



Universidade do Minho
Escola de Direito

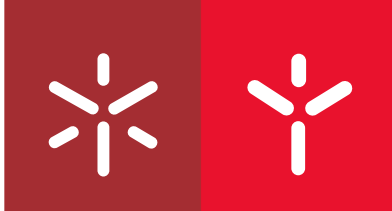
João Francisco Gonçalves Barroso Teixeira

**As Indisponibilidades Relativas de Testar
dos Artigos 2194.º e 2196.º do Código Civil
– Problemas e Respostas Atuais
para um Instituto Cristalizado**

João Francisco Gonçalves Barroso Teixeira
As Indisponibilidades Relativas de Testar dos Artigos 2194.º e 2196.º do Código Civil
– Problemas e Respostas Atuais para um Instituto Cristalizado

UMinho | 2018

outubro de 2018



Universidade do Minho

Escola de Direito

João Francisco Gonçalves Barroso Teixeira

**As Indisponibilidades Relativas de Testar
dos Artigos 2194.º e 2196.º do Código Civil
– Problemas e Respostas Atuais
para um Instituto Cristalizado**

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões

Trabalho efetuado sob a orientação da

Professora Doutora Cristina Manuela Araújo Dias

outubro de 2018

DECLARAÇÃO

Nome: João Francisco Gonçalves Barroso Teixeira

Endereço eletrónico: joabarrosoteixeira-55744p@adv.oa.pt / **Telefone:** 939390989

Número do Cartão de Cidadão: 13370124 7ZY4

Título da Dissertação: As Indisponibilidades Relativas de Testar dos Artigos 2194.º e 2196.º do Código Civil – Problemas e Respostas Atuais para um Instituto Cristalizado

Orientadora: Professora Doutora Cristina Manuela Araújo Dias

Ano de conclusão: 2018

Designação do Mestrado: Mestrado em Direito das Crianças, Família e Sucessões

É autorizada a reprodução integral desta dissertação de mestrado apenas para efeitos de investigação, mediante declaração escrita do interessado, que a tal se compromete.

Universidade do Minho, ___/___/_____

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

À Adriana, amiga, namorada, noiva e futura esposa, principal responsável pelo início desta caminhada, cujo apoio foi fundamental para o sucesso na sua conclusão.

As Indisponibilidades Relativas de Testar dos Artigos 2194.º e 2196.º do Código Civil –
Problemas e Respostas Atuais para um Instituto Cristalizado

Resumo

A ausência de alterações legislativas no direito sucessório português, que no essencial mantém a sua estrutura desde o Código Civil de 1966, aliada a uma ininterrupta evolução da sociedade portuguesa, tem como consequência, invariavelmente, um desfasamento entre aquilo que são os valores e interesses partilhados pela sociedade como um todo e as normas que a regulam. O instituto das indisponibilidades relativas não está imune a este problema e, como tal, exige-se uma resposta do direito para as problemáticas decorrentes da realidade atualmente vivida.

Quanto ao art.º 2194.º, a sua redação levanta algumas dúvidas no que concerne à sua aplicação a outras profissões, que não aquelas concretamente tipificadas na sua letra. Falamos aqui de profissões que, atendendo à sua importância atual, são em tudo idênticas àquelas concretamente tipificadas na letra da lei e não deverão merecer um tratamento diferenciado. Levantam-se igualmente dúvidas quanto à sua aplicação ao exercício de facto das profissões. No que toca ao art.º 2196.º, circunscrevemos a nossa análise à aparente contradição entre o entendimento maioritário da doutrina, que defende que a razão de ser deste artigo reside no carácter absoluto dos deveres conjugais, e a contratualidade do ato que lhes dá origem, ou seja, o casamento.

Após uma análise detalhada e profunda, tanto do modelo sucessório português como do instituto das indisponibilidades, estudando a sua história e pressupostos no âmbito do ordenamento jurídico português, concluímos que, quanto ao art.º 2194.º, podemos incluir no seu raio de aplicação outras profissões que não aquelas tipificadas na letra da norma. Tratar-se-ão essencialmente de profissões que não existiam à data em que foi urdido o regime das indisponibilidades, mas que em tudo são idênticas às expressamente consagradas, atendendo à natureza dos serviços prestados. Concluímos igualmente que não existe nenhuma razão de fundo para não aplicar esta disciplina aos casos em que está em causa o mero exercício de facto das profissões. Quanto ao art.º 2196.º, defendemos a contratualidade do casamento e a aplicação das regras gerais dos negócios jurídicos bilaterais ao mesmo, desde que não contrariem as suas especificidades. Assim, entendemos que o fundamento jurídico da indisponibilidade relativa do art.º 2196.º deverá residir numa manifestação da eficácia externa de uma obrigação (excecionalmente admitida pelo nosso sistema), e não num qualquer juízo de ordem ética e/ou moral, que evidencia maior suporte ideológico do que jurídico.

Limits to the Freedom of the Testador – Ban on Clauses in Wills of the Articles 2194.º
and 2196.º of the Civil Code – Current Problems and Answers for a Crystallized
Institute

Abstract

The absence of legislative changes in the portuguese succession law, which essentially maintains its structure since the 1966 Civil Code, coupled with an uninterrupted evolution of portuguese society, invariably results in a mismatch between the values and interests shared by society as a whole and the norms that regulates it. The norms that regulate the limits to the freedom of the testador to distribute his property aren't immune to this problem and, as such, requires a response of the law to the problems arising from the currently lived reality.

Regarding the art.º 2194, its wording raises some doubts as to its application to other professions, other than those concretely typified in its letter. We speak of professions which, given their current importance, are in all identical to those concretely typified in the letter of the law and should not deserve a differentiated treatment. There are also doubts as to their application when we're faced with the unqualified exercise of those professions. With regard to the art.º 2196, we restricted our analysis to the apparent contradiction between the majority understanding of the doctrine, which defends that the origin of this article lies in the absolute character of the marriage duties and the contractuality of the act which is in its base, that is the marriage itself.

After a detailed and in-depth analysis of the portuguese succession model and the limitis to the freedom of the testador, studying the history and assumptions within the scope of the portuguese legal system, we conclude that, regarding the art.º 2194, we may include in their scope other professions than those typified in the letter of the norm. It should essentially be professions which didn't exist by the time the regime was put into practice in the first place, but which are identical in all respects to those expressly enshrined, given the nature of the services provided. We also conclude that there's no fundamental reason not to apply this discipline to cases in which the unqualified exercise of those professions is at issue. Regarding the artº. 2196, the conclusions reached concern the defense of the contractual nature of marriage and the application of their general rules, as long as they don't contradict their specific features. There so, we argue that the legal base of the art.º 2196 should lie in a manifestation of the external effectiveness of an obligation (exceptionally admitted by our system), and not in any ethical and/or moral judgment, which seems to have more ideological than legal suport.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	1
-----------------	---

CAPÍTULO I – O Fenómeno Sucessório

1 – Breves Considerações Sobre a Sucessão <i>Mortis Causa</i>	11
2 – Sistemas Sucessórios.....	14
2.1 – O Sistema Familiar.....	15
2.2 – O Sistema Individual-Capitalista.....	17
2.3 – O Sistema Coletivista-Socialista.....	19
2.4 – O Sistema Sucessório Português.....	21

CAPÍTULO II – A Autonomia Privada no Direito Sucessório Português

1 – A Sucessão Voluntária como Reflexo da Autonomia Privada.....	27
2 – A Sucessão Testamentária	
2.1 – Breve Resenha da Evolução Histórica da Sucessão Testamentária e da Autonomia da Vontade no Ordenamento Jurídico Português. Do Código de Seabra à Reforma de 1977.....	32
2.2 – O Testamento – Noção e Características Essenciais.....	37
2.3 – A (In) Capacidade Testamentária.....	41

CAPÍTULO III – As Indisponibilidades Relativas na Sucessão Testamentária

1 – Noção, Qualificação Jurídica e Fundamento.....	45
2 – Regime e Efeitos Comuns.....	49
3 – Breve Resenha Sobre a Evolução Histórica do Instituto das Indisponibilidades Relativas.....	52
4 – As Indisponibilidades Relativas dos Artigos 2194.º e 2196.º - Regime e Evolução Normativa	
4.1 – Artigo 2194.º - A Indisponibilidade Relativa Quanto a Médicos, Enfermeiros e Sacerdotes.....	58
4.2 – Artigo 2196.º - A Indisponibilidade Relativa Quanto	

ao Cúmplice do Testador Adúltero.....	65
---------------------------------------	----

CAPÍTULO IV – Dificuldades Interpretativas em Torno das Indisponibilidades Relativas dos Artigos 2194.º e 2196.º e a sua Adequação ao Atual Contexto Sociofamiliar

1 – Considerações Introdutórias.....	70
2 – O Problema das Profissões Materialmente Idênticas às Tipificadas no Artigo 2194.º	
2.1 – Das Profissões que Prestam Cuidados de Saúde.....	74
2.2 – Do Exercício de Direito e de Facto das Profissões.....	85
3 – A Penalização do Cúmplice do Testador Adúltero do Artigo 2196.º: Um Problema de Eficácia Externa das Obrigações?	
3.1 – O Casamento é um Contrato?.....	94
3.2 – Os Direitos/Deveres Conjugais – Uma Obrigação Contratual ou uma Questão de Direitos Absolutos?.....	96
SÍNTESE CRÍTICA.....	109
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	126

SIGLAS E ABREVIATURAS

al. – alínea

als. – alíneas

art. – Artigo

arts. – Artigos

C.C – Código Civil

Consult. – Consultado

Crf. – Confira

C.R.P – Constituição da República Portuguesa

ed. – Edição

n.º – Número

op.cit. – Obra citada

p. – Página

pp. – Páginas

ss. – Seguinte

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

vol. – Volume

INTRODUÇÃO

A problemática que me proponho tratar na presente dissertação de Mestrado versará sobre as indisponibilidades relativas de testar, mais concretamente sobre as que se encontram previstas nos arts.º 2194.º e 2196.º. A opção por tratar um tema no âmbito do Direito das Sucessões deveu-se à constatação da inércia legislativa a que foi votado este ramo do direito, situação que não deixa de causar alguma perplexidade, tendo em conta a forma quase ‘patológica’ como o legislador português altera a legislação vigente.

Sendo certo que o Código Civil de 1966 trouxe significativas modificações ao regime do Direito das Sucessões, a verdade é que, desde então, poucas foram as mudanças efetuadas pelo legislador. A principal alteração ao Livro V do Código Civil, que regula a matéria das Sucessões, foi ditada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, tendo este diploma procedido a uma importante mudança do paradigma do Direito da Família e do Direito das Sucessões, adaptando assim o Código Civil à nova realidade Jurídico-Constitucional¹. Mais recentemente, numa vertente mais processual do que substancial, a Lei n.º 23/2013, de 5 de Março, introduziu algumas alterações ao regime das Sucessões, criando para o efeito o Regime Jurídico do Processo de Inventário, cuja competência transitou para os Cartórios Notariais.

Por outro lado, se compararmos as alterações legislativas introduzidas no Direito da Família, que de forma tão intrínseca está ligado ao Direito das Sucessões, uma vez que boa parte da sucessão *mortis causa* é disciplinada segundo as exigências do modelo familiar, verificamos que muitos dos pilares sobre os quais assentava este ramo do direito foram substituídos em função da própria evolução valorativa operada na sociedade portuguesa. Com efeito, as alterações introduzidas pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, comumente designada como a “Lei do Divórcio”, ditaram uma mudança de paradigma na forma de encarar a relação matrimonial e, conseqüentemente, a própria estrutura axiológica do modelo de família vigente. Concluímos assim que, relativamente ao Direito da Família, o legislador soube prestar uma resposta efetiva aos desafios com os quais se foi deparando, fruto essencialmente de uma transmutação axiológica da sociedade portuguesa à qual o direito não podia ficar indiferente.

¹ As alterações introduzidas pelo Decreto-Lei 496/77 incidiram principalmente sobre o Direito da Família e das Sucessões, uma vez que era nestes ramos do Direito onde se fazia notar uma maior desigualdade nos direitos, liberdades e garantias consagrados constitucionalmente. A título de exemplo, foi pela mão deste diploma que se consagrou, de forma efectiva, a plena igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, a não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento e o reforço da posição sucessória do cônjuge sobrevivente.

No que toca ao Direito das Sucessões, verificamos que a “*evolução valorativa da sociedade portuguesa*” não foi acompanhada por uma alteração da disciplina deste ramo do Direito, o que leva alguns autores a falar numa “*crise do Direito das Sucessões*”². Nas doudas palavras de Pamplona Corte-Real, o Direito das Sucessões “*por um lado tem vegetado à sombra de pressupostos historicistas algo desencontrados e por outro vem caindo na consagração de soluções tantas vezes formais e afastadas da realidade vivida que deveria enquadrar*”³. Acrescenta ainda que o Direito das Sucessões “*parou há muito no tempo, impotente ante a densa axiologia que o enlaça*”⁴. Ora, foi precisamente face a este “*imobilismo jus-sucessório*”⁵, que despoletou o interesse na elaboração de uma Dissertação de Mestrado que de alguma forma contribua para o relançar da discussão em torno da actual situação do Direito Sucessório. Ainda assim, constatamos com algum agrado que já na pendência da elaboração da presente dissertação, foi aprovada uma alteração ao Código Civil que introduziu mudanças relevantes na área sucessória. Com efeito, a Lei n.º 48/18, de 14 de agosto, com a introdução do art.º 1707.º-A, passou a permitir o que os cônjuges renunciem à condição de herdeiro, situação que até então não era possível. Sem que pretendamos discutir os méritos desta alteração e os contornos específicos em que deverá operar essa renúncia, sempre merecerá destaque o facto de esta alteração ter agitado as águas da disciplina sucessória, introduzindo um novo elemento que permitiu num reforço do princípio da autonomia privada neste ramo do direito.

Como foi enunciado, o objecto da Dissertação de Mestrado que me proponho elaborar está circunscrito à questão das indisponibilidades relativas no âmbito da sucessão testamentária⁶. Em conformidade com as problemáticas que assolam o Direito das Sucessões, o regime das indisponibilidades relativas previsto nos arts.º 2192.º a 2198.º mantêm a mesma estrutura desde 1966, com a exceção das alterações introduzidas pelo Decreto-lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, aquando da revisão do Código Civil de 1977.

Pela análise do conteúdo das disposições legais relativas ao testamento, verificamos que, por princípio, todas as pessoas têm capacidade activa de testar, a não ser aqueles que a lei declare como incapazes (art.º 2188.º). Para o efeito, o art.º 2189.º enumera de forma taxativa quem é considerado incapaz de testar, restringindo esta

² PINHEIRO, Jorge Duarte – *O Direito das Sucessões Contemporâneo*. 4ª Edição Lisboa: AAFDL Editora, 2017, p.40.

³ CORTE-REAL, Carlos Pamplona – *Da Imputação de Liberalidades na Sucessão Legítima*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda. 1989, p.12.

⁴ CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Apud* PINHEIRO, Jorge Duarte – *op.cit.*, p.41.

⁵ IDEM, *Ibidem*.

⁶ Lembremo-nos que por força do artigo 953º do Código Civil, o regime das indisponibilidades relativas dos artigos 2192º a 2198º é aplicável às doações. Contudo, apesar da problemática abordada ser igualmente pertinente no âmbito das doações, a dissertação versará apenas sobre a vertente testamentária.

limitação aos menores não emancipados e aos interditos por anomalia psíquica. Contudo, situações há em que uma pessoa, com plena capacidade de testar, se encontra limitada na disposição dos seus bens por via testamentária a favor de determinadas pessoas com as quais mantenha uma especial relação, sendo estes casos definidos pela lei como de indisponibilidade relativa. A nível doutrinal, não tem sido unânime a definição dada ao conceito de indisponibilidades relativas, gerando-se a discussão em torno da questão de saber se estamos perante casos de verdadeira incapacidade, ainda que relativa, mas também se essa limitação atinge o lado activo ou passivo da relação jurídica. Quanto à esta questão, Oliveira Ascensão entende que a opção do legislador pelo termo ‘indisponibilidade’ não foi a melhor, uma vez que este acentua “*uma particular situação dos bens, ao passo que o vício reside primordialmente nas relações entre as pessoas*”⁷, defendendo que estamos perante verdadeiras ilegitimidades. Por sua vez, Cunha de Sá entende que as indisponibilidades relativas não passam de incapacidades sucessórias passivas, na medida em que o impedimento incide sobre a pessoa do sucessível e não sobre o testador⁸.

Independentemente da qualificação jurídica dada às indisponibilidades relativas, certo é que o nosso Código Civil tipifica as situações em que o testador não pode dispor dos seus bens por testamento a favor de determinadas pessoas (directamente ou por intermédio), como é o caso do testamento feito a favor do tutor, administrador legal de bens e protutor (art.º 2192.º); a favor de médicos, enfermeiros e sacerdotes que tenham tratado o enfermo durante a doença e ele venha a falecer da mesma (art.º 2194.º); a favor do cúmplice do testador adúltero (art.º 2196.º); e a favor dos intervenientes no testamento (art.º 2197.º). A *ratio legis* adjacente à proibição de testar a favor destas pessoas, com a exceção das mencionadas nos arts.º 2196.º e 2198.º, assenta na protecção da liberdade de testar do autor da sucessão⁹, garantindo que este, no momento em que se prepara para dispor dos seus bens após a sua morte, se encontra liberto de qualquer pressão exterior que o condicione na manifestação da sua última vontade. Para além desta protecção da liberdade de testar do autor da sucessão, estas proibições “visam também objetivos sociais e deontológicos, impedindo que certos cargos, funções ou posições propiciem a obtenção de benefícios testamentários inaceitáveis moral e juridicamente”¹⁰. Note-se que nestes

⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira – *Direito Civil: Sucessões*. 5ª Edição Coimbra: Edições Coimbra Editora, 2000, p. 57.

⁸ SÁ, F. A. Cunha de – *Indisponibilidades Relativas em Sucessão Testamentária*. Porto: Tip. Sociedade de Papelaria Lda., 1976, p.12 e ss.

⁹ PINHEIRO, Jorge Duarte – *op.cit.*, p.123.

¹⁰ SOUSA, Rabindranath Capelo de – *Lições de Direito das Sucessões*. 4ª Edição Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Vol. I, p.175.

casos o legislador entendeu que a especial ligação do testador face àquelas pessoas é suficiente para se presumir que, de alguma forma, a sua liberdade negocial foi afetada, sancionando a respectiva disposição com a nulidade¹¹. Na realidade, poderá acontecer que o testador não tenha sofrido qualquer influência por parte dessas pessoas, estando liberto de qualquer pressão externa. Contudo, como estamos perante uma presunção *juris et iure*, não é possível fazer-se prova de que o testador não se encontrava sob influência aquando da feitura do testamento, sendo essa disposição nula independentemente da real vontade do próprio.

Diferentemente dos restantes casos, a indisponibilidade relativa ao cúmplice do cônjuge adúltero (art.º 2196.º) tem sido apreciada de modo bastante diferente. Neste caso, a proibição não assenta em questões que se prendem com a protecção da liberdade de testar, mas sim em questões no âmbito da protecção da ordem matrimonial. No entender de Jorge Duarte Pinheiro, “*esta indisponibilidade constitui uma manifestação da oponibilidade erga omnes dos deveres conjugais [...], de que os terceiros são obrigados a não contribuírem para o incumprimento (...)*”¹².

Assim sendo, as indisponibilidades relativas traduzem-se obviamente numa limitação da liberdade de testar dos cidadãos, ainda que, na maior parte dos casos, a sua razão de ser assente na protecção dessa mesma liberdade. Constituindo o testamento o lugar de excelência para a realização da vontade individual no âmbito sucessório, estas causas de indisponibilidade, ainda que relativa, traduzem-se numa limitação de um dos princípios basilares de todo o direito civil – o princípio da autonomia privada.

Como referimos anteriormente, a estrutura geral do regime das indisponibilidades relativas mantém-se praticamente inalterada desde a sua consagração no Código Civil de 1966, mostrando-se completamente imutável face às alterações e dinâmicas que operaram na sociedade portuguesa desde então. Portanto, será inevitável questionarmo-nos se tanto o direito sucessório em geral, como o regime das indisponibilidades relativas, em particular, não demonstra uma desadequação face à realidade que intenta regular. Repara-se que, como mencionamos anteriormente, o direito da família tem sofrido várias alterações ao longo das últimas décadas, que se traduziram numa adequação aos valores partilhados pela sociedade actual. A alteração mais importante foi sem dúvida a que se

¹¹ Contrariamente, em caso de incapacidade, a lei diz-nos que a nulidade afecta todo o conteúdo do testamento pois, segundo o artigo 2190º, “o testamento feito por incapazes é nulo”. Já relativamente às indisponibilidades relativas, em todos os artigos é referido que apenas a disposição testamentária é nula.

¹² PINHEIRO, Jorge Duarte - *op. cit.*, p.123-124.

operou no regime do divórcio, onde se assistiu a um reforço da autonomia privada dos cônjuges naquilo que diz respeito ao destino da própria relação matrimonial.

Assim, face a este desfasamento que entendemos existir entre o instituto das indisponibilidades relativa e os valor e desafios ditados pelos atuais padrões sociais, várias questões se podem colocar. Por exemplo, devemo-nos questionar se, à luz da realidade actual, e face ao “*imobilismo jus-sucessório*”, não existirão outros cargos, profissões ou puras relações intersubjetivas que de alguma forma sejam passíveis de exercer um ascendente psicológico sobre o testador, coartando a sua liberdade de testar? A verificarem-se estas situações, não deverão ser mobilizados os esforços necessários, tanto por parte do interprete como do legislador, no sentido de enquadrar as mesmas no âmbito do regime de indisponibilidades? Vários argumentos poderão ser lançados a favor e contra esta questão. Para aqueles que tenham uma visão mais positivista e literal da lei, a tendência será a de afirmarem que se realmente o legislador quisesse abranger outras situações no âmbito das indisponibilidades, tê-lo-ia feito de forma explícita, ou pelo menos, elaborado um elenco de causas de indisponibilidade meramente exemplificativo. Poder-se-á também argumentar que o regime dos vícios da vontade previsto nos arts.º 2199.º a 2203.º, permite assegurar, nos casos não subsumíveis às situações de indisponibilidade, a invalidade da disposição testamentária quando o testador tenha sofrido qualquer interferência externa na manifestação da sua vontade.

Quanto a estes argumentos, sempre se poderá contrapor que, face à inércia do legislador, o Livro V do Código Civil já não espelha a realidade económica, social e familiar em que assenta o modelo societário actual. Aliás, é normal que assim seja, uma vez que o modelo se mantém praticamente inalterado há sensivelmente 50 anos. A evolução axiológica da sociedade portuguesa e a sua constante mutação, fruto das próprias dinâmicas sociais, originam o surgimento de novas problemáticas às quais o direito não pode ficar indiferente, sob pena de tratar diferenciadamente situações que materialmente são idênticas. Sendo certo que o caminho preferencial será o da alteração legislativa, não devemos menosprezar o papel que a interpretação jurídica poderá ter na solução de muitos desses desafios. Quanto à questão dos vícios da vontade e da sua subsidiariedade face ao regime de indisponibilidades, importa clarificar que os seus regimes são substancialmente diferentes. Em primeiro lugar, os vícios da vontade atingem o testamento como um todo, ao contrário das indisponibilidades relativas que apenas afetam determinadas disposições. Em segundo lugar, a sanção aplicada no caso dos vícios da vontade não é a nulidade, ao contrário das indisponibilidades, mas sim a anulabilidade.

Por fim, a existência de vícios da vontade implica a necessidade de se fazer prova da existência desses vícios, recaindo sobre os interessados esse ónus probatório. Diferentemente, as indisponibilidades relativas funcionam como uma presunção *juris et de iure*, não havendo a necessidade de provar a limitação da vontade sofrida pelo testador. Concluimos assim que o regime das indisponibilidades relativas é bastante mais protetor e garantístico do que o regime dos vícios da vontade.

