do instituído como cuidador do *de cuius* implica a vontade de compensação de uma particular onerosidade suportada pelo real e efetivo cuidador na fase final da vida do *de cuius*, afetado por relevantes patologias incapacitantes, obrigando a uma dedicação intensa e limitadora da autonomia pessoal, interesse primacial e em benefício do bem-estar do *de cuius* – não se verificando tal condição justificadora da própria vocação sucessória, quando o testador esteve institucionalizado, em consequência de graves patologias incapacitantes que o afetaram, suportando o respetivo custo com a pensão auferida, apenas se provando a prática pontual e secundária de atos de assistência e auxílio”⁴¹; e

2) O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 2 de novembro de 2017, processo núm. 362/11.4TJPR.T.PI.S1⁴², perante a cláusula genérica “institui herdeiro a pessoa que estiver a tratar e cuidar de si há mais de três meses”, e considerando que o testador fez esta disposição testamentária como prevenção do seu decesso depois do decesso do respetivo cônjuge, sustentou que a intenção daquele era a de compensar quem nos últimos momentos da vida o tratasse, alimentando-o, dando-lhe medicação, levando-o ao médico, e tratando da sua higiene. Neste seguimento, o Tribunal decidiu: “[n]ão se verificando a prática de atos minimamente significativos de apoio, tratamento ou cuidado por parte dos interessados que se limitaram praticamente a algumas visitas ao lar de terceira idade onde o *de cuius* foi internado, sem suportarem nenhum custo, não pode considerar-se preenchida a aludida condição, não podendo, portanto, ser-lhes reconhecida a qualidade de herdeiros testamentários”.

41 No mesmo sentido, *vid.* o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 7 de maio de 2020, processo núm. 2261/17.7T8PTM (Relatora: Maria João Sousa e Faro), no qual se pode ler que o conceito de cuidadora não se basta “com a mera prática pontual e secundária de atos de assistência e auxílio”. Disponível em www.dgsi.pt (data da consulta: 01/08/2023).

42 (Relator Salazar Casanova), disponível em www.dgsi.pt (data da consulta: 1/08/2023).

Posto isto, razões de certeza e segurança jurídicas impõem que os notários redijam este tipo de cláusulas acessórias de testamento com a maior precisão possível, de modo que as mesmas expressem de forma clara e completa a vontade real dos testadores, para o que devem, naturalmente, fazer a estes as questões que considerem adequadas e necessárias.

BIBLIOGRAFIA

ANTUNES VARELA, J., *Ensaio sobre o conceito do modo*, Atlântida, Coimbra, 1955.

ANTUNES VARELA, J.: *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.^a Edição revista e atualizada, 9.^a reimpressão da edição de 2000, Almedina, Coimbra, 2012.

BETTENCOURT RODRIGUES SILVA MORAIS, D.: "Da Relevância da Substituição Quase-Pupilar: A Propósito do Regime do Maior Acompanhado", em *Atas do I Congresso Ibérico de Direito da Família e das Sucessões. As Relações Pessoais, Familiares e Sucessórias* (Dias, C., e outros, Coord.), Gestlegal, Coimbra, 2022, pp. 85-127.

CAPELO DE SOUSA, R.: *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

CARVALHO FERNANDES, L.: *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 5.^a edição, Universidade Católica, Lisboa, 2010.

DUARTE PINHEIRO, J.: *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, AAFDL, Lisboa, 2019.

MOTA PINTO, C. A.: *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a edição, 2.^a reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

OLIVEIRA DE ASCENSÃO, J., *Direito Civil: Sucessões*, 5.^a edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2000.

PEREIRA COELHO, F.: *Direito das Sucessões, Lições ao curso de 1973-1974*, Coimbra, 1974.

PIRES DE LIMA, F., ANTUNES VARELA, A.: *Código Civil Anotado*, vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1987.

RODRIGUES BASTOS, J.: *Notas ao Código Civil*, vol. VII, Almedina, Coimbra, 2002.