No seguimento da dialética estabelecida entre a dinâmica social e a cristalização do direito, o problema central da presente Dissertação circunscreve-se à possível existência de circunstâncias socioprofissionais passíveis configurar uma igual situação de ascendente psicológico sobre o testador que justifiquem a sua inclusão no regime das indisponibilidades relativas. Ou seja, relativamente ao art.º 2194.^{o13}, que se refere aos médicos, enfermeiros e sacerdotes, será importante indagar, à luz da realidade actual, se não existirão outras profissões ou práticas que se assemelham a estas e que poderão estar abrangidas pelas mesmas indisponibilidades, como é o caso dos psicólogos, dos terapeutas e dos que exercem medicinas alternativas ou práticas espirituais que, apesar de não serem qualificadas pela lei como religiões, tratam da saúde espiritual das pessoas enfermas.

Dentro das indisponibilidades relativas será ainda analisada a questão referente à impossibilidade de se beneficiar por testamento o cúmplice do cônjuge adúltero. Como realçamos anteriormente, a justificação para esta causa de indisponibilidade não se subsume à protecção da liberdade de testar, mas sim à protecção da ordem matrimonial e familiar. Também referimos que a tendência da doutrina tem sido a de remeter a questão dos deveres conjugais para o âmbito dos direitos de personalidade, atribuindo-lhes assim a natureza de direitos absolutos. Seguindo este entendimento, a justificação para a penalização do cúmplice do cônjuge adúltero reside precisamente no carácter absoluto destes direitos e da sua eficácia *erga omnes*, existindo um dever geral de conduta no sentido de impor a todos o respeito pelo daqueles direitos/deveres. Contudo, esta questão ganha particular interesse doutrinal se encarmos nos debruçarmos sobre a origem dos deveres conjugais. Isto porque, se tivermos um entendimento de que os direitos/deveres conjugais não são manifestações de direitos absolutos, mas sim obrigações que decorrem do contrato que lhes deu origem, ou seja, do casamento, a razão de ser desta causa de

¹³ Atendendo à pluralidade de situações abrangidas pelas indisponibilidades relativas, entendo que não é possível, no âmbito de uma dissertação de mestrado, proceder a uma investigação científica com um objecto tão amplo. Assim, como as limitações temporais não permitem o tratamento de todas as formas de indisponibilidade relativa, optou-se por restringir o objecto desta investigação aos arts.º 2194.º e 2196.º do CC, uma vez que, no meu entender, são aquelas que revelam maior interesse prático na actualidade.

indisponibilidade terá de ser encontrada noutra campo. Como sabemos, as obrigações ligadas aos negócios jurídicos bilaterais estão sujeitas ao princípio da eficácia relativa e, como tal, apenas vinculam os elementos que os subscreveram (eficácia *inter partes*). Deste modo, para quem partilhe desta visão relativamente à natureza dos deveres conjugais, a indisponibilidade prevista no art.º 2196.º terá que ser abordada na perspectiva da eficácia externa das obrigações que, como sabemos, é tendencialmente afastada no seio do nosso ordenamento jurídico.

Por se tratar de uma questão de ordem matrimonial, é no direito da família que a questão da natureza dos deveres conjugais tem sido debatida com maior profundidade, mais concretamente, em relação à responsabilidade civil originada pela violação de um destes deveres. Apesar deste tema não ser novo, e de durante muitos anos se ter negado a ressarcibilidade destes danos, as introduções efetuadas ao Código Civil pela Lei 61/2008 reacenderam a discussão em torno desta problemática. Com efeito, a redação actual do art.º 1792.º passou a permitir que o cônjuge que incumpra com os deveres conjugais ser obrigado a indemnizar o outro nos termos gerais da responsabilidade civil. Acontece que a doutrina não é unânime quanto àquilo que se deve entender por “termos gerais da responsabilidade civil”, tendo-se suscitado a dúvida sobre o tipo de responsabilidade civil em causa, se contratual, se extracontratual. A tomada de posição relativamente ao tipo de responsabilidade civil a aplicar está indissociavelmente ligada à natureza dos deveres conjugais, variando consoante tenhamos uma concepção relativa ou absoluta dos mesmos.

Em suma, tendo em conta a diferente *ratio legis* subjacente aos arts.º 2194.º e 2196.º, o que necessariamente implicará uma abordagem diferenciada dos mesmos. Assim, no que ao art.º 2194.º diz respeito, tentaremos perceber, em primeiro lugar, poderá compreender outros casos para além dos que se encontram tipificados, recorrendo para o efeito aos elementos interpretativos da lei, nos termos do art.º 9.º. Mais especificamente, face à impossibilidade prática de analisarmos um conjunto vasto de profissões, debruçarmo-nos sobre a questão dos psicólogos e dos profissionais que exercem medicina alternativas/tradicionais. Apensar de nos restringirmos a estas duas profissões, as conclusões alcançadas valerão de igual modo para outras profissões que passem pelo crivo os mesmos critérios interpretativos utilizados. Em segundo lugar, tentaremos perceber se a indisponibilidade constante deste artigo abrange apenas o exercício legal e titulado das profissões aí mencionadas, ou se, por outro lado, também se será de aplicar aqueles que as exerçam de forma ilegal.

Quanto à indisponibilidade do art.º 2196.º, o tema central da nossa análise versará sobre a *ratio legis* e o seu enquadramento no âmbito dos princípios orientados do nosso direito civil. Neste sentido, partindo do entendimento maioritário da doutrina relativamente à natureza dos deveres conjugais, tentaremos perceber se esta causa de indisponibilidade traduz a ideia dos deveres conjugais enquanto direitos absolutos, ou se, por outro lado, os mesmos são uma manifestação da eficácia externa de uma obrigação contratual, nos termos em que excepcionalmente previstos pela lei.

Estas são, em suma, as questões de partida às quais a presente investigação pretende encontrar respostas, contribuindo assim para um reacender da discussão doutrinária e jurisprudencial em torno do direito sucessório, cujo processo evolutivo e de adaptação aos desafios atuais se encontra em suspenso.

Atendendo à delimitação efetuada quanto ao objecto desta Dissertação, o caminho que se trilhará no sentido de encontrar as respostas para as questões de partida enunciadas, terá que ser iniciado com uma abordagem global do sistema sucessório português. Constituindo o instituto das indisponibilidades relativas uma clara limitação à liberdade de testar, será imprescindível evidenciarmos de que modo é que a defesa de interesses individuais, familiares e sociais se encontra espelhada no nosso ordenamento sucessório e a forma como se relacionam entre si. Para que consigamos enquadrar o nosso modelo sucessório, iremos proceder à análise individual dos chamados modelos sucessórios clássicos – a saber, o modelo capitalista, o modelo familiar e o modelo socialista –, uma vez que cada um destes modelos encerra em si as características essenciais dos sistemas que têm por base a defesa dos interesses supramencionados. A partir de então, será possível perceber a influência que cada um daqueles modelos teve na conformação do sistema sucessório português, permitindo assim adiantar uma caracterização do mesmo por referência à importância dada à defesa dos interesses individuais, familiares e sociais.

Nesta sequência, e como se impõe na análise de qualquer problemática no âmbito da sucessão testamentária, abordaremos a questão da autonomia privada no seio do Direito Sucessório e quais os seus meios de realização. Enquanto princípio idiossincrático do modelo sucessório português, é através da sucessão voluntária que o mesmo ganha corpo neste ramo do direito, no qual se destaca o testamento como meio principal e mais efetivo para a sua concretização. Aqui, importa definir o próprio conceito de testamento, elencando as suas principais características, tanto por referência às normas legais (arts.º 2179.º a 2334.º), como por referência às posições doutrinárias sobre o tema. Esta análise do testamento será complementada com uma abordagem histórica do mesmo, de forma a que

possamos perceber os elementos histórico-axiológicos que estão por detrás desta figura do direito sucessório.

Após uma análise geral do sistema sucessório português e do próprio instituto do testamento, estaremos em condições de iniciar a abordagem à contenda central sobre a qual incidirá a dissertação, a saber, as indisponibilidades relativas de testar, reguladas nos arts.º 2192.º a 2198.º. Iniciaremos o capítulo com uma contextualização deste instituto, onde se torna mister proceder a uma análise das suas características essenciais de forma a que se possa extrair uma noção legal, sem deixar de abordar a sua qualificação jurídica por parte da doutrina. Com efeito, trata-se de uma questão que não encontra um tratamento unânime na doutrina, fazendo reconduzir este instituto a uma questão de incapacidade ou de ilegitimidade. Dividem-se igualmente os autores na temática da incidência subjectiva deste regime, ou seja, se a mesma se dirige ao elemento activo ou passivo da relação jurídica. Tanto num caso como noutro, não deixaremos de tomar a devida posição sobre aquilo que, no nosso entender, melhor retrata o regime das indisponibilidades relativas.

Após a análise geral das indisponibilidades relativas, entraremos no exame detalhado das indisponibilidades objecto deste estudo, nomeadamente aquelas que se encontram espelhadas nos arts.º 2194.º e 2196.º. Aqui, importará caracterizar o respetivo regime legal, evidenciando os pressupostos concretos necessários à sua verificação. Relativamente a estas duas causas de indisponibilidade, optou-se por delimitar a sua análise histórica ao período compreendido entre o Código de Seabra e o regime actual, cuja última alteração foi efetuada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro. Esta perspectiva histórica torna-se imprescindível para o objectivo da investigação, uma vez que permitirá evidenciar as razões subjacentes à tipificação de determinados casos sujeitos a este regime de indisponibilidade, em detrimento de outros. Ao mesmo tempo, permitir-nos-á estabelecer uma análise comparativa entre os interesses que em cada um destes momentos as indisponibilidades visavam tutelar, contribuindo um melhor entendimento da natureza deste instituto.

Após a recolha de toda esta informação, estaremos em condições de problematizar a temática em estudo. Como tal, relativamente ao art.º 2194.º, tentaremos perceber se, com recurso a todos os elementos da interpretação jurídica previstos no art.º 9.º, será possível incluir outras profissões/cargos no âmbito do mesmo. As hipóteses ponderadas são aquelas que levantam maiores dúvidas à luz da realidade actual, sem prejuízo de outras que, pela sua essência, em tudo sejam idênticas. Quanto ao art.º 2196.º, a problematização

girará em torno das consequências que a contratualidade do casamento e dos seus efeitos poderá no regime desta causa de indisponibilidade. Mais concretamente, tentaremos evidenciar se os deveres conjugais são verdadeiros direitos absolutos, ou se, por outro lado, não passam de obrigações contratuais sujeitas ao regime geral dos negócios jurídicos bilaterais. Para este efeito serão expostas as principais posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre esta problemática, evidenciando os eventuais constrangimentos que um entendimento contratualista sobre a natureza dos deveres conjugais pode trazer para o regime da indisponibilidade relativa do art.º 2196.º.

Assim, com este trabalho, reitera-se a pretensão de contribuir para uma melhor compreensão do regime das indisponibilidades relativas, mais concretamente das que estão previstas nos arts.º 2194.º e 2196.º, numa tentativa de reanimação da discussão em torno do fenómeno sucessório, levantando questões que, à luz dos contextos atuais, merecem uma resposta por parte da comunidade jurídica.

CAPÍTULO I

O FENÓMENO SUCESSÓRIO

1. Breves Considerações Sobre a Sucessão *Mortis Causa*¹⁴

À morte de uma pessoa e da conseqüente extinção da sua personalidade jurídica, abre-se uma crise nas relações jurídicas das quais o de *cuius* era titular, tornando-se necessário proceder ao chamamento de outros sujeitos que venham ocupar o seu lugar no âmbito dessas relações¹⁵. Estes direitos e obrigações que lhe hão de sobreviver¹⁶, necessitam de encontrar um novo titular para que essas mesmas relações jurídicas perdurem para além da morte do seu primitivo titular. Como tal, o direito das sucessões, enquanto ramo do direito civil comum regulador das relações entre particulares, tem como finalidade assegurar a manutenção dessas relações.

O Código Civil, enquanto principal fonte do direito sucessório, define a sucessão no seu art.º 2024¹⁷ como “*o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e a conseqüente devolução dos bens que a esta pertenciam*”. A definição encontrada pelo legislador está longe de ser consensual entre a doutrina. Na origem desta disputa estão diferentes concepções teóricas sobre o conceito de ‘sucessão’ – por um lado aqueles que partilham a ideia de sucessão como sendo a transmissão ou aquisição derivada de direitos; por outro, aqueles que partilham a ideia de sucessão como o ingresso nas posições jurídicas da pessoa falecida. O próprio processo legislativo em volta do art.º 2024º é sintomático destas divergências. Com efeito, a versão proposta no anteprojeto do Código Civil de 1966, elaborado por Galvão Telles, sugeria a ideia de sucessão como uma transmissão ou aquisição derivada de direitos, definindo-a da seguinte forma: “*Quando alguém falece, todos os seus direitos e obrigações, que não sejam intransmissíveis por morte, se transferem a uma ou mais pessoas, nos termos adiante declarados. É o que se chama sucessão*”¹⁸. Já no sentido da

¹⁴ Por conveniência linguística, no decorrer do presente trabalho, será utilizado indiscriminadamente o termo sucessão ou transmissão para fazer referência a uma mesma realidade jurídica, a sucessão *mortis causa*. Quanto à discussão em torno dos conceitos de sucessão e transmissão, que para o presente trabalho não relevam, vide SOUSA, Rabindranath Capelo de – *op.cit.*, pp. 15-27.

¹⁵ COELHO, Francisco Pereira – *Direito das Sucessões*. Coimbra, 1992, p.3.

¹⁶ Nem todos os direitos e obrigações dos quais o de *cuius* era titular são objecto de sucessão. Diz-nos o art. 2025º, n.º 1, do Código Civil: “*Não constituem objecto de sucessão as relações jurídicas que devam extinguir-se por morte do respectivo titular, em razão da sua natureza ou por força da lei*”. Acrescenta ainda no seu n.º 2 que se extinguem os direitos que sejam renunciáveis, desde que o seu titular manifeste essa vontade. Como exemplo de direitos que se extinguem com a morte do seu titular temos o usufruto (art.2334º) e os direitos de uso e habitação (arts.º 1485º e 1490º).

¹⁷ Sempre que se faça referência a um artigo sem a indicação do diploma correspondente, a menção reporta-se ao Código Civil.

¹⁸ TELLES Inocêncio Galvão – *Direito das Sucessões: Noções Fundamentais*. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p.58

ideia de sucessão como subingresso nas posições jurídicas de outra pessoa, Pires de Lima propunha a seguinte definição: “*Dá-se sucessão quando uma ou mais pessoas vivas são chamadas à titularidade das relações jurídico-patrimoniais de uma pessoa morta*”.

Apesar de inicialmente ter vingado a posição do autor do anteprojeto, certo é que logo na 1ª revisão ministerial, com ligeiras alterações, foi adotada a definição proposta por Pires de Lima, definição que transitou para a redação final, ainda em vigor.

Diga-se que o legislador ao positivizar a definição legal de sucessão nos termos em que o fez, em nada contribuiu para a resolução das divergências em torno deste conceito, o que geralmente sucede sempre que o legislador incorpora nos diplomas legislativos definições legais, cuja elaboração deve pertencer à Ciência do Direito¹⁹. Como afirma Galvão Telles: “*A lei não é feita para resolver problemas académicos [...] e se tem a vã pretensão de os resolver, vale apenas como uma opinião entre outras, não vinculando o interprete. A legislação beneficia da ciência, mas não é ciência*”²⁰.

Recentrando a análise em torno do fenómeno sucessório, e independentemente da conceção adotada em torno da definição legal de sucessão e das divergências teóricas em torno deste conceito, certo é que o direito sucessório surge para resolver a crise que se abre nas relações jurídicas aquando da morte de uma pessoa.

A morte, enquanto facto jurídico central no fenómeno sucessório, aparece-nos como o elemento que despoleta a crise nas relações jurídicas do *de cuius*, cuja sequência de atos se desenvolve num processo mais ou menos longo. Assim, como fases mais importantes do fenómeno sucessório temos a abertura da sucessão (que se dá com a morte do *de cuius*), a vocação/chamamento sucessório e a aquisição sucessória (por via da aceitação da herança). Poderá ainda haver lugar a um conjunto de fases meramente eventuais, como é o caso de se tornar necessário recorrer à petição da herança, à sua administração, à liquidação e à partilha²¹. Contudo, só quando a herança é liquidada e partilhada²² é que a crise que se abriu nas relações jurídicas do *de cuius* se pode considerar superada, uma vez que o conjunto dessas relações, compostas por direitos e obrigações,

¹⁹ FERNANDES, Luís Carvalho – *Lições de Direito das Sucessões*. 4ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2012, p.60.

²⁰ TELLES Inocêncio Galvão – *op.cit.*, p.58. Este autor aponta essencialmente sete críticas à definição adoptada: a) o seu cariz marcadamente científico; b) a menção ao chamamento e à devolução como realidades diferentes quando na realidade não o são; c) A sucessão não tem lugar só porque alguém é chamado à sucessão, uma vez que o herdeiro pode sempre repudiar a herança; d) a definição de sucessão aponta apenas para o elemento intermédio do fenómeno sucessório, esquecendo-se dos restantes momentos fundamentais, como é o caso da abertura e aquisição; e) a fórmula pleonástica do 2024º na referencia que faz às *relações jurídicas* e aos *bens*; f) A adoção da ideia de que só existe sucessão por morte e transmissão em vida é errada, vejam-se os arts.º 1057º, 1256º, 412º e 420º; g) A alteração da definição inicialmente proposta não teve qualquer reflexo na regulamentação do instituto sucessório. Para mais desenvolvimentos sobre esta crítica vide pp.59-62.

²¹ DIAS, Cristina Araújo – *Lições de Direito das Sucessões*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2017, p.76.

²² Como se disse anteriormente, a liquidação e a partilha são fases eventuais e não necessárias do fenómeno sucessório. Contudo, a realidade é que, por norma, o desenrolar do fenómeno sucessório leva-nos até estas duas fases, só aí se dando por encerrado todo este processo.

volta a ter um novo titular. Podemos assim concluir que a morte é a causa da sucessão *mortis causa*, sendo ainda a sua condição e pressuposto. A morte é algo externo ao fenómeno sucessório. Precede-o, torna-o possível, mas não é parte integrante do processo²³.

Por referência ao fenómeno sucessório, a morte assume-se essencialmente como um facto jurídico modificativo de direitos, na medida em que origina uma alteração subjectiva nas relações jurídicas do falecido que sejam objecto de devolução sucessória. Mas a morte também é um facto jurídico constitutivo e extintivo de direitos. Como tal, ao mesmo tempo que poderá originar a constituição de novas relações jurídicas²⁴, também extinguirá todas relações que, pelo seu carácter pessoal, não devam sobreviver à morte do respetivo titular, não sendo por isso objecto de devolução sucessória²⁵.

Depreendemos facilmente que uma concepção da morte como facto exclusivamente extintivo das relações jurídicas do *de cuius* levaria a situações inaceitáveis do ponto de vista do comércio jurídico e da paz social. Seria mesmo um “*contra-estímulo às atividades e iniciativas de carácter patrimonial das pessoas*”²⁶. Imagine-se o que seria se todas as relações jurídicas se extinguissem com a morte do seu titular. Teríamos, por exemplo, devedores que ficariam exonerados à morte do seu credor e estes, por sua vez, veriam os seus direitos de crédito prejudicados pela extinção das dívidas à morte dos devedores. Para além disso, os direitos reais da pessoa falecida tornar-se-iam *res nullius*, sujeitos à ocupação por parte de qualquer pessoa.²⁷ Damos assim como assente a necessidade de consagrar a morte como um facto jurídico modificativo de direitos que, através de uma alteração subjectiva, permita a continuidade das relações jurídicas do *de cuius*.

Importa agora perceber quem serão os destinatários dessa mesma devolução sucessória, ou seja, quem irá assumir a titularidade das relações jurídicas da pessoa falecida. Mais importante do que “quem” será necessário perceber o “porquê” de serem chamadas à sucessão determinadas pessoas em detrimento de outras. Concomitantemente, torna-se essencial compreender de que forma a vontade do autor da sucessão releva no destino a dar aos seus bens. Esta questão está umbilicalmente ligada ao princípio da propriedade e autonomia privada, cujo conteúdo e alcance varia de acordo

²³ COELHO, Francisco Pereira – *op.cit.*, pp.111-112.

²⁴ Como por exemplo, se o *de cuius* fez um seguro de vida a favor de determinada pessoa, o direito de exigir o capital segurado nasce com a morte do tomador. Pode igualmente dar origem à criação de um direito de usufruto ou de um direito de indemnização.

²⁵ COELHO, Francisco Pereira – *op.cit.*, pp.111-112.

²⁶ PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.168.

²⁷ COELHO, Francisco Pereira – *op.cit.*, p.6.

com o modelo económico, social e político adotado em cada país, e que influencia directamente o desenrolar de todo o fenómeno sucessório.

2. Sistemas Sucessórios

Partimos agora do pressuposto da inevitabilidade da existência de um direito sucessório que regule as relações jurídicas de que uma pessoa falecida era titular, cujas consequências da sua inexistência já foram devidamente expostas.

Quando falamos da titularidade de relações jurídicas não podemos deixar de ter presente que, dependendo da organização político-social de um determinado país, o conjunto destas relações jurídicas pode ser mais ou menos vasto. Como se depreende, a sucessão *mortis causa* está intimamente ligada ao reconhecimento da propriedade privada, sendo certo que a titularidade de relações jurídicas pressupõe sempre um nível maior ou menor de apropriação individual de bens. Ora, esta apropriação individual atinge o seu expoente máximo nos países que seguem um modelo económico-social de base capitalista, mas também é certo que não deixa de se manifestar, ainda que timidamente, nas organizações de tipo socialista²⁸. Como nos diz Pamplona Corte Real, “[...] os sistemas jurídico-sucessórios serão corolários de uma estrutura económica de base capitalista, o que não invalida que o direito sucessório também exista em sistemas socialistas”²⁹. Por outro lado, a organização económico-social de cada país é fundamental para perceber o motivo pelo qual o fenómeno sucessório beneficia certas pessoas em detrimento de outras, bem como, o papel da vontade do autor da sucessão no destino a dar aos seus bens.

Assim, de um modo geral, os bens dos quais o autor da sucessão era titular podem ter três destinos possíveis: em primeiro lugar, os bens poderão ser transmitidos às pessoas indicadas pelo autor da sucessão, sendo a sua vontade o elemento preponderante no processo de devolução sucessória; em segundo lugar, os bens poderão ter como destino a família do falecido; ou, finalmente, estes poderão ser atribuídos ao Estado, beneficiando a comunidade a que o falecido pertencia. Daqui decorre que a Propriedade, a Família e o Estado, constituem as conexões fundamentais do direito das sucessões³⁰, em torno das quais assenta toda a dinâmica do fenómeno sucessório. Dependendo da relação mais ou

²⁸ Nos países socialistas denominava-se de propriedade pessoal o conjunto de bens dos quais um cidadão podia ser titular. Com mais detalhe sobre a propriedade pessoal nos países socialistas vide infra. p.10.

²⁹ CORTE REAL, Carlos Pamplona – *Direito da Família e das Sucessões*. Lisboa: Lex, 1993, p. 169.

³⁰ COELHO, Francisco Pereira – *op.cit.*, p.39.

menos intensa que o direito das sucessões estabelece com cada uma destas conexões, podemos estar perante três modelos sucessórios distintos, a saber: o individual-capitalista, o familiar e o socialista-coletivista³¹.

A análise dos modelos sucessórios clássicos permitirá avançar para uma caracterização mais sustentada do ordenamento jurídico português sobre esta matéria. Ao procedermos a uma análise comparativa entre estes modelos e as opções jurídico-sucessórias portuguesas, será possível evidenciar se o nosso modelo pende mais para uma protecção da vontade do autor da sucessão na disposição dos seus bens após a sua morte, ou se, por outro lado, protegerá mais a família ou o Estado.

2.1 – O Sistema Familiar

Na senda do que foi dito anteriormente, a conexão chave no âmbito do sistema familiar prende-se com a relevância que é dada à família do *de cuius* no desenrolar do fenómeno sucessório. E não será despidendo começar pela análise do modelo familiar, uma vez que, de um ponto de vista histórico-temporal, terá sido o modelo sucessório seguido pelas sociedades primitivas, cuja noção de propriedade assentava em bases coletivistas. Nos inícios destas sociedades não existia ainda a noção de uma propriedade passível de apropriação individual. Estando as sociedades organizadas por famílias – tribos ou *gens* – o conjunto de bens não pertencia individualmente a cada um dos seus elementos, mas antes à família em que o mesmo estava inserido. Ou seja, nestas comunidades, os bens pertenciam coletivamente à família como um todo, não havendo uma individualização ou uma quota ideal a atribuir aos sucessores do *de cuius*. Em boa verdade, não existia propriamente “uma sucessão”, uma vez que, à morte de uma pessoa, os sucessores apenas ascendiam à posição jurídico-política do *de cuius*. Como diz Capelo de Sousa, “*em vez de serem os bens, ou parte determinada deles, concretamente transmitidos ou devolvidos aos sucessores, eram estes que iam entrar no círculo coletivo de bens, subingressando naquelas posições jurídicas*”³².

³¹ Esta constitui a sistematização comumente utilizada pela generalidade da doutrina. Contudo, há autores que utilizam apenas a expressão “individual”, em detrimento da capitalista (Pereira Coelho); aqueles que utilizam o termo “coletivista” ao invés de “socialista” (I. Galvão Telles); e ainda, aqueles que não autonomizam o modelo familiar, considerando-o como parte integrante do modelo individual-capitalista (Pamplona Corte Real). Parece-nos que a sistematização enunciada é aquela que melhor retrata a realidade que estamos a tratar. Em boa verdade, está aqui em causa a forma como a organização económico-social influi na densificação do fenómeno sucessório, razão pela qual a adopção da terminologia por referência a esta organização parece ser a mais adequada.

Uma nota apenas sobre o sistema familiar. Efetivamente este sistema, na sua versão mais pura, não tem qualquer reflexo nas sociedades contemporâneas, cuja autonomia é bastante discutível. Pelo seu interesse histórico e pela influência que tem sobre a configuração dos outros dois sistemas, merece um tratamento autónomo. cf., a este respeito, SOUSA, Rabindranath Capelo de - *op. cit.* p.107 e CORTE REAL, Carlos Pamplona - *op. cit.*, pp.170-172.

³² SOUSA, Rabindranath Capelo de - *op. cit.*, p.89.

Se na antiga Roma o conceito de propriedade colectiva cedo foi substituído por uma concepção individualista da propriedade, já entre os Germanos este modelo vigorou até muito mais tarde³³, o que torna o direito germânico um exemplo clássico de um modelo sucessório de tipo familiar. No modelo seguido pelo direito germânico a estrutura económica familiar assentava numa verdadeira comunhão doméstica, sem que aos membros da família fosse atribuída qualquer quota. Note-se que nem o chefe de família dispunha de autonomia para exercer qualquer ato de disposição sobre os bens. Estes bens estavam sujeitos a um regime de propriedade de mão comum³⁴, considerando-se que os bens deveriam beneficiar toda a comunidade familiar e não os seus membros individualmente considerados.

Do exposto decorre claramente que a protecção da família é o elemento chave dos modelos sucessórios de base familiar. Pese embora o facto de actualmente não existir nenhum modelo sucessório puramente familiar, a verdade é que esta ideia de protecção da família encontra repercussão em vários ordenamentos jurídicos, independentemente do modelo adotado. Nas sociedades contemporâneas, o reconhecimento dos vínculos estabelecidos entre os membros da família, inerente a uma noção de solidariedade social, justifica que os bens do falecido sejam devolvidos aos membros da família à qual pertencia³⁵.

Nos modelos que têm uma índole protecionista da família, privilegia-se a manutenção do património do *de cuius* no seio da mesma, objectivo que poderá ser atingido de várias formas. A título de exemplo, este objectivo poderá ser alcançado através da prevalência da sucessão legítima sobre a sucessão testamentária que por sua vez, a ser admitida, terá um campo de aplicação bastante restrito. No mesmo sentido, estes sistemas tendem a restringir a posição de herdeiro aos familiares do autor da sucessão, não sendo possível a sua instituição por via testamentária. Existindo espaço para a sucessão testamentária, outra forma de privilegiar a manutenção no seio familiar será a limitação das disposições testamentárias apenas a favor dos herdeiros legítimos, o que por exemplo sucedia no direito russo anterior a 1961³⁶. Estes são apenas alguns exemplos concretos de regras jurídico-sucessórias que manifestam um pendor

³³ De notar que o conceito de propriedade colectiva que vigorou entre os romanos era diferente daquele adotado pelos povos germanos. Enquanto entre os romanos vigorava um regime de compropriedade, onde existia uma quota entre os bens comuns e o direito de exigir a sua divisão, entre os germanos vigorava o regime de propriedade de mão comum, onde não existia uma individualização dos bens coletivos nem o direito a uma quota devidamente demarcada. Para esclarecimentos complementares *vide* TELLES, Inocêncio Galvão – *op. cit.*, pp.276-277.

³⁴ IDEM, p.276.

³⁵ FERNANDES, Luís Carvalho – *op.cit.*, pp.24-25.

³⁶ COELHO, Francisco Pereira – *op.cit.*, p.41.

marcadamente familiar, mas que também podem variar na sua forma e extensão, dependendo, claro está, das noções que cada país terá de conceitos como o de ‘família’. Independentemente da noção de família, qualquer regra sucessória que seja uma manifestação deste modelo terá sempre que ter na sua base o objectivo de manter as relações jurídicas objecto de devolução sucessória no seio da família.

Por último, importa sublinhar que, face à realidade atual de bipolarização dos sistemas sucessórios entre o modelo individual-capitalista e o modelo coletivista-socialista, a autonomia do modelo familiar é bastante discutível. O que reforça a necessidade do seu tratamento autónomo será, em primeiro lugar, o seu interesse histórico, uma vez que vigorou no seu estado puro entre os antigos germanos. Mas a principal razão para o seu tratamento autónomo reside na forma como o mesmo tem influído na conformação da disciplina dos restantes sistemas, cujo contributo tem permitido moldar algumas das suas características mais ortodoxas³⁷.

2.2 – O Sistema Individual-Capitalista

Como se referiu anteriormente, o instituto sucessório assenta no pressuposto da existência de propriedade privada ou individual, ainda que a sua amplitude possa variar. Ora, é nos países em que a autonomia e propriedade privada se assumem como princípios estruturantes e basilares da própria organização económico-social, ou seja, nos países que têm por base um modo de produção capitalista, que encontramos um modelo sucessório de tipo individual-capitalista. Apesar deste modelo ser característico dos regimes de produção capitalista, a sua origem remonta ao direito romano, mais concretamente, à sua fase de transição da propriedade coletiva para a propriedade individual. Se nos primórdios da civilização romana predominava a propriedade coletiva, com a consolidação do imperialismo romano passou-se progressivamente para uma concepção mais individualista do património do autor da herança. Fruto desta concepção, o testamento passou a ser o principal título de vocação sucessória³⁸, instrumento do qual emanava diretamente a vontade do autor da sucessão. Esta manifestação de vontade traduzia-se no exercício de poder que o próprio detinha sobre os bens que individualmente lhe pertenciam³⁹.

³⁷ SOUSA, Rabindranath Capelo de – *op.cit.*, p. 107.

³⁸ A origem da sucessão testamentária é reportada à Lei das XII Tábuas (450 a.C), sendo até então um instituto desconhecido entre os romanos. Apesar da tendência individualista seguida pelo direito romano, não tardou a proceder-se a uma certa atenuação da amplitude do testamento enquanto instrumento sucessório. A título de exemplo, restabeleceu-se mais tarde a sucessão necessária, criando uma quota hereditária (legítima) destinada obrigatoriamente aos parentes mais próximos. TELLES, Inocêncio Galvão – *op.cit.*, pp. 277-278.

³⁹ IDEM, p.90.

São precisamente estas características – a saber, a autonomia da vontade e a propriedade privada – que constituem a essência deste modelo sucessório. Como é sabido, nos países de produção capitalista os princípios da propriedade e autonomia privadas atingem a sua forma mais ampla, que terá, conseqüentemente, impactos significativos ao nível da caracterização e da dinâmica do fenómeno sucessório. Classicamente, este modelo encontra a sua forma mais pura nos países de tradição anglo-saxónica, onde não se consagra qualquer quota hereditária e todos os bens de propriedade privada são suscetíveis de serem transmitidos, tanto *inter vivos* como *mortis causa*. O testamento afigura-se assim como o instrumento jurídico que mais fielmente respeita estes princípios. A sucessão testamentária será então a forma ideal de sucessão, no sentido em que é o mecanismo sucessório que melhor permite efetivar a vontade real do *de cuius*⁴⁰. Concomitantemente, as limitações à capacidade de testar são quase inexistentes, abrangendo apenas situações muito particulares, como é exemplo o caso das proibições de testar a favor de médicos e sacerdotes, que entre nós encontram consagração no instituto das indisponibilidades relativas (arts. 2192º a 2198º). Outra característica deste modelo reside no facto de a sucessão testamentária se sobrepor à sucessão legítima, sendo esta encarada como uma sucessão testamentária tácita, assente na vontade presumível do autor da sucessão.

Não será de estranhar que, em regra, a sucessão legitimária, ou qualquer forma de limitação da vontade do *de cuius* na disposição dos seus bens, não esteja contemplada entre os títulos de vocação sucessória. Contudo, a existir, esta será apenas encarada como um limite à capacidade de testar. Era precisamente a situação vivida no âmbito do Código Civil Português de 1867, cuja génese, marcadamente individualista, relegou o regime da sucessão legitimária para o capítulo da sucessão testamentária, carecendo assim de autonomia sistemática face a esta⁴¹.

Ainda que a sucessão testamentária se prefigure como a principal fonte de vocação sucessória no sistema individual-capitalista, verificamos que a manifestação do princípio da autonomia privada, amplamente consagrado neste sistema, também pode ser assegurada através de outros títulos sucessórios, como é o caso da sucessão contratual. Aqui, com recurso ao instrumento que por excelência materializa o princípio da autonomia privada - o contrato -, o autor da sucessão poderá regular, ainda que de forma

⁴⁰ COELHO, Francisco Pereira – *op.cit.*, p.40.

⁴¹ Para além da autonomia sistemática, a autonomia substancial também era discutida entre a doutrina. Sobre esta questão cf. *infra*, nota 46.

muito restrita, alguns dos aspetos em que decorrerá a sua futura sucessão, nomeadamente naquilo que se prende com a disposição dos seus bens. Enquanto negócio *mortis causa* gratuito, o contrato sucessório será, *hoc sensu*, uma verdadeira doação⁴². Entre nós, a sucessão contratual vem expressamente regulada no art.º 2026.º e 2028.º, sendo considerada um verdadeiro título de vocação sucessória, a par a sucessão legal e testamentária. Embora o sistema português tenha consagrado o recurso à sucessão contratual como uma das formas possíveis para regular a sucessão, veremos que, atendendo aos restritos termos em que é admitida, a sua aplicabilidade prática fica bastante aquém daquela que envolve a sucessão testamentária⁴³.

Por último, a forma como está urdido este sistema visa sobretudo assegurar a manutenção e perpetuidade do próprio sistema capitalista. Nas palavras de Capelo de Sousa, “a sucessão testamentária proporciona, pois, aos detentores privados dos meios de produção os expedientes técnicos para garantir a transmissão das unidades económicas capitalistas sem o seu fracionamento (...)”⁴⁴. Assim se justifica, por exemplo, que a sucessão legítima seja hierarquizada mais de acordo com os interesses capitalistas de manutenção das unidades produtivas do que em função de outros interesses de ordem pública, sendo reflexo disso a posição desfavorecida que normalmente assume o cônjuge sobrevivente e a discriminação entre parentes legítimos e ilegítimos⁴⁵.

2.3 – O Sistema Coletivista-Socialista

Passemos agora à análise do último dos sistemas sucessórios clássicos, cuja comparação com o modelo anteriormente analisado nos fará perceber que se encontram em campos diametralmente opostos.

Já foi mencionado anteriormente o facto de o fenómeno sucessório implicar uma certa amplitude da propriedade privada ou individual e que, mesmo nos países socialistas, existe margem para a sua realização. No modelo socialista-coletivista destaca-se a conexão da propriedade com o Estado, mas não de forma absoluta. Como facilmente se alcança, se todos os bens do *de cuius* revertssem a favor do Estado, rapidamente deixariam de existir bens nas mãos dos privados, o que levaria à extinção do direito

⁴² FERNANDES, Luís Carvalho – *op.cit.*, pp. 555-556.

⁴³ Relativamente à admissibilidade dos pactos sucessórios em Portugal e da sua evolução histórica cr. IDEM, pp. 557-558. Quanto ao regime da sucessão contratual previsto no nosso Código Civil, *vide* p. 19.

⁴⁴ SOUSA, Rabindranath Capelo de – *A Constituição e o direito das sucessões*. In Estudos sobre a Constituição, I, 1977, p.149. *Apud* CORTE REAL, Carlos Pamplona – *op.cit.*, p.170.

⁴⁵ SOUSA, Rabindranath Capelo de – *op.cit.*, pp. 103-106. Nas clarividentes palavras de Capelo de Sousa, em referência à família parental ou de sangue, os sucessores legítimos são “considerados mais fieis continuadores dos interesses e da ideologia das classes, estratificadas, detentoras dos meios de produção”.

sucessório por falta de objecto. Posto isto, se nos países socialistas existe uma apropriação dos meios de produção⁴⁶ pelo Estado, já no que toca aos meios de consumo⁴⁷, que visam essencialmente a satisfação de necessidades individuais, estes podiam ser objecto de apropriação individual. Nos países socialistas estes bens eram denominados de “propriedade pessoal”, por contraposição à propriedade privada, conceito ligado ao sistema económico capitalista. Assim, dentro deste grupo de bens que compunham a propriedade pessoal, era possível a realização do fenómeno sucessório, ainda que com muitas restrições. Entre os países socialistas era comum encontrarmos limites no valor dos bens a transmitir por via sucessória. Estabelecido esse limite, o seu excesso reverteria a favor do Estado. Tomemos como exemplo o Código Civil Russo de 1922, onde o valor dos bens objecto de transmissão sucessória não poderia ir além dos 10,000 rublos⁴⁸.

Outra das características dos modelos socialistas consistia na redução do círculo dos herdeiros legítimos o que, na legislação soviética, se traduzia na consagração de apenas duas classes de sucessíveis. Na primeira geralmente estavam incluídos o cônjuge sobrevivente, os filhos e os pais, e na segunda classe, os irmãos e os avós⁴⁹.

Relativamente à sucessão legitimária esta tinha essencialmente o mérito de proteger aqueles membros da família do *de cuius* incapazes para o trabalho. O Código Civil Russo de 1964 estipulava que familiares como o cônjuge, os pais e outras pessoas alimentadas pelo autor da herança, teriam direito a uma legítima de dois terços⁵⁰, desde que fossem menores ou considerados incapazes para o trabalho.

Quanto à sucessão testamentária as restrições ainda eram mais evidentes do que no âmbito da sucessão legal. Até 1961, o Código Civil Russo permitia a disposição dos bens por via testamentária apenas a favor dos herdeiros legais⁵¹, estando vedada a disposição a favor de outras pessoas⁵². Através destas e outras medidas semelhantes, operava-se uma restrição do círculo de pessoas que podiam suceder nos bens do *de cuius*, que já de si eram reduzidos, aumentando substancialmente as hipóteses de o Estado vir a apoderar-se dos mesmos.

Não menos importante será o facto de nos sistemas socialistas, em regra, o direito sucessório não fazer distinções discriminatórias entre o parentesco “legítimo” e

⁴⁶ Os bens de produção abarcavam tudo aquilo que fosse suscetível de criar riqueza ou para produzir novas utilidades, como é o caso da terra. TELLES, Inocêncio Galvão - *op. cit.*, p.259.

⁴⁷ Nos bens de consumo estavam incluídos, por exemplo, o vestuário, o salário, automóveis, alimentos etc. IDEM, *Ibidem*.

⁴⁸ SOUSA, Rabindranath Capelo de - *op. cit.*, p.110.

⁴⁹ COELHO, Francisco Pereira - *op. cit.*, p.43.

⁵⁰ SOUSA, Rabindranath Capelo de - *op. cit.*, pp.112-113.

⁵¹ Não se pode deixar de notar a influência do modelo familiar quando se impede que alguém, externo ao círculo de herdeiros legítimos, suceda nos bens do *de cuius*. Evidencia-se assim uma protecção da família, tanto de sangue como conjugal.

⁵² COELHO, Francisco Pereira - *op. cit.*, p.44.

“ilegítimo”, do mesmo modo que não o fazia entre filhos adotivos e filhos de ‘sangue’. Quanto ao cônjuge sobrevivente, a sua posição sucessória era equiparável à dos restantes herdeiros legais⁵³. De notar que estas características do modelo socialista, que representam manifestações de princípios basilares de qualquer estado de direito democrático, só muito mais tarde tenham sido adotadas pelos modelos sucessórios das democracias ocidentais, inclusive a portuguesa⁵⁴.

De um modo geral, estas são as características que permitem enquadrar os institutos sucessórios de base socialista e que nos possibilitam traçar uma linha divisória face ao modelo capitalista. Apesar da sua tendencial limitação do fenómeno sucessório e das restrições de que o mesmo é alvo, fica claro que, mesmo nos países socialistas, a existência é tanto indispensável como necessária, na certa medida em que se aceite a propriedade individual de bens. Nas douradas palavras de Galvão Telles “*o instituto sucessório é um lógico consectário da propriedade individual ou pessoal, pois se esta existe, existe também aquele como seu complemento indispensável*”⁵⁵.

2.4 – O Sistema Sucessório Português

Depois de analisarmos o fenómeno sucessório à luz dos três sistemas clássicos, estamos agora em condições de tecer algumas considerações acerca do sistema sucessório português. Esta análise torna-se essencial de modo a apreender os pressupostos em que assenta o nosso sistema, para que, ao iniciarmos a problematização das indisponibilidades relativas da capacidade de testar, esta seja devidamente orientada do ponto de vista axiológico-hermenêutico. Tal objectivo só será possível se conseguirmos evidenciar em que ponto se situa o nosso sistema, nomeadamente, ao nível do respeito e amplitude dos princípios da autonomia privada e da vontade do autor da sucessão.

Levanta-se assim a questão de saber qual das três conexões (Família, Propriedade e Estado) tem maior relevância dentro no nosso sistema sucessório.

No que concerne à conexão com o Estado, já sublinhámos o pouco alcance da propriedade individual nos países socialistas face à preponderância da propriedade colectiva. Contudo, o nosso sistema jurídico está longe de adotar uma noção de propriedade de estilo socialista, consagrando ao invés uma noção de propriedade privada

⁵³ CORTE REAL, Carlos Pamplona – *op.cit.*, p.172.

⁵⁴ Em Portugal, o princípio da não discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos teve origem na Constituição de 1976, sendo mais tarde transposto para o Código Civil, pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25-11. O mesmo se diga relativamente à posição sucessória do cônjuge sobrevivente.

⁵⁵ TELLES. Inocência Galvão – *op.cit.*, p.261.

e da possibilidade da sua transmissão, tanto em vida como por morte, bastante ampla. Isso mesmo decorre do art.º 62º da CRP que, no seu n.º 1 nos diz que “*a todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição*”, ao mesmo tempo que no n.º 2 prevê que as expropriações por utilidade pública sejam sempre feitas com base no pagamento de uma justa indemnização.

Pese embora o facto de a nossa Constituição de 1976 surgir no seguimento de uma revolução socialista e de ter consagrado como um dos objectivos a transição para o socialismo, facto é que as revisões constitucionais que lhe seguiram eliminaram grande parte destas “*sequelas revolucionárias*”⁵⁶. Verdadeiramente, a criação de uma sociedade sem classes e a instauração de um regime onde a propriedade privada dos meios de produção, altamente limitador do principio da propriedade e autonomia privadas, ficou-se pela intenção plasmada na primitiva redação da CRP. Ainda que o preâmbulo da nossa Constituição continue a referir-se à vontade do povo português em “*abrir caminho para uma sociedade socialista*”, é unânime que, após todas as alterações que a redação original sofreu, esta referência tenha apenas um carácter meramente histórico⁵⁷. Contudo, não é inócua a influência dos princípios da revolução socialista no nosso sistema jurídico, que também se evidencia no direito sucessório.

O Decreto-Lei n.º 496/77, que procedeu à revisão do Código Civil de 1966, surgiu precisamente no sentido de adaptar o regime da lei civil à nova ordem jurídico-constitucional, algo a que o Direito Sucessório não ficou imune. No seguimento desta revisão, procedeu-se a uma contração do elenco dos herdeiros legítimos, do 6º grau para o 4º grau, ficando o Estado mais próximo na linha dos sucessíveis. Ainda assim, o Estado mantém-se na última posição de sucessíveis legítimos, cujo chamamento à sucessão está dependente da ausência de família e de testamento do *de cuius*. A consagração do Estado como herdeiro legítimo está associada à função social da propriedade, “*(...) permitindo que, aquando da morte de um membro da comunidade, os seus bens sejam postos ao serviço da coletividade*”⁵⁸. Contudo, este objectivo só é verdadeiramente atingido de forma indireta e num plano exterior ao próprio Direito Sucessório, mais concretamente pela via fiscal. Como diz Carvalho Fernandes “*(...) é na qualidade de fisco e não de herdeiro, no campo do Direito Público e não do Privado, que o Estado pode vir, no sistema jurídico português, obter uma participação relevante nas heranças, em termos*

⁵⁶ SOUSA, Rabindranath Capelo de – *op.cit.*, p.114. Neste sentido, veja-se a redação actual dos artigos 80º, 83º, 84º e 90 da CRP, por contraposição à redação original.

⁵⁷ IDEM, *Ibidem*.

⁵⁸ DIAS, Cristina Araújo – *op.cit.*, p.25.

*de realizar uma dupla finalidade de ordem social: contribuir para a maior igualdade dos cidadãos e reconhecer-lhes meios patrimoniais que o habilitem (...) a realizar uma política de carácter social, corrigindo as desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento (...)*⁵⁹.

Por último, a manifestação do sistema socialista no sistema português também se vislumbra na eliminação da distinção entre parentesco legítimo e ilegítimo, assim como, pela consagração do cônjuge sobrevivente como herdeiro legal, levada a cabo pela reforma de 1977 do Código Civil.

Relativamente ao modelo familiar e ao modo como ele se manifesta no nosso sistema sucessório, verificamos que o mesmo tem o seu reflexo no instituto da sucessão legal, com particular relevância para a sucessão legitimária.

No âmbito do nosso sistema jurídico-sucessório, a sucessão legitimária tem como fundamento a proteção da família nuclear, assente num espírito de solidariedade e entreajuda⁶⁰, em detrimento da vontade do autor da sucessão. Nesta forma de sucessão, comumente designada de “sucessão forçada”, existe uma quota de bens destinada impreterivelmente⁶¹ aos membros mais próximos da família⁶² do *de cuius*. Concomitantemente, a lei estabelece mecanismos de defesa e proteção contra os actos de disposição do autor da sucessão que afetem a quota dos herdeiros legitimários, como é o caso das liberalidades sujeitas a inoficiosidade (art.º 2068º). Outro elemento revelador do peso que a sucessão legitimária tem na conformação do nosso modelo sucessório é o facto de possuir uma autonomia substancial e sistemática face aos restantes títulos de vocação sucessória, o que nem sempre aconteceu. De facto, à luz do Código Civil de 1867, a sucessão legitimária não estava sistematicamente autonomizada da sucessão testamentária, sendo mesmo considerada como um limite à capacidade de testar⁶³.

O que se disse relativamente à sucessão legitimária valerá, *mutatis mutandis*, para o instituto da sucessão legítima. Também nesta modalidade sucessória encontramos como fundamento a proteção dos vínculos familiares, privilegiando-se a manutenção dos bens do autor da sucessão na esfera familiar, ainda que sem o carácter imperativo da sucessão

⁵⁹ FERNANDES, Luís Carvalho – *op.cit.*, p.36. No mesmo sentido vide TELLES, Inocêncio Galvão – *op.cit.*, p.272-273.

⁶⁰ SOUSA, Rabindranath Capelo de – *op.cit.*, p. 153.

⁶¹ Sem prejuízo das regras relativas ao instituto da deserdação (art.2166º) e da incapacidade por indignidade (art.2034º).

⁶² Está aqui em causa tanto a protecção da família conjugal como da família parental.

⁶³ COELHO, Francisco Pereira – *op.cit.*, p.49. Complementa este autor afirmando que a não autonomização no plano sistemático da sucessão legitimária face à sucessão testamentária, não passa de um reflexo daquilo que eram as concepções doutrinárias tradicionais que recusavam inclusive a sua autonomia substancial. Já Capelo de Sousa entende que “*Apesar do Código Civil de Seabra se referir formalmente apenas a duas espécies de sucessões: a sucessão legítima e a sucessão testamentária e de a regulamentação da quota indisponível aparecer como um mero limite à liberdade testamentária (arts.º 1784.º a 1790.º), o certo é que estas regras tinham aspectos próprios que permitiam autonomizar a sucessão legitimária de um ponto de vista substancial.*”. SOUSA, Rabindranath Capelo de – *op.cit.*, p.153, nota 317.

legitimária. Ao contrário do que é defendido pelos sistemas individualistas puros, não está aqui em causa uma sucessão testamentária tácita, assente na vontade presumida do *de cuius*, mas sim a proteção dos laços familiares⁶⁴.

Saindo agora do âmbito da sucessão legal verificamos que, na sucessão voluntária, a lógica do sistema gira em torno de uma axiologia de tipo individual-capitalista, que se encontra espelhada, por um lado, no acolhimento da sucessão contratual enquanto título de vocação sucessória, mas, sobretudo, pela amplitude que é dada à sucessão testamentária.

Como já foi mencionado, a nossa Constituição consagra a livre transmissibilidade, tanto em vida como por morte, dos bens objecto de propriedade privada. Ora, um dos mecanismos para efetivar essa livre transmissibilidade *mortis causa* é precisamente o contrato, ou pacto sucessório, cujo regime se encontra regulado no art.º 2028.º. Contudo, atendendo às limitações a que o recurso a este título de vocação sucessória está sujeito⁶⁵, a sua preponderância prática e contributo para a efectivação deste princípio constitucional é bastante reduzido. Como tal, o testamento é o mecanismo através do qual o autor da sucessão pode, através de um ato de vontade, decidir com maior liberdade o destino dos seus bens após a sua morte. Não está aqui em causa uma liberdade absoluta, na medida em que na generalidade dos casos o regime da sucessão testamentária contende com a sucessão legitimária. Contudo, se estivermos perante a ausência de herdeiros legitimários, o autor da sucessão pode dispor livremente de todos os seus bens por testamento, ainda que existam algumas restrições quanto às pessoas que podem beneficiar de uma disposição testamentária, como é o caso das situações abrangidas pelo instituto das indisponibilidades relativas (arts.º 2192º e 2194º a 2198º). Mesmo assim, estas restrições não visam coartar a liberdade de testar do autor da sucessão, mas antes “*fortalecer a autenticidade e a eficácia da própria capacidade testamentária*”⁶⁶.

Outros fatores há no âmbito da sucessão testamentária que permitem fortalecer a posição do modelo individual-capitalista no nosso modelo sucessório. Com efeito, segundo as regras do art.º 2187º, a vontade do testador é o elemento essencial no processo interpretativo das disposições testamentárias, fugindo-se aqui à regra geral do art.º 236º que consagra o princípio da interpretação dos negócios jurídicos segundo a impressão do destinatário. Ao mesmo tempo, o próprio direito de acrescer entre herdeiros

⁶⁴ DIAS, Cristina Araújo – *op.cit.*, p.28.

⁶⁵ Vejam-se as considerações que fazemos na página 19 relativamente ao regime restrito e excepcional dos pactos sucessórios no ordenamento jurídico português.

⁶⁶ SOUSA, Rabindranath Capelo de – *op.cit.*, p. 118.

testamentários é revelador do respeito pela vontade do *de cuius*, ainda que presumida. Aqui, ao invés da quota deixada vaga pelo herdeiro que não a quis ou não a pôde aceitar reverter para os herdeiros legítimos, a mesma acrescerá aos restantes co-herdeiros, precisamente por se entender que era essa vontade do testador (arts.º 2301º e ss). O mesmo acontece com a equiparação entre os herdeiros de ‘sangue’ e os herdeiros testamentários, beneficiando ambos dos mesmos direitos e das mesmas obrigações⁶⁷.

Podemos concluir que o modelo sucessório português assenta em pressupostos e mecanismos típicos dos três modelos clássicos, não sendo possível definir o nosso modelo por referência exclusiva a um destes sistemas. Aliás, é esta a posição maioritária na doutrina, considerando o sistema sucessório português como um sistema misto⁶⁸.

Em bom rigor, o modelo socialista é aquele que menos se encontra espelhado no nosso ordenamento sucessório, mas nem por isso é despicienda a sua importância, tanto mais não seja pela relevância que teve na eliminação das discriminações entre parentes legítimos e ilegítimos e em relação aos filhos adotados, entre outras.

Quanto aos restantes modelos e ao seu acolhimento pelo sistema jurídico-sucessório português, parece não existir uma supremacia de um face ao outro. Com efeito, se no âmbito da sucessão legitimária podemos destacar a preponderância do modelo familiar, já relativamente à sucessão testamentária o modelo individual-capitalista é aquele que se destaca. Este mesmo equilíbrio emana da própria ordem jurídico-constitucional que tanto protege a autonomia da vontade do autor da sucessão na disposição dos seus bens, como protege a família e promove a entreajuda dos seus membros⁶⁹. Estamos assim perante uma verdadeira relação de contrapoder, onde gravitam, por um lado, os princípios da liberdade de disposição por morte e o respeito pela vontade do autor da sucessão, e, por outro, os princípios da proteção e solidariedade familiar, onde uns são o limite de outros.

A análise do modelo sucessório adotado pelo ordenamento jurídico português, que como vimos se caracteriza como um sistema misto, permitiu-nos apreender o modo como o Direito Sucessório português acolhe e consagra a vontade do autor da sucessão como determinante no destino dos bens da herança, nomeadamente pela via testamentária.

⁶⁷ A este respeito cfr. COELHO, Francisco Pereira – *op.cit.*, p.47.

⁶⁸ Contrariamente à generalidade da doutrina, Capelo de Sousa entende que o nosso sistema é um sistema “*claramente capitalista, se bem que modernizado*”. SOUSA, Rabindranath Capelo de – *op.cit.*, p.113.

⁶⁹ Veja-se a este propósito os arts.º 62º 80º, 84º e 90º da CRP, referentes ao direito à transmissão por morte do direito à propriedade privada e ao princípio da liberdade de testar; os arts.º 63º a 72º e 73º a 79º, da CRP que consagram o princípio da sucessão familiar; o art.º 36º, n.º 4, da CRP que se refere ao princípio da igualdade de parentesco; e ainda, no que toca à participação do Estado nas sucessões, os arts.º 9º, al. a) e d), 12º, n.º2, 103, n.º 1 e 104º, n.º3, da CRP. Para uma análise mais detalhada dos princípios constitucionais do direito das sucessões cf. SOUSA, Rabindranath Capelo de – *op.cit.*, pp.122-129.

Apesar de o testador possuir amplos poderes de disposição dos seus bens, limitado claro está pelas regras da sucessão legítima, existe um limite subjetivo relativamente aos seus beneficiários, positivado no regime das indisponibilidades relativas de testar.

Para a apreciação do regime das indisponibilidades relativas – que constitui objecto de estudo deste trabalho – tornou-se necessário evidenciar qual o espaço reservado à vontade do autor da sucessão dentro do nosso ordenamento jus-sucessório, e de que forma a mesma releva no destino a dar aos seus bens. Constituindo o testamento o principal instrumento sucessório através do qual se manifesta directamente a vontade do seu autor, importará perceber até que ponto as indisponibilidades relativas serão ou não mais um meio de restringir essa liberdade. Para percebermos os fundamentos e os limites impostos ao instituto das indisponibilidades relativas é imperativo proceder, de seguida, à apreciação do instrumento sobre o qual incide este regime, ou seja, o testamento.

CAPÍTULO II

A AUTONOMIA PRIVADA NO DIREITO SUCESSÓRIO PORTUGUÊS

1. A Sucessão Voluntária como Reflexo da Autonomia Privada

Ao procedermos à análise do modelo sucessório português e ao enquadrá-lo como um sistema misto – comportando características dos três modelos clássicos – verificamos que, relativamente à porção de bens que o autor da sucessão pode dispor livremente após a sua morte, a sucessão testamentária assume-se como a principal fonte de vocação tendente à realização desse objetivo⁷⁰. Vimos igualmente que a liberdade de disposição de bens por via testamentária terá como limite o instituto da sucessão legitimária, por força do instituto da legítima. Ora, o facto de existir um limite à disposição de bens por morte, limite esse que, em princípio, não existe nas transmissões *inter-vivos*⁷¹, é já por si uma limitação aos princípios basilares do direito civil, do qual o direito das sucessões é parte integrante.

Do direito civil, entendido como o ramo do direito que “(...) *regula as relações jurídicas estabelecidas entre particulares ou entre particulares e o Estado ou outros entes públicos, mas intervindo o Estado ou esses entes públicos em veste de particular* (...)”⁷², emanam vários princípios, entre os quais o da autonomia privada ou da vontade. Como tal, nas relações entre si, os particulares gozam do poder de “(...) *autorregulação dos seus interesses, de auto-governo da sua esfera jurídica*”, que se traduz essencialmente na manifestação de uma vontade tendente a produzir determinado efeito jurídico, seja ele constitutivo, modificativo ou extintivo de relações jurídicas⁷³. Ou seja, os cidadãos são autossuficientes na gestão que fazem do conjunto das relações jurídicas das quais são titulares, o que se traduz normalmente na liberdade de celebração de negócios jurídicos, sejam eles unilaterais ou bilaterais.

O princípio da autonomia privada também se manifesta através dos direitos subjetivos, nomeadamente na liberdade dos cidadãos em exercer, ou não, os direitos dos quais são titulares. Ainda assim, esta liberdade não é absoluta, existindo determinados

⁷⁰ Para sermos mais rigorosos, todas as formas de sucessão voluntária se traduzem numa manifestação de vontade do autor da sucessão relativamente ao destino a dar aos seus bens, o que inclui evidentemente a sucessão contratual.

⁷¹ Estamos a referir-nos às transmissões onerosas, e mesmo aqui poderá haver alguns condicionalismos que afetem a liberdade de disposição. Veja-se, por exemplo, a proibição dos pais e avós de venderem a filhos ou netos sem o consentimento dos restantes filhos ou netos (art.º 877.º). Quanto às transmissões gratuitas, já sabemos que as liberalidades feitas em vida pelo autor da sucessão estão sujeitas ao regime da redução por inoficiosidade sempre que afetem a legítima dos herdeiros.

⁷² PINTO, Carlos Alberto da Mota – *op.cit.*, p.40.

⁷³ IDEM, p.102.

direitos cujo exercício não é totalmente livre, estando de certa forma condicionados pela protecção de interesses legítimos de terceiros. Pense-se, por exemplo, no caso dos chamados poderes funcionais⁷⁴, onde os direitos são atribuídos a um sujeito, mas o seu exercício é realizado em função do interesse de outrem. Será igualmente o caso do exercício de direitos cuja finalidade seja a de prejudicar um terceiro, ultrapassando os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social e económico desse direito, tornando o seu exercício ilegítimo e punido segundo o instituto do abuso de direito (art.º 334.º).

Daqui resulta que o princípio da autonomia privada é um dos pilares em que assenta todo o direito civil, em particular o direito civil comum, ainda que o mesmo não seja assimilado de uma forma absoluta, tornando-se necessário limitá-lo na medida em que colida com interesses legítimos e juridicamente tutelados de terceiros.

Se analisarmos este princípio à luz do Direito das Sucessões, constatamos que o princípio da autonomia privada, apesar de ser parte integrante e conformadora de toda a lógica em que assenta o nosso modelo sucessório, encontra um campo de aplicação ainda mais restrito. Veja-se, por exemplo, as diferenças entre o princípio da liberdade contratual, que se perspectiva como corolário da autonomia privada, assumido no regime geral do art.º 405.º e a sua incidência no âmbito do direito sucessório. Com efeito, a lei diz-nos que a sucessão pode ser deferida por contrato, mas logo em seguida torna essa possibilidade uma exceção, restringindo a admissibilidade dos contratos sucessórios unicamente aos casos previstos na lei (art.º 2026.º e 2018.º). Prevendo o nosso sistema uma tendencial proibição dos pactos sucessórios, cuja aplicação se circunscreve ao âmbito das convenções antenupciais (art.º 1698.º e ss.), o recurso ao regime da sucessão contratual afigura-se como menos propício a cumprir o princípio da livre disposição dos bens após a morte. Daqui decorre uma clara separação entre o cumprimento do princípio da autonomia privada no âmbito das transmissões *inter vivos* - onde os cidadãos, em princípio, são livres de celebrar os contratos que lhes aprouverem assim como de inserir as cláusulas que melhor defendam os seus interesses - e a transmissão *mortis causa* - onde, para garantir a “(...)faculdade individual de decisão [...] do de cuius quanto à

⁷⁴ Constitui um exemplo de um poder funcional o direito de visita do progenitor não residente relativamente ao seu filho que ficou a residir com o outro progenitor. Aqui, o direito de visita do progenitor não lhe é atribuído unicamente em função dos seus interesses individuais, mas também, atendendo aos interesses do próprio filho em estabelecer uma relação próxima com ambos os progenitores.

*disposição por morte dos seus bens(...)*⁷⁵, se limita o recurso ao principal instrumento de manifestação da autonomia privada.

Dentro da sucessão voluntária resta-nos o testamento, sendo este o principal meio de realização da vontade do *de cuius* na disposição dos seus bens após a morte. Sem que queiramos adiantar uma noção e caracterização deste instituto, sobre o qual melhor se discorrerá no ponto seguinte, pode de imediato inferir-se que o testamento é um verdadeiro negócio jurídico unilateral, uma vez que contém apenas uma declaração de vontade, destinada a produzir um determinado efeito jurídico⁷⁶. Ao contrário dos negócios jurídicos bilaterais (contratos) em que a amplitude da autonomia privada é mais latente, por força do princípio da liberdade contratual (art.º 405.º), nos negócios unilaterais a mesma sofre algumas restrições, por força do princípio da tipicidade ou do *numerus clausus* (art.º 457.º). Contudo, a análise do princípio da autonomia privada no contexto da sucessão testamentária implica uma análise em dois planos distintos – um primeiro plano onde a sucessão testamentária é perspectivada de uma forma isolada, e um segundo plano, onde a sucessão testamentária é analisada por referência a toda a ordem jurídico-sucessória, particularmente no que se refere à dialética estabelecida com as restantes fontes de vocação sucessória. Como veremos, pode chegar-se a conclusões diferentes quanto à incidência da autonomia privada na sucessão testamentária, dependendo do plano em que análise é efetuada.

No primeiro destes planos, se analisarmos o fenómeno da sucessão testamentária de uma forma isolada, por referência exclusivamente à justa medida em que é admitida, constatamos que a vontade do autor da sucessão e a autonomia privada são largamente respeitados. Disso dá nota, por exemplo, a regra do código civil quanto à capacidade e incapacidade testamentária, presente nos arts.º 2188.º e 2189.º. Nestes consagra-se uma capacidade de testar quase plena, sendo a única exceção a situação dos menores não emancipados e dos interditos por anomalia psíquica. No mesmo sentido vai o art.º 2187.º relativo à interpretação dos testamentos. Como já foi explicitado, a interpretação das disposições testamentárias faz-se de acordo com aquela que se evidenciar como sendo a vontade do testador, ao arrepio da norma geral de interpretação dos negócios jurídicos que segue a regra da impressão do destinatário (art.º 236.º). A limitação mais significativa que decorre do regime da sucessão testamentária resulta efetivamente do instituto das

⁷⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte – *O Direito das Sucessões Contemporâneo*. 4.ª ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2017, p.183. Esta proibição baseia-se essencialmente na circunstância de os pactos sucessórios não serem livremente revogáveis, ao contrário dos testamentos.

⁷⁶ Sendo certo que no testamento apenas contém uma única manifestação de vontade, na generalidade dos negócios jurídicos unilaterais poderão existir várias declarações de vontade, embora todas no mesmo sentido.

indisponibilidades relativas, onde se fulmina com nulidade as disposições feitas a favor de certas categorias de pessoas (arts.º 2192.º a 2198.º). Em último lugar, na eventualidade de não existirem sucessores legitimários, o autor da sucessão é livre de dispor de todos os seus bens pela via testamentária, atingindo-se aqui uma plena autonomia da vontade no destino a dar aos seus bens.

Por outro lado, o mais comum será o autor da sucessão ainda ter família à data da sua morte, podendo-lhe sobrevir o cônjuge, ou alguns descendentes ou ascendentes (herdeiros legitimários), o que fará com que outras fontes de vocação sucessória entrem na equação do destino a dar aos bens do *de cuius*. Nestes casos, face à imperatividade da sucessão legitimária, a testamentária é forçosamente relegada para um segundo plano, naquilo que se pode apelidar de uma verdadeira subjugação de uma face à outra. Assim, se perspetivarmos a sucessão testamentária no contexto de toda a dinâmica jurídico sucessória, e não apenas isoladamente, a conclusão não poderá deixar de ser substancialmente diferente da anterior, atendendo à restrição que se opera no conjunto de bens livremente disponíveis por morte. O facto de existirem herdeiros legitimários a concorrer à herança do *de cuius*, faz com que se passe de uma liberdade de disposição da totalidade dos bens, para uma situação em que apenas uma parte dos mesmos podem ser distribuídos segundo critérios de vontade e autonomia do seu legítimo proprietário. Nestes casos, a liberdade de disposição dos bens oscila geralmente entre a metade e um terço⁷⁷, o que significa que mais de metade – ou metade – dos bens do autor da sucessão podem estar – e normalmente estão – arredados àquilo que é a sua vontade quanto ao destino dos seus bens.

Em suma, podemos concluir que, também no direito sucessório, o princípio da autonomia privada e da vontade encontra espaço para a sua realização, sendo a sucessão testamentária a sua face mais imediata e efetiva. Contudo, se compararmos com outros ramos do direito, é inegável que esta autonomia não se manifesta com a mesma plenitude e intensidade, fruto desde logo das restrições impostas à celebração de pactos sucessórios, mas também da maior ou menor amplitude que a sucessão testamentária possa assumir. Ainda que possamos prefigurar situações em que a sucessão testamentária seja a única fonte de vocação sucessória, a verdade é que, atendendo àquilo que são as decorrências normais da vida humana e a ordem lógica da vida, só em casos muito excecionais é que

⁷⁷ Em boa verdade, no caso de os únicos herdeiros legitimários serem os ascendentes (arts.º 2161.º, n.º 2), a legítima poderá ser apenas de um terço, o que aumentará a quota disponível para dois terços. Contudo, atendendo às circunstâncias normais da vida humana, em que o mais comum será o de descendentes falecerem depois dos ascendentes, esta circunstância terá sempre de ser encarada como uma exceção.

tal poderá acontecer, impondo-se na maior parte das vezes o seu concurso com as regras da sucessão legitimária. O mesmo se verifica, *mutatis mutandis*, em relação à hipótese prevista na parte final do art.º 2161.º, n.º 2, cuja improbabilidade da sua verificação faz claudicar aquilo que podia ser uma relevante manifestação do princípio da autonomia da vontade do autor da sucessão. Tratam-se em ambos os casos de hipóteses remotas e de difícil verificação, o que nos leva forçosamente a concluir que, atendendo à irrelevância da vontade do autor da sucessão no destino a dar a pelo menos metade dos seus bens, o respeito pela autonomia da vontade do autor da sucessão esteja, na maior parte dos casos, limitado por aquilo que são os princípios da defesa da instituição familiar e da função social da propriedade.

Efetivamente, seria defensável a apologia de um sistema onde a vontade do autor da sucessão fosse o principal guia orientador do desenrolar de todo o fenómeno sucessório, onde os interesses individuais da propriedade estariam no topo da pirâmide, à semelhança daquilo que se verifica nos modelos de inspiração anglo-saxónica. Contudo, esta não é a realidade portuguesa, onde os direitos em geral, mas mais especificamente o direito de propriedade, não são encarados como direitos absolutos e subjugados à esfera individual e egoísta da pessoa a quem são atribuídos⁷⁸.

Como já referimos, por altura da análise dos sistemas sucessórios, o modelo seguido pelo legislador português foi no sentido de adotar uma noção de propriedade, não por referência à sua função exclusivamente individualista, mas sim em conjugação com a função social que a mesma deve assumir. Ou seja, foi a adoção de uma noção de propriedade como um direito não estritamente egoísta, mas também como estando subordinada ao bem comum, que ditou um refrear da vontade do autor da sucessão na disposição dos seus bens em benefício do interesse comunitário. Como doutamente enuncia I. Galvão Telles, “*quando se afirma que a função social da propriedade, transcendendo o individuo, a coloca ao serviço da comunidade, não se deve ter em vista exclusivamente o Estado. Existem outras formas de organização social e entre elas, como célula básica, a família, que constitui o primeiro agrupamento em que o individuo aparece integrado*”⁷⁹. Mas se o interesse geral deve ser assegurado, como forma de atenuar os efeitos negativos de uma visão estritamente individualista da propriedade, também devem ser protegidos os interesses individuais que os proprietários legitimamente detêm sobre os bens que possuem. Ora, só através de uma manifestação

⁷⁸ FERNANDES, Luís Carvalho – *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol.I, 6ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012., p.95.

⁷⁹ TELLES, Inocêncio Galvão – *op.cit.*, p.266.

direta da vontade do titular das relações jurídicas é que será possível garantir, genuinamente, a proteção de interesses individuais ligados àquela titularidade, o que no âmbito sucessório se fará pela via testamentária.

Concluímos assim que o direito sucessório português ao criar esta dialética entre a sucessão legitimária e a sucessão testamentária, mais não faz do que assegurar “*uma justa conciliação entre a utilidade particular e a geral (...)*” da propriedade⁸⁰, ainda que esta relação de forças possa não ser totalmente equilibrada, como nos parece ser o caso português.

2. A Sucessão Testamentária

2.1 Breve Resenha da Evolução Histórica da Sucessão Testamentária e da Autonomia da Vontade no Ordenamento Jurídico Português – do Código de Seabra à Reforma de 1977

Em Portugal, assim como em todos os ordenamentos jurídico-sucessórios influenciados pelo direito romano, a liberdade de testar constitui um dos pilares fundamentais em que assenta o nosso sistema sucessório. Contudo, o peso da sucessão testamentária na dinâmica do fenómeno sucessório não é estanque. Ao longo da história, circunstâncias ligadas sobretudo ao princípio da protecção da família, ditaram um reforço da sucessão legítima e legitimária com prejuízo claro para a liberdade de testar.

Na verdade, desde os primórdios da fundação do nosso estado, o testamento é reconhecido entre nós como o mecanismo sucessório adequado para efetivar a vontade do autor da sucessão no destino a dar aos seus bens após a morte. Esta tradição secular conheceu apenas um ligeiro interregno, nomeadamente no reinado de D. José I, onde através do seu Ministro – o Marquês de Pombal – se iniciou um combate à sucessão testamentária e à relevância da vontade no âmbito do fenómeno sucessório. Inspirado pela Escola Racionalista do Direito Natural⁸¹ - considerando a sucessão dos familiares a mais conforme com a “*ordem da natureza e à caridade cristã [sic]*”, e que os princípios romanos em que assentava a sucessão testamentária vinham a ser mal interpretados, o que

⁸⁰ IDEM, p.274.

⁸¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida – *A liberdade de testar e a quota legitimária no direito português (em especial, o confronto do regime do código civil de 1967 com a evolução subsequente*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p.10.

vinha a originar um tendencial afastamento da sucessão familiar⁸² - foram criados vários diplomas que visaram limitar a liberdade de disposição de bens pela via testamentária. Entre estes diplomas estavam a Lei 25 de junho de 1766 e a Lei de 25 de setembro de 1769, através das quais se reforçaram significativamente os direitos dos herdeiros legitimários e se limitou a possibilidade de o autor da sucessão dispor dos seus bens a favor de certas pessoas⁸³.

Ora, à exceção deste período de combate à liberdade de testar, que teve o seu término no início do reinado de D. Maria, a sucessão testamentária sempre se assumiu como um dos pilares basilares do nosso direito sucessório, ao qual o Código Civil de 1987 acabou por dar corpo. De cariz marcadamente individualista⁸⁴, assente em concepções jusracionalistas e liberais, o Código de Seabra tomou inspiração no Código Civil Francês de 1804, ainda que o seu carácter individualista tenha sido temperado pela introdução de princípios tendentes à proteção dos interesses familiares e sociais que compõem a propriedade⁸⁵. Ainda assim, o Código de 1867 não deixa de se assumir como marcadamente individualista, onde “(...) *o individuo abstrato, com os seus direitos originários (...) é o centro do direito, exaltando-se assim o individuo muitas vezes em detrimento da comunidade*⁸⁶”.

No plano sucessório, esta elevação do indivíduo em detrimento da comunidade traduz-se, naturalmente, num reforço do regime da sucessão testamentária face à sucessão legal, sobretudo no que diz respeito à sucessão legitimária. No Código Civil de 1867, a importância da sucessão testamentária na dinâmica do fenómeno sucessório constata-se, por exemplo, através da falta de autonomia sistemática da sucessão legitimária. Sendo esta a principal causa de limitação da vontade do autor da sucessão na disposição dos seus bens, o facto de a legislação de então não autonomizar a sua regulamentação face aos restantes títulos de vocação sucessória, só acentuava o seu cariz dependente e subordinado à sucessão testamentária. No contexto do Código de Seabra a sucessão legitimária era assim concebida como uma mera limitação à liberdade de testar, ainda que em termos práticos esta concepção acabasse por ser inócua. Onde verdadeiramente

⁸² TAVARES, José – *Sucessões e Direito Sucessório*, Vol.I, Coimbra: França Amado Editor, 1903. pp. 72-73.

⁸³ Estes objectivos foram atingidos, por exemplo, através da criação de um instituto semelhante ao que hoje conhecemos como indisponibilidades relativas, assim como, através da restauração da distinção entre bens herdados de família ou adquiridos a outro título. Para uma análise mais detalhada da influência que estes diplomas, e outros, tiveram na restrição à liberdade de testar vide COSTA, Mário Júlio de Almeida – *op.cit.*, pp. 10-13, e ainda TAVARES, José – *op.cit.*, pp. 72-73.

⁸⁴ A feição marcadamente individualista do Código de Seabra evidencia-se, desde logo, pelo enquadramento sistemático a que foi votado o Direito das Sucessões, que carecia de uma regulamentação autónoma e devidamente delimitada. Ao invés, este ramo do direito era regulado a par da gestão de negócios, inserido no livro III (sobre os direitos que se adquirem por mero facto de outrem e os que se adquirem por simples disposição da lei), parte II (sobre a aquisição de direitos).

⁸⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida – *op.cit.*, p.14.

⁸⁶ TELLES, Inocêncio Galvão – *op.cit.*, p.284.

relevava a questão da autonomia sistemática era no campo dos valores, permitindo extrair os princípios orientadores do direito sucessório. Assim, o que se fez não foi mais do que colocar o princípio da autonomia privada e da vontade no topo da pirâmide axiológica do direito sucessório. No mesmo sentido, as alterações introduzidas quanto ao montante da legítima também se traduziram num reforço da vontade individual no desenrolar de todo o fenómeno sucessório. Se na redação primitiva do Código de Seabra a legítima, regra geral, era de dois terços, após a implantação da República, “*mais individualista no campo sucessório, com o Decreto de 31 de Outubro de 1910, diminui(-se) a quota legítimária para metade na generalidade dos casos e para um terço na sucessão de ascendentes de 2º grau ou de grau superior*”⁸⁷. Esta alteração traduziu-se, obviamente, num aumento da quota de bens sujeita à livre disponibilidade do autor da sucessão, sendo possível a este, através de testamento, dispor de um conjunto maior de bens.

Atendendo ao facto de o Código de Seabra ter estado em vigor cerca de um século, era expectável que se instalasse em Portugal um desfasamento entre os valores individualistas do Código de Seabra, e as concepções morais, intelectuais e sociais da sociedade de então⁸⁸. Como evidencia Almeida Costa, pela altura da entrada em vigor do actual Código Civil de 1966, “*estava-se já longe do ambiente oitocentista*” que inspirou o Código de 1867. Assim, afirmava-se uma “*tendência social da ordem jurídica, que, sem menosprezo dos valores individuais, propunha a sua coordenação com os interesses gerais da comunidade*”⁸⁹. Foi precisamente esta necessidade de combater os excessos decorrentes da matriz individualista do Código de 1867⁹⁰ que impulsionou a revisão geral do Código Civil, no sentido de proteger “*devidamente a coletividade e os mais débeis contra egoísmos e prepotências*” do autor da sucessão, “*mas também sem cair de modo algum no exagero do atrofiamento ou asfixia da iniciativa individual*”⁹¹.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 1966, foram muitas as alterações ao nível da sucessão testamentária e da sua relação com os restantes títulos de vocação sucessória.

Em primeiro lugar, estas alterações visaram sobretudo reforçar a protecção dos familiares do autor da sucessão, o que acabou por se traduzir numa restrição ao princípio

⁸⁷ SOUSA, Rabindranath Capelo de – *op.cit.*, p.153.

⁸⁸ Quando se fala na sociedade de então, estamos a referir-nos, mais do que ao ano de 1966, ao ano de 1944, data em que o Ministro da Justiça o Prof. Vaz Serra, pelo Decreto-Lei n.º 33908, de 4 de Setembro, iniciou o processo de revisão geral do Código Civil.

⁸⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida – *op.cit.*, p.15.

⁹⁰ Podemos dizer que este foi o principal fundamento para a criação de um novo Código Civil, mas não o único. Razões de índole sistemática, o excesso de legislação complementar e o progressivo número de figuras jurídicas que não encontravam nele disciplina satisfatória, também concorreram para a criação do Código de 1966. Relativamente ao panorama que determinou a revisão geral do Código *vide* COSTA, Mário Júlio de Almeida – *op.cit.*, pp. 15-16.

⁹¹ TELES, Inocêncio Galvão Teles – *op.cit.*, pp. 284-285.

da autonomia da vontade. Foi precisamente a intenção de refrear a matriz individualista do anterior código que esteve na base das alterações introduzidas em matéria sucessória, reforçando-se a proteção dos interesses de ordem familiar. Este desiderato, que impulsionou a reforma do Código Civil, teve como consequência uma imediata autonomização sistemática da sucessão legitimária face à sucessão testamentária. Também a sucessão legítima deixou de ser encarada como uma sucessão testamentária tácita, assente na vontade presumida do *de cuius*, passando a transmitir a ideia de que o património hereditário deve ser herdado pela família⁹². Quanto ao montante da legítima, as alterações efetuadas traduziram-se num reforço da posição dos sucessíveis legitimários, em detrimento da porção de bens passíveis de serem transmitidos pela via testamentária. Se o Código de 1867 previa, em regra, uma quota disponível de um terço, podendo em algumas circunstâncias chegar a metade, com a República de 1910 a mesma aumentou para metade da herança, podendo chegar a dois terços. Ora, com o Código de 1966 voltou a restringir-se a quota de bens ao dispor do autor da sucessão através de alterações ao montante da legítima. Apesar de variável em função do grau e do parentesco, a quota disponível é comumente de um terço ou de metade da herança, podendo chegar a dois terços em ascendentes de 2.º grau.

Ainda que pareça um contrassenso face ao supramencionado, algumas das alterações efetuadas acabaram por contribuir para um reforço da autonomia da vontade, ainda que, a nosso ver, não tenham sido suficientes para atenuar as restrições acima descritas. Este reforço da autonomia incidiu maioritariamente sobre questões de ordem formal e que têm que ver com a ampliação da possibilidade de os cidadãos recorrerem ao testamento como forma de planeamento sucessório. Assim, o Código Civil de 1966 engrossou o leque das formas pelas quais é possível realizar o testamento, consagrando a validade do mesmo quando realizado a bordo de aeronave e em caso de calamidade pública (arts.º 2219.º e 2220.º). Também se traduziu num aumento da autonomia do autor da sucessão o facto de passar a ser explicitamente permitida a disposição testamentária que atribua a um terceiro o direito de nomear um legatário de entre um grupo de pessoas delimitado pelo testador (art.º 2182.º, n.º 2, al.b). No mesmo sentido vai a possibilidade de o testamento incidir sobre questões de carácter não patrimonial o que representa um aumento da autonomia face a todo o conjunto das relações jurídicas das quais era titular, e não apenas em relação às de ordem patrimonial.

⁹² SOUSA, Rabindranath Capelo de – *op.cit.*, p.240.

Por fim, a última reforma substancial ao livro das sucessões deu-se pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro, tendo este diploma procedido a importantes alterações no âmbito sucessório. Apesar desta reforma ter sido ditada por imperativos de ordem constitucional, sobretudo no que toca às discriminações de género e legitimidade de parentesco, o legislador de 1977 foi um pouco além daquilo a que estava obrigado. Como tal, a principal alteração centrou-se no regime da sucessão legitimária, mais concretamente pela inclusão do cônjuge sobrevivente na primeira linha dos sucessíveis legitimários⁹³. Esta opção já tinha sido debatida no âmbito dos trabalhos preparatórios do Código de 1966 e aprovada pela comissão revisora, mas acabou por não transitar para a redação definitiva do mesmo. Pela dinâmica que o fenómeno sucessório cria em torno da sucessão testamentária e legitimária, facilmente concluímos que qualquer alteração ao número de herdeiros legitimários vai influir directamente no exercício da vontade do testador. Neste caso em concreto, se até então o autor da sucessão, no caso de não ter descendentes nem ascendentes, poderia dispor de todos os seus bens pela via testamentária, a partir do momento em que se inclui o cônjuge sobrevivente como herdeiro legitimário, passa a ter mais um herdeiro a ‘reclamar-lhe’ uma porção de bens da herança⁹⁴.

Após esta pequena análise da evolução histórica da sucessão testamentária e da relevância da autonomia da vontade no fenómeno sucessório, podemos concluir que o seu conteúdo axiológico não se manteve estanque, sofrendo antes significativas alterações ao longo dos séculos. Parece também evidente que essas alterações, após vários séculos em que o elemento individualista da propriedade se sobrepôs ao elemento familiar/social – cujo pico foi atingido aquando da implantação da República em 1910 – exaltam o elemento familiar e social. Se a ideia subjacente à revisão do Código de Seabra era a de atenuar o seu carácter excessivamente individualista, tentando conciliá-lo com os interesses gerais da comunidade e da família, esta resultou, ao invés, na inversão da preponderância destes interesses. Ainda que o respeito pela autonomia privada se possa aferir pela existência ou não da sucessão testamentária, pela qualidade das relações jurídicas que podem ser objeto da sucessão ou até pela amplitude da capacidade testamentária – e nestes aspetos poderíamos considerar que temos um nível elevado de

⁹³ Também a sua posição foi reforçada no âmbito da sucessão legítima.

⁹⁴ A consagração do cônjuge sobrevivente como herdeiro legitimário traduz-se numa proteção da chamada família nuclear em detrimento da família de sangue. Por detrás desta alteração está subjacente a ideia da “*colaboração do cônjuge no incremento e conservação do património e da ideia moralizante da manutenção do seu teor de vida*”, COSTA, Mário Júlio de Almeida – *op.cit.*, pp. 26-27. Sobre as alterações ao direito sucessório entre o Código de 1867 e o de 1966, e sobre as alterações a este último levadas a cabo pela reforma de 1977, *vide* IDEM, pp. 21-28 e também TELES, Inocêncio Galvão Teles – *op.cit.*, pp. 283-304.

autonomia – a verdade é que, salvo melhor entendimento, o elemento preponderante para aferir essa autonomia será o montante da quota disponível. E quanto a este ponto, não é possível afirmar uma preponderância da autonomia privada face à proteção dos interesses sociais e familiares, quando se restringe a liberdade da disposição de bens por morte a menos de metade do conjunto do património do autor da sucessão. Ou seja, ainda que o elemento individual e o elemento familiar/social estejam devidamente consagrados no direito sucessório, pensamos que este último claramente se sobrepõe ao primeiro. Neste âmbito, importa indagar se atualmente se justifica esta sobreposição do elemento familiar/social face ao elemento individual à luz do modelo de sociedade vigente, da evolução das estruturas familiares e dos pressupostos em que assenta hoje a propriedade – alterações que já se refletiram no âmbito do direito da família. Pela complexidade desta questão, por se tratar de uma discussão quanto aos próprios fundamentos do fenómeno sucessório, deixaremos de lado uma análise mais profunda deste tema, ficando a mesma em aberto – que se torna cada vez mais imperativa – para posterior investigação.

Será, portanto, com esta ideia de um caminho paulatinamente traçado no sentido da sobreposição dos interesses familiares e comunitários em detrimento dos interesses estritamente individuais, que se partirá para a análise do regime das indisponibilidades relativas de testar, e do modo como estas devem ser entendidas à luz das concepções atuais.

2.2 O Testamento – Noção e Características Essenciais

Muito se discorreu até ao momento sobre os fundamentos e evolução histórica da sucessão testamentária, mas muito pouco se disse sobre o instrumento que permite a sua efectivação, ou seja, o testamento.

Tomemos como ponto de partida para a análise do testamento a definição legal constante do atual art.º 2179.º. Enuncia o n.º 1 deste artigo: “*Diz-se testamento o acto unilateral e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou de parte deles*”. Esta definição legal de testamento presta-se a várias críticas por parte da doutrina que, de forma unânime, a tem classificado como pouco rigorosa. Efetivamente, olhando apenas para esta definição, seríamos tentados a restringir o testamento às disposições de carácter patrimonial – “*uma pessoa dispõe [...] de todos os seus bens ou parte deles*” – e a defini-lo como um simples ato jurídico – “*Diz-se testamento o ato (...)*”. Sucede que nem o testamento incide unicamente sobre relações jurídicas patrimoniais, nem se afigura como um simples ato jurídico. Com efeito, o

testamento versará, em regra, sobre questões de carácter patrimonial, sendo este o seu conteúdo típico⁹⁵ e ao qual a definição legal pretendeu dar destaque. Contudo, nada impede que o testamento acolha disposições de carácter não patrimonial, hipótese esta prevista no n.º 2 do art.º 2179.º. A título de exemplo, poderão ser inseridas no testamento disposições relativas ao cadáver do testador; a favor da sua alma (art.º 2224.º); à instituição de uma fundação (art.º 85.º, n.º 1); e à perfilhação (art.º 1853.º, al. b)), entre outras⁹⁶. Na verdade, nada impede que o testamento verse exclusivamente sobre questões de carácter não patrimonial, podendo perfeitamente o testador, por exemplo, fazer disposições sobre a sua vontade relativamente à sua cerimónia fúnebre, sem expressar qualquer vontade no que toca ao destino dos seus bens (que se transmitiriam segundo as regras da sucessão legitimária e legítima). Este conteúdo atípico não visa propriamente regular a sucessão do seu autor, mas antes, com recurso a uma disposição *mortis causa* de última vontade, resolver outro tipo de problemas⁹⁷, cujo fundamento não reside na necessidade de resolver a crise nas relações jurídicas das quais o *de cuius* era titular. Assim, o testamento será o instrumento através do qual o autor da sucessão efetua disposições de última vontade, tanto patrimoniais como não patrimoniais, cujos efeitos se prolongarão para lá da sua própria existência. Neste sentido, acompanha-se a definição proposta por Oliveira Ascensão, uma vez que é aquela que reúne em si os vários conteúdos sobre os quais o testamento pode versar, mas também todas as suas características. Teria sido preferível definir o testamento como “o *negócio jurídico unilateral, pelo qual alguém procede a disposições de última vontade*”⁹⁸.

Relativamente às características gerais do testamento, verificamos que nem todas se encontram espelhadas na definição legal de sucessão, tendo cabido à doutrina a elaboração do seu elenco.

Em primeiro lugar, o testamento é um **negócio *mortis causa***, uma vez que os seus efeitos só se produzem após a morte do seu autor. Efetivamente, enquanto for vivo, o testador tem a possibilidade de revogar unilateralmente o testamento. Já quanto ao beneficiário da deixa testamentária, quer seja herdeiro ou legatário, este só adquire um verdadeiro e definitivo direito subjetivo aquando da morte do testador⁹⁹. Até que esta ocorra, tanto o objeto do testamento como a designação dos seus beneficiários estão na

⁹⁵ COELHO, Francisco Pereira – *op.cit.*, p.329.

⁹⁶ SOUSA, Rabindranath Capelo de – *op.cit.*, p.167.

⁹⁷ GUIMARÃES, Maria Nazareth Lobato – Testamento e autonomia: algumas notas críticas a propósito de um livro de Lipari. Separata da Revista de Direito e estudos sociais, ano 18, 1972 Coimbra, p. 39.

⁹⁸ ASCENÇÃO, José de Oliveira – *op.cit.*, p.43.

⁹⁹ COELHO, Francisco Pereira – *op.cit.*, p.332.

inteira disponibilidade do seu autor, só aí se consolidando verdadeiramente os efeitos deste negócio jurídico¹⁰⁰.

Como se disse anteriormente, o testamento não é um simples ato jurídico, mas sim verdadeiro **negócio jurídico unilateral**, na medida em contém uma única declaração de vontade, dirigida à realização de certos efeitos práticos, com a intenção de os alcançar sob tutela do direito, determinando o ordenamento jurídico a produção de efeitos jurídicos conformes à intenção manifestada pelo declarante¹⁰¹. Ainda que a natureza negocial do testamento seja questionada por alguns setores da doutrina, claramente minoritários, esta continua a ser uma das características fundamentais deste instrumento. A defesa da negociabilidade do testamento é feita com maior assertividade por Lobato Guimarães que, em crítica a uma obra de Lipari, analisa os argumentos contra a recondução do testamento a um negócio, concluindo que é impossível negar a sua vertente negocial. Como afirma esta autora: “*em função daquilo que nos parecem ser as necessidades da sucessão, admitiríamos, sem dúvidas, que o testamento tem funções negociais: destina-se a regular uma situação de acordo, em princípio, com a vontade do autor do acto, a regular uma situação normativa posta pelo autor do acto*”¹⁰². A qualificação do testamento enquanto negócio jurídico unilateral tem interesse sobretudo do ponto de vista teórico, mas não é inócua a sua qualificação enquanto tal, importando implicações no que ao seu regime diz respeito. Por ser uma espécie de negócio jurídico, aplicam-se directamente ao testamento as regras do regime geral previstas nos art.º 217.º e ss, desde que não contrariem a própria natureza do testamento¹⁰³. Por outro lado, a sua unilateralidade faz com que não se lhe apliquem as regras próprias dos negócios jurídicos bilaterais.

Dentro da categoria dos negócios jurídicos unilaterais, o testamento é qualificado como um negócio **não recetício**, o que quer dizer que basta a mera emissão da declaração de vontade, sem ser necessário comunicá-la a quem quer que seja¹⁰⁴, nomeadamente aos seus beneficiários. Isto significa que o testamento, logo que cumpra os requisitos formais, é um negócio imediatamente perfeito e válido, sem prejuízo da sua eficácia estar dependente da morte do testador e da aceitação por parte dos seus beneficiários¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Ressalva-se a questão da perfilhação realizada por testamento que, segundo o art. 1858º, é irrevogável.

¹⁰¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota – *op.cit.*, p.380.

¹⁰² GUIMARÃES, Maria Nazareth Lobato – *op.cit.*, p.6.

¹⁰³ ASCENÇÃO, José de Oliveira – *op.cit.*, pp. 43-46.

¹⁰⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota – *op.cit.*, p.386.

¹⁰⁵ SOUSA, Rabindranath Capelo de – *op.cit.*, p.168.

O testamento é ainda um **ato pessoal**, no qual está vertida a própria vontade do seu autor¹⁰⁶. Por esta razão, o art.º 2182.º, n.º 1 estipula que o mesmo é insuscetível de ser feito por meio de representante ou de ficar dependente do arbítrio de outrem, quer pelo que toca à instituição de herdeiros ou nomeação de legatários, quer no que respeita ao objeto da herança ou legado, quer pelo que pertence ao cumprimento ou não cumprimento das suas disposições. Esta regra não foi consagrada de forma absoluta, na medida em que no seu n.º 2 admite algumas exceções. A primeira delas prevê a possibilidade de o testador poder cometer a terceiro a repartição da herança ou do legado, quando institua ou nomeie uma generalidade de pessoas (al. a)), assim como a nomeação do legatário entre as pessoas por aquele determinadas (al. b)). Quanto à insusceptibilidade de efetuar testamento por meio de representante ou de ficar dependente de outrem, encontramos uma exceção a esta regra no instituto das substituições pupilar e quase pupilar (arts.º 2297.º e ss.).

Para além de um ato pessoal, o testamento é também um **ato individual**, o que significa que só pode ter como autor uma única pessoa. O carácter individual deste negócio jurídico reflete-se na inadmissibilidade dos testamentos de mão comum, previsto no art.º 2181º, onde se proíbe que no mesmo ato testem duas ou mais pessoas, quer em proveito recíproco, quer em favor de terceiro. Aqui, visa-se sobretudo “*evitar a influência, ascendente ou pressão de um dos testadores sobre o outro, garantir a livre e plena revogabilidade do testamento e obviar a que por morte de um dos testadores, as disposições testamentárias do outro, embora revogáveis, sejam desde logo conhecidas, provocando nomeadamente futuros atritos*”¹⁰⁷. Note-se que nada impede que duas pessoas testem em benefício uma da outra (exemplo dos cônjuges), ainda que no mesmo dia e em ato contínuo. O que se proíbe é que o façam em conjunto e no mesmo ato¹⁰⁸.

Decorre também da definição legal que o testamento é um negócio jurídico **livremente revogável**. Nos arts.º 2311.º e ss., o legislador estabeleceu o regime tendente à revogabilidade do testamento, prevendo que esta possa ser total ou parcial, ao mesmo tempo que fulminou com nulidade qualquer renúncia ao direito de revogar o testamento¹⁰⁹.

¹⁰⁶ COELHO, Francisco Pereira – *op.cit.*, p.330.

¹⁰⁷ SOUSA, Rabindranath Capelo de – *op.cit.*, p.169.

¹⁰⁸ Esta característica em nada é afetada pela intervenção de um dos cônjuges no testamento do outro para autorizar a disposição de bens integráveis na sua meação nos bens comuns. Como diz Capelo de Sousa: “(...) aqui só há um testamento de uma só pessoa e a intervenção do outro cônjuge é meramente autorizante, pelo que não se atingem os patamares legais da presuntiva influenciabilidade dos testamentos de mão comum”. IDEM, p.170.

¹⁰⁹ Ressalva-se a questão da perfilhação realizada por testamento que, segundo o art.º 1858.º, é irrevogável.

O testamento é também um **negócio formal**, afastando-se aqui do regime geral dos negócios jurídicos (art.º 219.º). Com efeito, o testamento só é válido se revestir uma das formas previstas na lei, nomeadamente as formas comuns (arts.º 2204.º a 2209.º) e as formas especiais (arts.º 2210.º a 2223.º). As exigências formais do testamento justificam-se, sobretudo, pela tentativa de proteção do próprio testador, garantindo-lhe uma expressão, livre e última da vontade¹¹⁰. Por outro lado, o facto de este negócio jurídico gerar determinados efeitos jurídicos na esfera de terceiros torna imprescindível a existência de mecanismos administrativos que permitam a sua identificação¹¹¹, objetivo que será assegurado pela atribuição de um carácter formal a este negócio jurídico.

Finalmente, estamos perante um “**negócio de orientação subjetivista**”¹¹² ou “**estranho ao comércio jurídico**”¹¹³, desviando-se mais uma vez daquilo que são as normas gerais aplicáveis aos negócios jurídicos. Na generalidade dos negócios jurídicos, em matéria de interpretação negocial, predomina uma orientação objetivista, com vista à proteção da confiança do declaratário e, reflexamente, dos interesses gerais da contratação (doutrina na impressão do destinatário)¹¹⁴. Esta orientação objetivista não encontra repercussão no regime do testamento, que, neste sentido, se afasta dos demais negócios jurídicos. Em matéria de interpretação, o testamento segue uma orientação mais subjetivista, uma vez que o processo hermenêutico está canalizado para dar prevalência à real vontade do seu autor, inexistindo aqui uma necessidade de ponderar entre os interesses do declarante e os interesses do declaratário/interesses gerais da contratação¹¹⁵.

2.3 – A (In)Capacidade Testamentária

A capacidade testamentária, assim como os casos de indisponibilidade relativa e o consentimento, afigura-se como um dos requisitos de fundo do negócio testamentário, cuja verificação é imprescindível para que o mesmo se possa efetivar¹¹⁶. Como tal,

¹¹⁰ CORTE-REAL, Carlos Pamplona – *op.cit.*, p.91.

¹¹¹ SOUSA, Rabindranath Capelo de – *op.cit.*, p.171.

¹¹² IDEM, *Ibidem*,

¹¹³ COELHO, Francisco Pereira Coelho – *op.cit.*, p. 334.

¹¹⁴ IDEM, *Ibidem*.

¹¹⁵ Também o regime dos vícios da vontade no âmbito da sucessão testamentária evidencia um pendor mais subjetivista, uma vez que prescinde de vários requisitos objetivistas, dando prevalência à vontade do testador (vejam-se a diferença entre os arts.º 240.º a 257.º e os arts.º 2199.º a 2203.º).

¹¹⁶ Optou-se por tecer algumas considerações prévias sobre a capacidade testamentária por se entender que tal contribuirá para uma melhor compreensão da natureza jurídica das indisponibilidades relativas. O regime da (in)capacidade e das indisponibilidades relativas está de certa forma intimamente ligado, quer seja por razões de ordem histórico-sistemática – no Código de Seabra as indisponibilidades eram reguladas a par das incapacidades testamentárias –, quer por razões de ordem conceptual, divergindo a doutrina relativamente à sua caracterização e natureza – há quem as considere verdadeiras incapacidades testamentárias passivas, ou

importa perceber quais os indivíduos que reúnem as condições necessárias para a realização deste negócio jurídico (capacidade ativa), assim como os que podem ser beneficiários das disposições testamentárias (capacidade passiva).

Tomemos como ponto de partida a norma do Código Civil relativa à capacidade testamentária, onde nos diz o art.º 2188.º que “*podem testar todos os indivíduos que a lei não declare incapazes de testar*”. Decorre da própria letra da lei que, em regra, todos os indivíduos têm capacidade de testar, a não ser que a lei os declare incapazes para o efeito. A incapacidade é assim a exceção, encontrando-se circunscrita às situações previstas no art.º 2189.º, que apenas considera incapazes de testar os menores não emancipados e os interditos por anomalia psíquica. Note-se que estes artigos apenas se referem à capacidade testamentária ativa, ou seja, à capacidade de dispor dos bens, para além da morte, com recurso ao testamento. É importante sublinhar ainda que quando a norma se refere a “indivíduos” está claramente a circunscrever-se a pessoas singulares, e não às pessoas coletivas¹¹⁷. Quanto a estas “*atendendo a sua perpetuidade e as regras objectivas especiais a que obedece a transmissão dos seus bens no caso excepcional da sua extinção, não gozam de capacidade de testar*”¹¹⁸. Esta regra já decorre do princípio geral da capacidade das pessoas coletivas, presente no art.º 160.º, n.º 2.

De referir ainda que, apesar de a capacidade ser a regra, nem todas as pessoas com capacidade de testar podem aceder a todas as formas de testamento. Como tal, o recurso ao testamento cerrado está vedado àqueles que não sabem ou não podem ler (art.º 2208º), declarando a lei que são inábeis¹¹⁹ para o efeito. Por aplicação analógica do art.º 2190º, o testamento feito nestas condições será nulo¹²⁰.

Quanto à capacidade testamentária passiva, ou seja, à capacidade para se suceder por testamento, verificamos que ela também é a regra, prevendo-se ainda uma maior amplitude desta capacidade do que aquela prevista no regime geral. Com efeito, no âmbito da sucessão testamentária, têm capacidade sucessória, para além dos nascituros já concebidos, os nascituros não concebidos, ainda que a efetivação dessa sucessão dependa

mesmo ilegitimidades. Pretende-se, assim, lançar as bases para a discussão em torno do conceito e natureza jurídica das indisponibilidades relativas, o que só se fará no capítulo seguinte.

¹¹⁷ O artigo 1763º do Código de Seabra, norma que antecedeu a atual, dizia: “*Podem testar todos aqueles a quem a lei expressamente o não proíbe*”. Na transição para o novo Código, logo no anteprojeto elaborado por Galvão Telles, propôs-se a substituição da expressão “*todos aqueles*” por “*indivíduos*”, opção que acabou por transitar para a redação definitiva. Parece que o legislador teve efetivamente a preocupação de delimitar bem os sujeitos ativos da sucessão testamentária, restringindo-os às pessoas singulares.

¹¹⁸ LIMA, Pires de; VARELA, João de Matos - Código Civil Anotado. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. Vol.VI, p. 307.

¹¹⁹ Não estamos aqui perante uma verdadeira incapacidade, uma vez que a pessoa que não sabe ler pode sempre recorrer ao testamento público para dispor dos seus bens pela via testamentária. Daí que o legislador tenha escolhido este termo para delimitar a posição em que se encontra aquele que não sabe ou não pode ler. Relativamente ao testamento cerrado e à questão da inabilidade, *vide* IDEM, pp. 340-341.

¹²⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte – *op.cit.*, p.119.

da sua concepção e nascimento com vida (art.º 2033º)¹²¹. No que toca às pessoas coletivas, apesar de as mesmas não figurarem do lado ativo do testamento, o art.º 2033º consagra a sua capacidade sucessória passiva, podendo ser beneficiárias de disposições testamentárias.

Relativamente à incapacidade testamentária ativa, vimos que o art.º 2189º apenas considera como incapazes os menores não emancipados e os interditos por anomalia psíquica. Atendendo à conjugação dos arts.º 2188.º e 2190.º constatamos que o elenco das incapacidades é taxativo. Ainda assim, torna-se necessário clarificar alguns pontos relativos a esta questão. No que toca à possibilidade dos menores emancipados pelo casamento há que advertir para a possibilidade do mesmo o ter feito sem a autorização dos legais representantes ou sem o respetivo suprimento pelo Conservador do Registo Civil. Nestes casos, apesar de casado e emancipado, ao menor é-lhe subtraída a administração dos bens que leve para o casamento ou que venha a receber a título gratuito, sendo para estes efeitos considerado ainda menor (arts.º 1604.º, al. a) e 1649.º). Como tal, o testamento feito por um menor nestas condições, ainda que emancipado pelo casamento, é considerado nulo. De notar ainda que a incapacidade testamentária ativa não pode ser suprida por meio de assistência ou representação, tal como foi evidenciado anteriormente quanto à característica da pessoalidade que reveste o negócio testamentário. Contudo, e no seguimento do que se disse aquando da caracterização do testamento, esta não é uma característica absoluta, constituindo a substituição pupilar e quase pupilar uma exceção à impossibilidade de representação na capacidade testamentária ativa (arts.º 2297.º e ss.). Quanto à incapacidade com base na interdição por anomalia psíquica, a mesma só releva quando se encontra devidamente declarada à data da feitura do testamento¹²². Como tal, se o testador se encontrar de alguma forma impossibilitado de compreender o sentido da sua declaração, não estaremos perante um caso de incapacidade absoluta, mas antes perante um possível caso de incapacidade acidental (art.º 2199.º). O negócio continua assim viciado, beneficiando, contudo, de um regime mais favorável. Nestes casos, a lei diz que o testamento será anulável, sendo necessário fazer prova do estado de incapacidade em que o testador se encontrava no momento da sua elaboração, cuja dificuldade é sobejamente conhecida. Já nas situações em que a anomalia psíquica esteja

¹²¹ SOUSA, Rabindranath Capelo de - *op.cit.*, pp.291-293.

¹²² Segundo o art.º 2190.º, a capacidade do testador é aferida por referência à data do testamento, tanto para a incapacidade por anomalia psíquica como em relação aos menores não emancipados.

devidamente declarada, o testamento será nulo, gerando-se uma incapacidade absoluta do seu autor, insuscetível de prova em contrário¹²³.

Do exposto resulta que o legislador pretendeu configurar um regime de incapacidades testamentárias bastante restrito, facultando assim à generalidade dos indivíduos a possibilidade de recorrer a este negócio jurídico. Repare-se que o regime das incapacidades previsto para os negócios jurídicos em geral (arts.º 122.º a 156.º) é bastante mais restritivo do que aquele que foi adotado quanto ao testamento. A título de exemplo, se um interdito por surdez-mudez ou cegueira está impossibilitado de participar na celebração da generalidade dos negócios jurídicos, no que diz respeito ao testamento, a lei considera-o perfeitamente capaz de o efetuar. Estes e outros exemplos servem para constatar que, efetivamente, o regime da sucessão testamentária em vigor consagra grande amplitude ao autor da sucessão para dispor dos bens por esta via, ainda que, quando analisado em conjunto com os restantes títulos de vocação sucessória, a conclusão não seja necessariamente a mesma¹²⁴.

¹²³ Para uma análise mais detalhada relativamente à questão das (in)capacidades testamentárias e das suas incidências *vide* LIMA, Pires de; VARELA, João de Matos – *op.cit.*, p.309 e ASCENÇÃO, José de Oliveira – *op.cit.*, pp.53-56.

¹²⁴ Efetivamente, como já se teve a oportunidade de expor, a sucessão testamentária atua no campo deixado em aberto pela sucessão legitimária, o que, atendendo à sua imperatividade e à quota de bens sobre os quais incide, não se pode deixar de concluir que o autor da sucessão se encontra bastante limitado no destino a dar à totalidade dos seus bens.

CAPÍTULO III
AS INDISPONIBILIDADES RELATIVAS NA SUCESSÃO
TESTAMENTÁRIA

1- Noção, Qualificação Jurídica e Fundamento

Quando falamos em capacidade ou incapacidade verificamos que a mesma se afere por referência a “*um modo de ser ou qualidade do sujeito em si*”¹²⁵, sendo que, no âmbito testamentário, é àqueles sujeitos cujas qualidades de menor não emancipado ou de interdito por anomalia psíquica lhe sejam característica que se vai determinar a sua incapacidade para celebrar um testamento. Contudo, casos há em que os sujeitos têm plena capacidade para celebrar um testamento, mas encontram-se impedidos de beneficiar certas pessoas através dele. Como diz Capelo de Sousa, “*trata-se, agora, não de um modo de ser do sujeito em si, mas de uma especial ligação entre o sujeito e o conteúdo de determinado acto jurídico, que implica um particular modo de ser do sujeito para com certa(s) outra(s) pessoa(s) (...)*”¹²⁶. Relativamente a estas pessoas a proibição de as beneficiar pela via testamentária é absoluta, prevendo a lei a nulidade da disposição testamentária em causa. Ainda assim, se considerarmos que o testador apenas está impedido de beneficiar determinadas pessoas, e não todas aquelas que tenham capacidade testamentária passiva¹²⁷, concluímos pela relatividade desta limitação do testador, o que, aliás, está refletido no próprio conceito escolhido pelo legislador para enquadrar estas situações. Neste sentido, seguimos de perto a noção e enquadramento proposto por Carvalho Fernandes que, em poucas, mas clarividentes palavras, enuncia que a situação de indisponibilidade relativa “*traduz-se numa limitação à livre e válida disposição de bens pelo testador, quando a correspondente faculdade seja exercida em relação a determinadas pessoas que mantêm (ou mantiveram) com o testador uma relação que pode perturbar o seu exercício livre e esclarecido*”¹²⁸.

¹²⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota – *op.cit.*, p. 260.

¹²⁶ SOUSA, Rabindranath Capelo de – *op.cit.*, p.174.

¹²⁷ A capacidade testamentária passiva é a regra no nosso direito sucessório, só se verificando a incapacidade em casos pontuais, como é a situação de incapacidade por indignidade do art.º 2034º. Neste sentido *vide* IDEM, *Ibidem*.

¹²⁸ FERNANDES, Luis Carvalho – *Lições de Direito das Sucessões*. p. 471.

Da noção acabada de expor evidencia-se já a *ratio legis* subjacente a este instituto¹²⁹, podendo a mesma ser reconduzida a uma ideia de protecção do exercício livre e esclarecido da vontade do testador na disposição dos seus bens. Assim, para protecção de uma eventual influência que as pessoas abrangidas pelas indisponibilidades relativas possam exercer sobre o testador, o legislador entendeu restringir a liberdade do mesmo, impedindo-o de beneficiar aquele grupo de pessoas¹³⁰. Não deixa de ser digno de registo, ainda que o princípio subjacente seja perfeitamente compreensível, que para se assegurar a liberdade de testar se recorra a uma restrição dessa mesma liberdade. Esta tentativa de garantir liberdades com recurso a proibições não é algo novo no nosso ordenamento jurídico, onde o legislador, por vezes imbuído de um espírito demasiado paternalista, interfere em campos que apenas deviam dizer respeito à vontade dos cidadãos¹³¹.

O nosso Código Civil, nos seus arts.º 2192.º a 2198.º, prevê várias situações passíveis de configurarem casos de indisponibilidade relativa. Ora, a adopção pelo legislador do termo “indisponibilidade” para qualificar este tipo de situações, não é algo que encontre consenso no seio da doutrina, havendo quem divirja quanto à qualificação jurídica adotada. A par desta crítica, também tem sido questionado pela doutrina se esta indisponibilidade é uma indisponibilidade de dispor ou de receber, ou seja, se afecta o lado activo ou passivo da relação testamentária.

O primeiro bloco de críticas quanto à qualificação destes casos como de ‘indisponibilidades’ tem como seus principais percursores Oliveira Ascensão e Pamplona Corte-Real¹³². Para estes autores o que está verdadeiramente em causa são casos de ilegitimidade testamentária, pois entendem que o termo indisponibilidade “*acentua uma particular situação dos bens, ao passo que o vício reside primacialmente nas relações entre as pessoas*”¹³³. Relativamente à questão de saber se o vício afecta o lado activo ou passivo da disposição testamentária, ambos entendem que estamos perante uma ilegitimidade activa. Neste sentido argumentam que o facto de a lei prever a nulidade

¹²⁹ Deixam-se em seguida algumas considerações genéricas quanto aos fundamentos em que assenta este instituto, sem prejuízo da análise mais profunda que se fará quando do estudo concreto das indisponibilidades relativas que constituem o objecto deste trabalho (arts.º 2192.º e 2196.º).

¹³⁰ Em termos gerais as indisponibilidades assentam, efetivamente, na protecção da liberdade de testar. Como exceção temos a indisponibilidade do art.º 2196.º, cuja razão de ser é bem diferente das restantes. Mas quanto a esta questão, deixamos a análise para o capítulo subsequente.

¹³¹ Como se disse, concorda-se com o princípio subjacente a esta ideia de assegurar liberdades com restrições à própria liberdade, isso mesmo já previa Rousseau na sua obra “O Contrato Social”, onde considera que a liberdade absoluta, quando exercida sem qualquer contrapeso, leva à tirania e à opressão dos mais fortes sobre os mais fracos. Ainda que se possa vislumbrar a bondade desta solução, parece-nos que o legislador português utiliza em excesso o recurso a restrições com vista a evitar supostos atentados à liberdade dos cidadãos (Cito de memória).

¹³² Jorge Duarte Pinheiro segue igualmente o entendimento defendido por estes dois autores. Vide PINHEIRO, Jorge Duarte, *op.cit.*, pp.126-127. Como se verifica este entendimento entronca-se circunscrito essencialmente à doutrina proveniente da escola de Lisboa.

¹³³ ASCENSÃO, José de Oliveira – *op.cit.*, p. 57.

apenas da cláusula testamentária, acentua a lado activo da ilegitimidade, pois é esta que é nula, não estando directamente em causa a situação do beneficiário. Tome-se como exemplo o regime da indignidade sucessória (art.º 2034.º), onde a disposição testamentária em nada é atacável, mas o beneficiário é que se colocou em posição para não a poder receber¹³⁴. Pamplona Corte-Real reforça ainda este argumento alegando que *“a própria expressão “indisponibilidade relativa” parece acentuar que o que está fundamentalmente em causa são circunstância conexas com a facultas agendi por morte do testador”*¹³⁵.

Entendimento diverso do anterior autor, mas igualmente em rotura com a opção legal, é aquele preconizado por Cunha de Sá¹³⁶, defendendo que estamos perante casos de verdadeira incapacidade testamentária e que esta incide sobre o lado passivo do negócio testamentário. A qualificação jurídica proposta por este autor vai de encontro à sistematização apresentada no âmbito do anteprojecto do livro das sucessões do código civil de 1966. Aqui, a regulamentação adotada para o instituto das indisponibilidades relativas previa uma divisão do regime da capacidade testamentária em duas secções, sendo a primeira relativa à capacidade testamentária activa (arts.º 191.º a 193.º ao que correspondem actualmente aos arts.º 2188.º a 2191.º), e a segunda à capacidade testamentária passiva (arts.º 194.º a 203.º, que correspondem essencialmente aos atuais arts.º 2192.º a 2198.º, e cuja epígrafe fazia referência a incapacidade). Apesar de não ter transitado para a redação final¹³⁷, Cunha de Sá entende como estranho o facto de o legislador ter eliminado o termo ‘incapacidade’ das situações abrangidas pelas indisponibilidades relativas, e, ao mesmo tempo, mantido esse mesmo termo em várias outras situações conexas com este instituto. Como tal, dá o exemplo da remissão que o art.º 2221.º, n.º 2, faz para o art.º 2197.º, tornando esta indisponibilidade relativa aplicável a todas as formas de testamento especiais, sob a epígrafe de ‘incapacidades’. Argumenta ainda que a aplicação do instituto das indisponibilidades relativas ao contrato de doação, por força do art.º 953.º, é também um sinal de que estamos perante verdadeiras incapacidades, uma vez que aqueles artigos estão inseridos numa secção sob a epígrafe ‘Capacidade para fazer ou receber doações’. Relativamente à dúvida se essa incapacidade

¹³⁴ IDEM, p.59.

¹³⁵ CORTE-REAL, Carlos Pamplona – *op.cit.*, p.97.

¹³⁶ SÁ, F. A. Cunha de – *op.cit.*, pp. 7-14.

¹³⁷ A razão pela qual a opção pelo termo ‘incapacidade’ não transitou para a redação final do artigo, deveu-se, sobretudo, ao facto de se terem posicionado várias vozes contra este propósito, cujo entendimento ia no sentido de que para que estivéssemos perante uma verdadeira incapacidade, o momento ao qual se devia atender para a fixação da mesma teria de ser o da morte do seu autor, e não o da feitura do testamento. Para evitar potenciais dúvidas futuras quanto a este ponto, decidiu-se pela supressão deste termo. Para mais desenvolvimentos sobre esta questão *vide* IDEM, pp. 7-8.

afecta o lado activo ou passivo, este autor tende a repercuti-la no lado passivo, entendendo que o que está em causa é uma verdadeira incapacidade de suceder. Para tal, afirma que as incapacidades previstas nos arts.º 2192.º e ss., atendem sobretudo a motivos ligados à pessoa do sucessível, cujo seu objectivo, para além de assegurar a liberdade de testar, visa impedir que alguém beneficie da posição em que se encontra para se aproveitar da fragilidade do testador. Ainda assim, entende que nem sempre é possível descortinar qual dos lados (activo ou passivo) assume preponderância aquando da análise concreta das situações, o que o leva a afirmar que “*o regime é em si mesmo adequado quer à proibição de dispor (incapacidade para agir por testamento), quer à proibição de receber (incapacidade para adquirir por testamento)*”¹³⁸.

A última das posições doutrinárias sobre a qualificação das indisponibilidades relativas é defendida por Pires de Lima e Antunes Varela, sendo essencialmente uma posição que não se assume frontalmente contra a opção legislativa pelo termo ‘indisponibilidade’, mas que recusa a recondução destas situações a casos de incapacidade, como era tratado na legislação precedente. Concretizando, estes autores entendem que a existência de uma verdadeira incapacidade, tanto activa como passiva, “*(...) assenta necessariamente na falta de requisitos de ordem geral, inerentes à pessoa [...] enquanto os casos de indisponibilidade relativa a proibição da disposição não se funda na falta absoluta de requisitos da pessoa abrangida na sucessão, mas no vínculo especial que liga essa pessoa à outra abrangida pela sucessão (...)*”¹³⁹. Quanto à questão de a proibição afetar o lado activo ou passivo da relação, entendem estes autores que não é líquido que a questão incida em absoluto sobre a posição do testador. Atendendo ao regime específico de cada caso de indisponibilidade relativa, consideram que há situações que mais se aproximam da incapacidade de testar (arts.º 2192.º e 2193.º), pelo facto de aqui estar em causa um presuntivo defeito da vontade do testador, e aqueles casos que mais se aproximam da incapacidade de receber (arts.º 2196.º a 2198.º), porque a nulidade se baseia na falta de idoneidade legal ou moral para o chamado receber o benefício que lhe foi deixado pelo testador¹⁴⁰.

Das duas posições que se insurgem contra a opção do legislador pelo termo ‘indisponibilidade’, estamos em crer que a qualificação das situações em causa como verdadeiras ilegitimidades, parece retratar com maior fidedignidade o regime constante

¹³⁸ IDEM, p. 14.

¹³⁹ LIMA, Pires de; VARELA, João de Matos – *op.cit.*, p.313

¹⁴⁰ IDEM. p.316.

naqueles artigos. Efetivamente, como defende Jorge Duarte Pinheiro e Pamplona Corte Real, o termo indisponibilidade faz acentuar uma particular situação dos bens, como se fosse algum fator intrínseco aos mesmos que limitaria a sua disposição. Contudo, facilmente se constata que não é nenhuma razão ligada à situação dos bens, mas sim à particular situação que determinadas pessoas ocupam em relação ao testador, que origina a nulidade da disposição testamentária. Será, assim, o facto de existirem, ou terem existido, determinadas relações entre o testador e o beneficiário que vai ditar a invalidade daquela liberalidade. Ainda que sejam válidas as considerações feitas por Cunha de Sá no sentido de reconduzir este caso a situações de incapacidade, não nos parece, salvo devido respeito, que razões de ordem histórica e sistemática sejam suficientes para repriminar uma designação que foi cabalmente afastada pelo legislador. Aliás, atendendo à alteração do termo na sua fonte – ou seja, no regime propriamente dito das indisponibilidades – mais depressa seríamos levados a concluir que a manutenção do termo ‘incapacidades’ em alguns artigos do código, para se referir ao que se passou a designar como ‘indisponibilidade’, não passou de um lapso por parte do legislador.

Relativamente ao facto de se tratar de um vício sobre o lado activo ou passivo da relação, acompanhamos as considerações feitas por Pires de Lima e Antunes Varela no sentido de reconhecer que situações há que se aproximam mais de um vício que afecta o lado activo, e outras que incidem sobre o lado passivo. Como refere Carvalho Fernandes, em defesa das considerações efetuadas por aqueles autores e sufragando os seus argumentos, “*o epicentro da questão nem sempre se localiza do lado do testador*”¹⁴¹.

Independentemente do mérito da qualificação jurídica encontrada pelo legislador para enquadrar este tipo de situações, e de entendermos que teria sido preferível a adopção do termo ‘indisponibilidade’, certo é que a discussão em torno deste assunto é essencialmente de cariz dogmático. Independentemente da qualificação adotada, a verdade é que em termos práticos a opção por um ou outro termo acaba por ser inócua.

2- Regime e Efeitos Comuns

Pese embora o facto de o presente trabalho se circunscrever ao estudo das indisponibilidades constantes dos arts.º 2192.º e 2196.º, cuja análise aprofundada estará

¹⁴¹ FERNANDES, Luís Carvalho – *op.cit.*, p.473.

explanada mais à frente, e de cada um desses casos ter as suas idiossincrasias, torna-se necessário evidenciar o conjunto de aspetos comuns a todas elas.

A primeira característica comum entre todos os casos de indisponibilidades relativas diz respeito ao momento fixado pelo legislador para a concretização da situação de indisponibilidade. Assim, importa perceber se esta se afere por referência ao momento em que o testamento é elaborado, ou se, por outro lado, é no momento da abertura da sucessão que a mesma se verifica. Pela análise dos artigos que consubstanciam este regime, verificamos que a letra da lei não resolve expressamente este problema, tendo cabido à doutrina o papel de solucionar esta questão que, de forma unânime, se tem pronunciado num único sentido. Com efeito, tem-se vindo a considerar que a data a ter em conta para a fixação da indisponibilidade deverá ser a da feitura do testamento e não a da abertura da sucessão, seguindo, portanto, a mesma solução prevista para o apuramento da capacidade testamentária. Como menciona Carvalho Fernandes “*embora o caso não seja de incapacidade testamentária, procedem nele as razões que determinaram o legislador a fixar, como momento relevante para apurar a capacidade do testador, a data do testamento (art.º 2191.º)*”¹⁴². No mesmo sentido, Oliveira Ascensão e Pamplona Corte-Real entendem que, devido ao facto de estar em causa uma ilegitimidade que incide sobre o lado activo e pelo facto de ser a disposição em si mesma que é considerada nula, devemos considerar que é no momento da feitura do testamento que se deve verificar a situação geradora de indisponibilidade. Solução diferente seria se estivéssemos perante indisponibilidades passivas onde estivesse em causa a particular situação do beneficiário, como sucede com o caso das indignidades sucessórias – estas sim aferidas por referência à data da abertura da sucessão¹⁴³.

Outro aspecto que se pode entender como comum a todos os casos de indisponibilidade relativa – ainda que seja considerado como um caso de indisponibilidade em si mesmo – é o das disposições feitas por meio de interposta pessoa, previstas no art.º 2198.º. Nos termos deste artigo, quando se quer beneficiar uma das pessoas abrangidas pelas indisponibilidades dos artigos anteriores, e para isso se recorre a um terceiro para contornar essa proibição, a disposição testamentária é igualmente nula. O art.º 2198.º, através da remissão que faz para o art.º 579.º, define aquilo que se deve entender por interposta pessoa, presumindo-se assim, *iuris et de iure*, que a disposição foi feita na verdade àquele que se encontrava impossibilitado de receber nos termos dos arts.º

¹⁴² FERNANDES, Luís Carvalho – *op.cit.*, p. 473.

¹⁴³ ASCENSÃO, José de Oliveira – *op.cit.*, pp. 59-60, e CORTE-REAL, Carlos Pamplona – *op.cit.*, p.98.

2192.º a 2197.º, ainda que se tenha recorrido a uma espécie de intermediário para o efeito. Por esta razão, a sanção aplicável nestes casos (nulidade) será a mesma daquela prevista para as situações de indisponibilidade.

Por último, inclui-se também neste elenco de aspetos comuns entre os diferentes casos de indisponibilidade relativa a consequência jurídica da verificação desta invalidade. Já referimos variadíssimas vezes que a sanção prevista para estes casos é a nulidade. Isso mesmo se alcança diretamente da letra de cada um dos artigos em questão, uma vez que todos começam exatamente da mesma forma: “*É nula a disposição (...)*”. Quanto à incidência subjectiva da nulidade, já dissemos que a mesma afecta as disposições feitas, tanto directa como indirectamente, aos indivíduos que se encontrem nas situações previstas naqueles artigos. Contudo, falta, agora, tecer apenas algumas considerações sobre a forma como a nulidade se vai repercutir no próprio negócio testamentário, ou seja, se a nulidade afecta todo o testamento ou apenas a disposição em causa. Uma resposta a esta questão surge de forma imediata aquando da leitura dos artigos em questão. Como acabou de ser mencionado, todos os artigos começam dizendo que “*é nula a disposição*”, o que nos leva a concluir que será apenas esta e não todo o conteúdo do testamento que será afetado pela nulidade. Como tal, estamos perante um caso de redução legal do negócio jurídico, nos termos do art.º 292.º. Como enuncia Carvalho Fernandes, “*para além de a letra da lei apontar claramente neste sentido, não se descortina razão para se consignar aqui um caso de invalidade total. Bem pelo contrário, a natureza relativa da indisponibilidade não exige mais do que a inoperância parcial do testamento; tanto basta à ratio legis do preceito.*”¹⁴⁴.

Como se referiu anteriormente, a caracterização que acabou de se fazer incide sobre os aspetos comuns que ligam todos os casos de indisponibilidade relativa. O mesmo será dizer que cada um dos casos de indisponibilidade tem as suas especificidades, tanto nos pressupostos da sua verificação, como nos casos de exceção ao regime da nulidade, e até mesmo no que concerne à sua *ratio legis*, questões estas que se analisarão posteriormente.

¹⁴⁴ IDEM. p.474.

3- Breve Resenha Sobre a Evolução Histórica do Instituto das Indisponibilidades Relativas

Importará agora perceber de que forma o instituto das indisponibilidades relativas evoluiu no nosso ordenamento jurídico, sobretudo no que diz respeito ao elenco das situações materiais passíveis de integrar este regime. Através desta análise será possível vislumbrar se a tendência do legislador foi, por um lado, no sentido de aumentar o leque de situações passíveis de gerar casos de indisponibilidade relativa, ou, por outro lado, se se tem verificado uma tendência no sentido inverso. Poderemos ainda depararmos com uma situação em que, das sucessivas alterações legislativas nesta matéria, não será possível extrair uma tendência clara, quer num sentido quer noutra. Esta ‘neutralidade’ tanto poderá advir de uma imutabilidade substancial do regime de indisponibilidades, como através de sucessivos avanços e recuos no elenco das mesmas, o que não permitirá extrair uma conclusão definitiva quanto a este tema.

Comecemos então pela primeira consagração legal do instituto que hoje é qualificado como de indisponibilidades relativas. Apesar de a qualificação actual ser uma construção recente, podemos subsumir a origem deste instituto no ordenamento jurídico português às Ordenações Filipinas. Com a entrada em vigor da Lei de 25 de Junho de 1766, durante o reinado de D. José I e com a colaboração do seu Ministro, o Marquês de Pombal, tivemos o primeiro contacto com as bases daquilo que hoje chamamos de indisponibilidades relativas. Através desta legislação foram introduzidas algumas causas de nulidade de disposições testamentárias, em tudo semelhantes a algumas situações de indisponibilidade previstas actualmente. Com efeito, passaram a ser proibidas as disposições testamentárias feitas a favor de quem redigiu o testamento, assim como, os testamentos feitos durante doença grave do testador, a não ser que os beneficiários se incluíssem entre os parentes próximos do testador. Neste último caso, ditava assim o quinto item da lei supra mencionada: *“Para de huma vez cessarem as sobreditas maquinações frequentemente feitas aos Testadores nas suas maiores enfermidades, para sugeridos, ou enganados convirem em tudo o que se lhes propõem sem aquella meditada, e plena advertência, e deliberação, que são indispensavelmente necessarias para hum acto legislativo, e tão serio, como he o da disposição dos bens da ultima vontade [...] Mando que todos os testamentos [...] feitos depois de haverem principiado as doenças dos Testadores, ou estes se acharem em cama, ou o estejam fora della, sejam nullos(...) (sic)”*. Também com esta lei passaram a ser considerados nulas as deixas testamentárias

a favor de quem redigiu o testamento, de parente seu até ao quarto grau ou da ordem religiosa ou da corporação eclesiástica a que o mesmo pertencia¹⁴⁵. Como facilmente se depreende, estas duas proibições são muito semelhantes às dos atuais arts.º 2194.º e 2197.º do Código Civil e dos arts.º 1769.º, 1770.º e 1772.º do Código de Seabra.

Decorre do excerto da disposição acima transcrita que a intenção do legislador foi a de “*assegurar a manifestação da autentica vontade do testador, afastando possíveis maquinações ou sugestões sobre o seu ânimo*”¹⁴⁶. Aliás isso decorre do preâmbulo justificativo da lei supramencionada, dizendo claramente que a mesma se funda no “*excesso a que tem chegado, os sucessivos, e frequentes abusos de ultimas vontades [...] e dominios pelas muitas pessoas, que se arrogarão as direcções dos Testamentos, insinuando-se artificialmente no espirito dos Testadores (...) (sic)*”. Ainda que a justificação tenha sido esta, e atendendo à produção legislativa que se desenvolveu desde então, tem-se entendido que o que estava verdadeiramente em causa seria um combate à própria sucessão testamentária, cujo enfraquecimento teria como consequência o reforço da posição sucessória dos familiares¹⁴⁷.

Com a transição das Ordenações Filipinas para o Código Civil de 1867, deu-se um novo enquadramento sistemático e substancial a este regime. Para além do novo código ter assimilado as causas de indisponibilidade que constavam das Ordenações – ainda que com uma configuração e alcance um pouco diferente¹⁴⁸ – decidiu-se incorporar outras causas geradoras de indisponibilidade, o que se traduziu num aumento significativo do seu elenco. Assim, passou a considerar-se nula a deixa testamentária do menor ao seu tutor, salvo se estiver emancipado, e o tutor tiver dado conta da sua gerência (art.º 1767.º); passou a ser proibida a disposição testamentária do menor a favor dos seus mestres, ou pedagogos, ou quaisquer outras pessoas a cujo cuidado estejam entregues (art.º 1768.º); e considerava-se também nula a disposição do cônjuge adúltero a favor do seu cúmplice, se o adultério tivesse sido provado judicialmente antes da morte do testador (art.º 1771.º).

Quanto à qualificação jurídica destas situações, o Código de Seabra não tomava uma posição quanto à mesma, pelo menos de forma explícita. Contudo, era entendimento

¹⁴⁵ Pela extensão do mesmo, dispensamos de transcrever o trecho daquela lei que se refere a esta nulidade. Para leitura da redação original desta causa de nulidade testamentária, veja-se o item 1 da supramencionada lei.

¹⁴⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida – *op.cit.* p.11.

¹⁴⁷ IDEM, *Ibidem*. Quanto a este ponto ver também a página 22 e 23 do presente trabalho.

¹⁴⁸ Relativamente às diferenças entre um e outro regime, principalmente aquele que diz respeito à deixa testamentária feita durante a doença do testador, as mesmas serão dissecadas mais à frente, uma vez que se prende directamente com o objecto do presente trabalho. Ainda assim, para uma constatação mais imediata dessas alterações, veja-se o art. 1769.º e 1772.º do Código de Seabra e a redação da Lei de 15 de Junho de 1766.

generalizado da doutrina que estávamos perante casos de incapacidade, ainda que relativa. Esta posição encontrava suporte no enquadramento sistemático dado a este regime que, como já foi referido, vinha regulado no Título II, Capítulo II, Secção II sob a epígrafe “*Dos que podem testar e dos que podem receber por testamento*”, regulado a par dos casos de incapacidade absoluta.

Note-se que, em boa verdade, os casos de incapacidade relativa abrangiam mais situações do que aquelas que se acabaram de expor, encontrando-se entre o seu elenco os casos previstos nos arts.º 1764.º, ponto único, 1766.º, 1774.º e 1775.º. Foi com base nesta multiplicidade de casos de incapacidade relativa que José Tavares estabeleceu uma classificação tripartida destes casos, subdividindo-os em três grupos: as incapacidades relativas às pessoas, aos bens e às formas de testamento¹⁴⁹. Quanto à irrelevância dos casos de incapacidade supramencionados para o presente estudo, devem apontar-se apenas duas notas. A primeira, no sentido de acompanhar a crítica feita por Cunha Gonçalves relativa à subdivisão feita por José Tavares. Nas doudas palavras deste autor, cuja tentativa de parafrasear sairia necessariamente frustrada, “(...) *tôdas as incapacidades do testador são da pessoa do testador; e, além disso, as que se dizem relativas às pessoas são incapacidades destas pessoas para adquirir por testamento feito pelo testador, que se encontra, a respeito delas, em determinada situação física, jurídica ou moral (arts.º 1767.º a 1772.º); as que se dizem relativas a bens são meras indisponibilidades; e as relativas à forma de testar são incapacidades físicas do testador, como a surdez-mudez e a cegueira (sic)*”¹⁵⁰. A segunda diz respeito ao enquadramento legal que actualmente têm as situações abrangidas pelos arts.º 1764.º, ponto único, 1766.º, 1774.º e 1775.º do Código de Seabra. No que diz respeito à situação prevista no art.º 1775.º, esta foi totalmente eliminada com o Código Civil de 1966, uma vez que deixou de existir qualquer limitação ao destino da quota disponível. Por outro lado, o ponto único do art.º 1764.º e aos arts.º 1766.º e 1774.º passaram a estar enquadrados no nosso Código Civil ao abrigo de outros institutos que não o das indisponibilidades. Assim, o problema tratado no ponto único do art.º 1764.º passou a ser qualificado juridicamente como uma inabilidade para fazer testamento cerrado, regulado no capítulo relativo às formas de testamento (art.2208.º). Já as questões levantadas pelo art.º 1766.º passaram a ser questões tratadas no âmbito do regime de bens do casamento, enquanto que o art.º 1774.º

¹⁴⁹ TAVARES, José – *op.cit.*, p. 162.

¹⁵⁰ GONÇALVES, Luiz da Cunha – *Tratado de Direito Civil, em comentário ao Código Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 1934, Vol. IX. p.655.

actualmente não passa de uma emanção e uma consequência lógica daquilo que são as regras da sucessão legitimária e testamentária. Seve o exposto para dizer que, pelas razões supramencionadas, os casos que realmente importam para a análise da evolução dos casos de indisponibilidade relativa são apenas os que constam nos arts.º 1767.º a 1772.º. Estas são verdadeiramente as únicas incapacidades relativas consagradas no Código de Seabra, conclusão que se pode retirar, inclusive, das palavras de Cunha Gonçalves acima transcritas.

Com a transição para o novo Código Civil em 1966 originou-se uma profunda mudança no regime das indisponibilidades relativas, tanto pela via da alteração das causas abrangidas por este instituto, como pelo próprio enquadramento sistemático a que foi votado. Não menos importante foi a nova qualificação jurídica atribuída a estes casos. Se até então eram qualificados doutrinalmente como incapacidades relativas, com o novo Código passaram a ser denominados de indisponibilidades relativas, qualificação essa que se mantém até hoje¹⁵¹.

Relativamente ao enquadramento sistemático, por se ter entendido que não estávamos perante casos de pura incapacidade, uma vez que o vício não assentava num defeito da pessoa para dispor dos bens ou para os receber, decidiu-se proceder a uma autonomização face aos casos geradores de incapacidade testamentária. Assim, e no seguimento desta nova qualificação jurídica, capacidade e indisponibilidade estão agora devidamente delimitadas, sendo a primeira regulada no capítulo segundo, do título IV (arts.º 2188.º a 2191.º), e a segunda no capítulo III (arts.º 2192.º a 2198.º). A partir de então passou a ser possível uma clara delimitação dos casos que estão sujeitos à disciplina das indisponibilidades relativas, separando-se claramente as águas relativamente às incapacidades testamentárias. Outro dos méritos do reordenamento sistemático levado a cabo pelo Código de 1966 foi também o de afastar do regime das incapacidades/indisponibilidades questões que, efetivamente, pertenciam a outras temáticas do direito sucessório¹⁵².

Quanto ao elenco propriamente dito das situações sujeitas ao regime de indisponibilidade relativa, constatamos que mereceram novamente a tutela do direito todas as situações anteriormente identificadas como incapacidades relativas no Código

¹⁵¹ Quando à opção pelo termo indisponibilidade em detrimento de incapacidade e das respetivas diferenças entre os conceitos, *vide infra*. pp.37-39.

¹⁵² Como ficou claro na página anterior, e a título de exemplo, o caso do acesso ao testamento cerrado por parte dos que não sabem ler ou escrever passou a ser tratado no campo das formas de testamento e suas respetivas limitações (Capítulo V, Secção I), deixando de ser regulado a par das incapacidades, tanto absolutas como relativas. Foi também o caso dos arts.º 1774.º e 1775.º do Código de Seabra que nada tinham que ver com as incapacidades testamentárias, dizendo antes respeito a regras básicas daquilo que é a relação entre a sucessão legitimária e a sucessão testamentária.

de Seabra. Com isto não se quer dizer que se tenha procedido a uma transposição *ipsis verbis* dos respectivos regimes, tanto mais que os cem anos que separaram os dois diplomas exigiam, naturalmente, uma alteração dos mesmos. O que se manteve igual foi sim a *ratio legis* subjacente a cada um destes artigos, entendendo o legislador que posições tuteladas por aqueles artigos – que na sua maioria se destinam a proteger o testador, face a determinadas pessoas que, atendendo à posição que ocupam, possam exercer sobre ele algum ascendente psicológico – merecem uma protecção especial. Tome-se como exemplo o caso da disposição do menor em favor do seu tutor. Enquanto que no Código de Seabra apenas se proibia a disposição testamentária do menor em benefício do seu tutor, com o Código Civil de 1966 passou-se a englobar nessa proibição outros sujeitos, tanto do lado activo como passivo. Assim, do lado activo passaram a figurar, a par do menor, também o interdito e o inabilitado. Quanto ao lado passivo, passaram necessariamente a figurar o curador, o administrador legal de bens e o protutor. Apesar de se ter procedido a um aumento dos sujeitos abrangidos por esta proibição, o principio subjacente a este artigo manteve-se o mesmo, ou seja, a protecção de determinados sujeitos que, em função da sua incapacidade, são suscetíveis de captação por parte dos seus representantes. O que o legislador fez foi precisamente tratar de forma igual situações que são materialmente idênticas.

Por fim, a última alteração substancial feita ao livro das sucessões, e em particular ao regime das indisponibilidades relativas, teve lugar com a reforma de 1977, pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro. Relativamente a este diploma, podemos destacar dois pontos sobre os quais incidiram essas alterações. O primeiro deles diz respeito ao elenco geral das causas geradoras de indisponibilidade que acabou por sofrer uma contração. O art.º 2193.º, que declarava nula a disposição feita pelo menor a qualquer pessoa a cuja guarda estivesse entregue – que sucedeu de certa maneira ao art.º 1768.º do Código de Seabra – acabou por ser revogado, reduzindo-se assim o número de situações geradoras de indisponibilidade. Na base desta revogação esteve a alteração que se operou na idade limite para a maioridade e a conseqüente alteração às causas de incapacidade testamentária activa. Como a partir de então só os menores emancipados poderiam testar, deixou de se verificar a hipótese de um menor à guarda de outra pessoa poder fazer testamento válido, o que levou, logicamente, à revogação desta norma¹⁵³. O segundo ponto a destacar nas alterações introduzidas pela reforma de 1977 diz respeito à alteração

¹⁵³ BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues – *Direito das Sucessões: segundo o Código Civil de 1966*. Vol. II, 1982., p.146.

efetuada no art.º 2196.º, que dispõe sobre as deixas testamentárias a favor da pessoa com quem o testador casado tenha cometido adultério. Apesar de não ter sido a única causa de indisponibilidade na qual se procedeu a uma alteração da sua redação – note-se que os arts.º 2192.º e 2195.º também sofreram alterações, embora estas tenham sido apenas repercussões da consagração da menoridade como causa de incapacidade absoluta de testar – esta foi verdadeiramente aquela que teve maior repercussão a nível substancial. Aqui, o legislador introduziu duas novas situações que excecionam a nulidade da disposição testamentária a favor do cúmplice do adultério, para além daquela que já estava prevista na primitiva redação do artigo. Passaram assim a estar isentas de nulidade as disposições que se limitem a assegurar alimentos ao beneficiário (n.º2, al.b)), assim como, aquelas em que à data da abertura da sucessão, os cônjuges já estejam separados de facto há mais de seis anos (n.º2, al. a) segunda parte). Como se vê, apesar de a causa geradora de nulidade do art.º 2196.º não se ter alterado, a sua aplicabilidade prática sofreu uma significativa contração, fruto do aumento das exceções à regra geral preceituada pelo n.º1 deste artigo.

Posto isto, e após o percurso histórico sobre a evolução das causas geradoras de indisponibilidade relativa no ordenamento jurídico português, podemos concluir que o regime sofreu significativas alterações com o passar dos anos. Neste percurso, que começou com a da lei pombalina de 25 de Junho de 1766 e terminou com a reforma do Código Civil em 1977, verificamos que, tanto o elenco das indisponibilidades, como o regime específico de cada uma das causas de indisponibilidade não se mantiveram estanques. Impõe-se assim indagar se a partir da análise da evolução legislativa deste instituto, será possível evidenciar alguma tendência clara do legislador no sentido do reforço, ou da limitação, das causas geradoras de indisponibilidade e do consequente aumento do respeito pela vontade do autor da sucessão que daí advém. Ora, salvo melhor entendimento, a resposta a esta questão não pode deixar de ir no sentido de que, actualmente, partilhamos de um regime de indisponibilidades cuja tendência parece ir no sentido de atenuar as restrições à liberdade de testar. Mas estamos perante uma tendência que ainda assim é bastante ténue, cujo único suporte assenta na última reforma efetuada ao livro das sucessões. Isto porque, se compararmos unicamente o primitivo regime de indisponibilidades da Lei de 25 de Junho de 1766, com aquilo que é o regime actual, não podemos deixar de concluir que houve um agravamento das causas de indisponibilidade, tanto é que, em termos quantitativos, passamos de duas causas de indisponibilidade para as atuais quatro. Contudo, é precisamente o sinal de recuo dado pela reforma de 1977,

após um crescendo consistente das causas de indisponibilidade – recorde-se que iniciamos o percurso com duas causas de indisponibilidade, passando em seguida para cinco com o Código de Seabra e o Código de 1966 – que nos permite afirmar a existência de uma tendência no sentido de atenuar as restrições à liberdade de testar. Esta nossa conclusão ganha ainda mais força se, para além da diminuição quantitativa das causas de indisponibilidade e a tendencial inaplicabilidade a que foi votado o art.º 2196.º, tivermos em conta que a própria eliminação deste artigo chegou a estar em cima da mesa aquando do processo de revisão do Código Civil. Foi esta precisamente a posição manifestada por Vaz Serra, em que propôs que este preceito fosse completamente eliminado, entendendo que, em certas circunstâncias, a situação de adultério não deveria gerar a nulidade da disposição testamentária¹⁵⁴.

De ressaltar que estamos perante tendências e não propriamente de manifestações inequívocas e ideologicamente orientadas do legislador nesse sentido. Talvez numa próxima alteração legislativa – tão aguardada no campo sucessório – possamos extrair uma intenção mais evidente e expressiva, que nos permita afirmar uma vontade clara em restringir os casos de indisponibilidades ao mínimo necessário, o que implicará necessariamente um reforço da autonomia da vontade do autor da sucessão.

4- As Indisponibilidades Relativas dos Artigos 2194º e 2196º - Regime e Evolução Normativa

4.1 – Artigo 2194º - A Indisponibilidade Relativa Quanto a Médicos, Enfermeiros e Sacerdotes

A primeira das causas de indisponibilidade relativa que nos propomos analisar diz respeito às disposições feitas a favor de médicos, enfermeiros e sacerdotes. Relativamente a esta categoria de pessoas, dispõe assim o art.º 2194.º: “*É nula a disposição a favor do médico ou enfermeiro que tratar do testador, ou do sacerdote que lhe prestar assistência espiritual, se o testamento for feito durante a doença e o seu autor vier a falecer dela*”. Já adiantámos anteriormente que a *ratio legis* das causas de indisponibilidade assenta na protecção da liberdade de testar do autor da sucessão¹⁵⁵, garantindo que este, no momento

¹⁵⁴ IDEM, p.152

¹⁵⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte, *op.cit.*, p. 123.

em que se prepara para dispor dos seus bens por via testamentária, se encontra liberto de qualquer pressão exterior que o condicione na manifestação da sua última vontade. Para além de se manifestarem como um elemento garante da liberdade de testar, estas proibições “*visam também objectivos sociais e deontológicos, impedindo que certos cargos, funções ou posições propiciem a obtenção de benefícios testamentários inaceitáveis moral e juridicamente*”¹⁵⁶. No caso do art.º 2194.º, é a própria natureza destes cargos ou funções que origina um possível ascendente psicológico destas pessoas face ao testador que, encontrando-se numa situação de doença – cuja fragilidade é inerente a este estado –, pode ver o seu discernimento comprometido. E dizemos ‘pode’ precisamente pelo facto de a lei se bastar com a mera probabilidade da sua ocorrência, não exigindo sequer a verificação de factos concretos dos quais se possa concluir pela concretização desse ascendente psicológico. O facto determinante será sim a relação estabelecida entre os sujeitos titulares daqueles cargos e o testador, é a relação *per si* que despoleta esta presunção inilidível de domínio de uma das partes face à outra. Como refere Carvalho Fernandes, “*não está, pois, em causa, sequer a falta efectiva de esclarecimento ou da liberdade de testar, mas o risco de tal se verificar. Em suma, procura-se prevenir o risco.*”¹⁵⁷. Ora, a situação vulnerável em que se encontra uma pessoa doente, sobretudo no que toca a doenças das quais poderá resultar a morte, é brilhantemente retratada por Cunha Gonçalves no seu comentário ao art.º 1769.º do Código de Seabra. Esclarece assim este autor que “*o enfermo, que se encontra in articulo mortis ou prostrado com doença mortal, tendo o corpo e o espírito deprimidos, desapegado dos bens terrenos e aterrado com a perspectiva da vida futura, fàcilmente pode ser vítima da captação da sua herança, quer pelo facultativo que promete salvá-lo, a-pesar-de de sabê-lo incurável, quer pelo confessor, que lhe promete a absolvição dos seus pecados e lhe garante a entrada no céu. É como precaução contra estas captações que o art. 1769.º foi consignado neste Código (sic)*”¹⁵⁸. Ainda que estas palavras tenham sido escritas à luz do regime estabelecido pelo Código de 1867, no qual não se incluía a proibição a favor dos enfermeiros, o estado físico-psíquico que assola o enfermo aquando de uma doença potencialmente mortal é dotado de transversalidade espaço-temporal, o que permite a recondução daquele raciocínio diretamente para regime actual, independentemente do elenco daqueles cargos ou funções ser mais ou menos exaustivo.

¹⁵⁶ SOUSA, Rabindranath Capelo de, *op.cit.*, p.175.

¹⁵⁷ FERNANDES, Luís Carvalho, *op.cit.*, p.472

¹⁵⁸ GONÇALVES, Luiz da Cunha, *op.cit.*, pp.668-669.

Analisada que está a natureza desta proibição, importa agora delimitar o seu raio de acção e perceber quais são os requisitos essenciais para que se verifique uma situação de indisponibilidade a favor de médicos, enfermeiros e sacerdotes. Das normas legais que regem estes casos de indisponibilidade podemos dividi-las entre o seu regime nuclear, condensado no já transcrito art.º 2194.º e que dita os pressupostos gerais para a concretização desta indisponibilidade, e os casos em que se excepcionam de nulidade as disposições a favor de médicos, enfermeiros e sacerdotes, no caso de se verificar alguma das situações previstas no art.º 2195.º.

Assim, e remetendo para o art.º 2194.º, verificamos que são três os elementos essenciais para a concretização desta indisponibilidade, a saber: a disposição testamentária terá que ter como destinatário uma pessoa que exerça um dos cargos/funções aí descritas – médico, enfermeiro ou sacerdote; o testamento terá de ser feito durante a doença do seu autor; e por fim, o testador terá de falecer em virtude dessa mesma doença. Em relação ao que se encontrava estatuído no Código de Seabra relativamente a esta matéria, a principal alteração introduzida pelo Código de 1966 incidiu sobre os cargos/funções abrangidos pela presente proibição. O art.º 1769.º do Código de 1867 dispunha que “*não produzirão efeito as disposições do enfêrmo em favor dos facultativos [...] ou dos confessores (sic)(...)*”. Quanto à palavra ‘*facultativos*’, referindo-se esta às pessoas que exercem medicina, ou seja, aos médicos, alguns autores entendiam que daí não era possível alargar a proibição a outras funções/cargos, como fossem os enfermeiros ou os farmacêuticos. Autores como José Tavares e Dias Ferreira entendiam que esta proibição não compreendia a profissão de farmacêuticos ou enfermeiros, sustentando a sua argumentação, por um lado, no princípio de que as disposições que restringem direitos devem ser interpretadas de forma restrita, e, por outro, no facto de o art.º 909.º do Código Civil Francês, que serviu de fonte ao art.º 1769.º, mencionar especificamente os farmacêuticos e os enfermeiros¹⁵⁹. Deste modo, a contraposição entre as duas redações leva-os a concluir que se o legislador português quisesse englobar estes casos na proibição legal, teria adoptado, *ipsis verbis*, a redação que lhe serviu de inspiração¹⁶⁰. Já em sentido contrário, Cunha Gonçalves entendia que esta proibição seria de alargar a várias outras funções/cargos, entre as quais estavam, por exemplo, os enfermeiros, os farmacêuticos e as parteiras. Para este autor, o que relevava

¹⁵⁹ A redação do art.º 909.º do Código Civil Francês dispunha o seguinte: “*Les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens qui auront traité une personne pendant la maladie dont elle meurt, ne pourront profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu’elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de cette maladie.*”.

¹⁶⁰ TAVARES, José, *op.cit.*, p.192.

era a prestação efectiva de cuidados médicos ao testador que se encontrava enfermo, independentemente de esse ‘cuidador’ ser ou não um médico diplomado. Em comentário ao art.º 1769.º do Código de Seabra, entendia este autor que *“a palavra ‘facultativos’ refere-se, de-certo, a médicos diplomados; mas, em muitos lugares, não existem médicos, e os tratamentos são feitos por farmacêuticos, enfermeiros, parteiras, curandeiros, charlatães, magnetizadores. Tódos êstes indivíduos devem ser incluídos no termo ‘facultativos’, pois a captação é muito mais de recear da parte destes médicos de contrabando, já porque não oferecem garantias de probidade, já porque a sua clientela é, quási sempre, composta de pessoas incultas e fácilmente sugestionáveis, como os numerosos tólos, que se deixam ludibriar com o estafado ‘conto do vigário’ (sic)”*¹⁶¹. Não deixa de ser digno de registo o facto de a posição deste autor ser suportada com recurso a um argumento muito semelhante ao utilizado pelos defensores da posição contrária, nomeadamente com recurso às posições que vinham a ser seguidas pela doutrina e a jurisprudência francesas. Já no que refere aos sacerdotes, a redação actual também procedeu a uma clarificação face à legislação anterior, que utilizava o termo *“confessores”*. Era inegável, e continua a ser, que ao referir-se aos confessores a lei estaria certamente a referir-se aos sacerdotes da igreja católica, uma vez que são estes que professam a confissão como um dos seus sacramentos. A dúvida que se colocava era se esta proibição se estendia aos demais cultos nos quais não existe confissão, como sejam os protestantes, muçulmanos, hindus, etc. Ora, o entendimento da nossa doutrina ia efectivamente no sentido de alargar esta proibição a todos os sacerdotes, quer fossem católicos ou não, suportando-se mais uma vez no entendimento seguido pela jurisprudência e doutrina francesas. Como doutamente referiu Cunha Gonçalves *“o legislador não se referiu aos confessores por causa do sacramento da confissão, mas sim porque esta, sendo uma conversão secreta, em circunstâncias especiais, facilita a captação. Ora, os sacerdotes das outras religiões podem exercer idêntica sugestão, em conversões íntimas e frequentes, com promessas de preces para a salvação eterna do testador”*¹⁶².

Já relativamente aos restantes requisitos objectivos desta indisponibilidade – o facto de o testamento ter de ser feito durante a doença do testador e este ter de falecer dela – constatamos que o Código de 1966 não trouxe alterações significativas em relação à legislação anterior. Deste modo, o Código de Seabra dispunha que *“não produzirão*

¹⁶¹ GONÇALVES, Luiz da Cunha, *op.cit.*, p.669.

¹⁶² IDEM, p. 670.

efeito as disposições do enfermo em favor dos facultativos, que lhe assistirem na sua moléstia, ou dos confessores que, durante ela, o confessarem, se morrer dessa moléstia". Numa comparação superficial com o actual regime, a alteração mais imediata prende-se apenas com a substituição do termo "moléstia" pelo de "doença", que em termos práticos retratam a mesma realidade – sendo mais uma adequação da linguagem mais consentânea com os tempos modernos. Ainda assim, será pertinente deixar duas notas relativamente a estes dois requisitos.

Em primeiro lugar, a nova redação do Código explicitou algo que não se encontrava literalmente mencionado no regime anterior, questão que tem que ver com a necessidade de o testamento ser realizado durante a doença do testador. Com efeito, o Código de Seabra não fazia qualquer referência a esta necessidade, embora fosse entendimento unânime que o testamento teria que ser feito durante aquela doença, não relevando, portanto, o testamento anterior¹⁶³. Ainda assim, para que não se levantassem dúvidas quanto à interpretação da norma, a nova redação desta indisponibilidade passou a mencionar expressamente este requisito. Esta questão foi precisamente levantada no seio da Comissão Revisora do Código Civil pelo professor Gomes da Silva, tendo alertado para a "*necessidade de ficar bem explícito que a proibição deste artigo só se refere ao testamento feito durante a doença do testador e não a qualquer outro anterior*"¹⁶⁴.

A segunda nota que se pretende deixar diz respeito à necessidade de o testador falecer da doença para a qual vinha a ser tratado. Esta solução, que é comum ao regime actual e ao regime anterior, pode levantar algumas dúvidas na sua aplicação, colocando-se muitas vezes a seguinte questão: "*É indispensável que o doente morra daquela doença, que exigiu a assistência contínua do médico?*"¹⁶⁵. Imaginemos a situação de um doente estar a ser tratado por um médico para um cancro e à saída do hospital, após um dos muitos tratamentos realizados, for atropelado e morrer de imediato. Se atentarmos exclusivamente à letra da lei diremos que a aplicação do art.º 2194.º a esta situação está excluída, uma vez que o doente não morreu da doença para a qual vinha a ser tratado. Contudo, a doutrina vai no sentido de considerar que uma interpretação da lei nestes termos iria contra aquilo que é o espírito da norma. Com efeito, tende a doutrina a concordar que uma disposição deste género seria sempre nula, uma vez que nestas situações o doente, apesar de ter morrido por outra causa que não aquela para a qual estava

¹⁶³ IDEM, *Ibidem*.

¹⁶⁴ UNIVERSIDADE DE LISBOA, Centro de Estudos de Direito Civil da Faculdade de Direito – *Direito das Sucessões: Trabalhos Preparatórios do Código Civil*. Lisboa: Centro de Estudos de Direito Civil, 1972, p. 299.

¹⁶⁵ GONÇALVES, Luiz da Cunha, *op.cit.*, p.671.

a ser tratado, não deixou de estar sob o ascendente psicológico por parte do profissional que o tratou. Neste sentido, e já à luz do Código de Seabra, Cunha Gonçalves defendia, em resposta a uma questão idêntica à aqui levantada, que “*o legislador com essa frase “se morrer dessa moléstia”, quer significar que, entre o início dos cuidados clínicos, anteriores ao testamento, e a morte do testador, não devem ter cessado, nem a assistência clínica, nem aquela doença: de sorte que o enfermo não chegara a estar liberto da incessante acção captatória do médico*”¹⁶⁶. Também na vigência do actual art.º 2194.º, Pires de Lima e Antunes Varela têm uma posição idêntica ao autor anterior, afirmando que “*se o testador sofreu de qualquer doença anterior (e da qual posteriormente se restabeleceu) – e foi no decurso dela que a disposição testamentária nasceu –, a lei parte da ideia de que o testador teve, entretanto, a liberdade de acção necessária para, querendo, revogar a disposição*”¹⁶⁷. Concluindo, a ideia por detrás desta indisponibilidade prende-se sempre com o estado permanente de influência psicológica a que o doente está votado. Enquanto não cessar esse estado, ou por recuperação do doente, ou por deixar de ser tratado pelo profissional em causa, a situação de indisponibilidade mantém-se.

Ainda que a lei considere nula a disposição testamentária realizada nas condições do art.º 2194.º, o legislador consagrou um regime de exceção no art.º 2195.º, no qual estabelece dois limites à declaração de nulidade nos termos do artigo anterior. Assim, entendeu-se por bem afastar a nulidade da disposição feita nos termos do artigo anterior quando a mesma diga respeito a legados remuneratórios de serviços recebidos pelo doente (al. a), art.º 2195.º), ou quando seja feita a favor das pessoas designadas no n.º 3 do art.º 2192.º, (al.b) art.º 2195º)¹⁶⁸. Quanto à alínea a), seria claramente excessivo que a pessoa que presta assistência ao testador, no decorrer de uma doença, não pudesse beneficiar de uma disposição testamentária cujo propósito seria remunerá-lo pelos serviços prestados. Caso contrário, estaríamos a pedir que os serviços prestados no exercício daquelas funções fossem *pro bono*, ou mesmo a limitar injustificadamente os meios pelos quais qualquer cidadão pode efetuar o pagamento de um serviço médico. Por sua vez, a al. b) remete para o n.º 3 do art.º 2192.º, que dispõe o seguinte: “*É porém válida a disposição a favor das mesmas pessoas, quando se trate de descendentes, ascendentes, colaterais até ao terceiro grau ou cônjuge do testador*”. Por outras palavras, pode o testador dispor

¹⁶⁶ IDEM, *Ibidem*.

¹⁶⁷ LIMA, Pires de; VARELA, João de Matos – *op.cit.*, p.316.

¹⁶⁸ Relativamente às exceções consagradas no art. 2195º, as mesmas já tinham consagração no Código Seabra, através do art. 1770.º, ainda que com algumas nuances quanto à sua abrangência.

por testamento a favor do médico, enfermeiro ou sacerdote que o tratou, desde que essas pessoas pertençam à sua família, quer sejam ascendentes, descendentes, colaterais até ao terceiro grau ou o seu próprio cônjuge. Salvo devido respeito, não parece que o legislador tenha adotado a melhor solução quanto a esta matéria. O que parece estar por detrás desta exceção é uma clara manifestação de preferência na sucessão familiar – o que desde logo é transversal a todo o sistema sucessório português – e ainda que se concorde com algumas manifestações desse princípio, parece que o legislador se excedeu nesta matéria. Com efeito, se a *ratio legis* deste preceito se prende com o possível ascendente psicológico que a pessoa que ocupa essas funções/cargos possa exercer face ao testador debilitado – com consequências diretas no exercício livre da sua vontade – evitando assim a captação do seu património, não parece legítimo presumir que esse mesmo ascendente deixa de existir só porque está em causa uma relação de consanguinidade. E falamos em consanguinidade pelo simples facto de, ao se afastar a nulidade em relação a ascendentes e descendentes sem limitação de grau, mas, mais grave ainda, até aos colaterais de terceiro grau, as relações intersubjetivas que tipicamente caracterizam as relações familiares terão uma forte probabilidade de existir com menor intensidade. Podemos igualmente admitir a hipótese de o legislador ter aceitado perfeitamente a possibilidade da existência de um ascendente psicológico entre membros da mesma família, mas, ainda assim, entendeu que seria de afastar a nulidade, dando-se cumprimento ao princípio da manutenção do património no seio familiar. Acontece que quer num caso quer noutra, a solução adoptada pelo legislador não foi a melhor por duas razões. Em primeiro lugar, se queria privilegiar a manutenção do património no seio familiar, deveria ter estabelecido como limite para a exceção da nulidade o elenco dos herdeiros legitimários, ou seja, ascendentes, descendentes ou cônjuge¹⁶⁹, excluindo assim os colaterais. Em segundo lugar, nada leva a crer que o ascendente psicológico não se possa verificar quando estão em causa elementos da mesma família, ainda mais quando estão em causa colaterais de terceiro grau¹⁷⁰. A pressão ou sugestão de que o testador pode ser alvo, poderá muito bem ser exercida por estes elementos familiares que, com o intuito de aumentarem o seu património, podem manipular a vontade daquele. Não é por acaso que os tribunais, e agora os cartórios notariais, são ‘bombardeados’ com processos de inventário. É da experiência comum que, quando as pessoas são chamadas a herdar um património,

¹⁶⁹ Bem sabemos que o cônjuge só passou a ser considerado herdeiro legitimário com a reforma do Código Civil de 1977.

¹⁷⁰ Em sentido contrário a esta ideia *vide* SÁ, Cunha de, *op.cit.*, p.3. Para este autor, o testador que beneficie uma destas pessoas fê-lo por “amor familiar e não por qualquer processo invio de formação da sua vontade”.

existam divergências entre os herdeiros relativamente ao que cada um recebeu ou deixou de receber em relação aos restantes. É precisamente quando se discute dinheiro – ou o património em geral – que as famílias mais unidas quebram as relações entre si. Quando se discute património devemos ser parcimoniosos, encarando com relatividade o ‘amor’ ou os laços partilhados entre os elementos familiares. Atente-se que, ainda que estejamos no campo da quota disponível, poderão existir situações em que um herdeiro legitimário venha a receber mais do que outro fruto desta possível maquinação da vontade do testador. Tudo dependerá do quão ardiloso um destes herdeiros possa ser, aproveitando-se da posição que ocupa para sair beneficiado em relação aos restantes. Em boa verdade, parece-nos que a opção do legislador foi apenas uma má opção, ainda que legítima, e com a qual teremos de lidar, não advindo nenhuma consequência à luz do direito constituído. Já *de jure constituendo* ficam pelo menos lançados alguns pontos de reflexão que, no nosso entender, deverão ditar uma alteração do ponto em questão.

4.2 – Artigo 2196º - A Indisponibilidade Relativa Quanto ao Cúmplice do Testador Adúltero

Diferentemente da anterior, a indisponibilidade relativa do art.º 2196.º, cujo regime se encontra condensado neste único artigo, assenta em pressupostos e natureza bastante diferentes. Sob a epígrafe “*cúmplice do testador adúltero*”, dita assim o n.º 1 deste artigo: “*É nula a disposição a favor da pessoa com que o testador casado cometeu adultério*”. Tem sido entendimento unânime na doutrina que esta causa de indisponibilidade, ao contrário das restantes, não assenta numa protecção da liberdade de testar fruto de o testador se encontrar numa posição de inferioridade face ao beneficiário da deixa testamentária. Aqui, o que parece estar em causa é uma protecção da ordem matrimonial, onde se visa assegurar a estabilidade do casamento através da prescrição de uma sanção por violação de um dos deveres a que os cônjuges estão vinculados – o dever de fidelidade. Neste sentido, Jorge Duarte Pinheiro afirma que é por estarmos perante “*a violação de um dever – justamente, o dever conjugal de não ter relações com terceiro*”, que o cônjuge adúltero não poderá beneficiar o seu cúmplice, e este, por sua vez, não poderá adquirir os bens que lhe forem deixados pelo testador¹⁷¹. Complementa este autor

¹⁷¹ PINHEIRO, Jorge Duarte, *op.cit.*, p.93.

dizendo que “*esta indisponibilidade constitui uma manifestação da oponibilidade erga omnes dos deveres conjugais (mais precisamente do de fidelidade), de que os terceiros são obrigados a não contribuírem para o incumprimento nem para a impossibilidade de cumprimento dos deveres a que os cônjuges estão reciprocamente vinculados*”¹⁷². Não se pode deixar de notar neste caso de indisponibilidade, assim como, da própria natureza em que ela assenta, uma espécie de juízo moral face a este tipo de situações. Aliás, é precisamente com recurso ao argumento da falta de idoneidade moral do cúmplice do cônjuge adúltero que Pires de Lima e Antunes Varela consideram que esta indisponibilidade é daquelas que até se aproxima mais de uma causa de incapacidade de receber por testamento¹⁷³. Contudo, não deixa de ser pertinente a observação feita por Cunha de Sá relativamente à natureza moral deste preceito. Segundo este autor, o juízo moral que incide sobre esta proibição não é de subsumir directamente à questão da imoralidade do adultério, comportamento esse que supostamente quererá a lei sancionar. Se fosse esse realmente o principal objectivo do legislador, a disposição sempre seria nula independentemente de o casamento estar ou não dissolvido à data da abertura da sucessão¹⁷⁴. Como ressaltou Galvão Telles, autor do anteprojeto do Código, no decurso da sua comissão revisora, mais do que sancionar o comportamento em si, o que a lei pretendeu foi “*evitar a imoralidade de à mesma herança concorrerem a viúva do testador e a concubina*”¹⁷⁵.

Relativamente ao seu regime específico, e também contrariamente à indisponibilidade anteriormente analisada, este encontra-se condensado unicamente no art.º 2196.º, tanto no que diz respeito à causa de indisponibilidade em si mesma, como as respetivas exceções. No n.º 1 do presente artigo constatamos que a causa geradora de nulidade é bastante mais simplista e directa do que aquela prevista no art.º 2194.º. Na verdade, a verificação da indisponibilidade – em abstrato claro está – é de fácil verificação, bastando que o testador, casado, beneficie pela via testamentária aquela pessoa com quem cometeu adultério. Note-se que, contrariamente às restantes causas de indisponibilidade, o legislador não prescreveu a nulidade da disposição por referência ao momento em que a mesma foi realizada. Para seguir o exemplo das restantes

¹⁷² IDEM, *Ibidem*.

¹⁷³ LIMA, Pires de; VARELA, João de Matos – *op.cit.*, p.316. Recordemo-nos que quando analisamos a qualificação jurídica das indisponibilidades, clarificamos que o entendimento maioritário da doutrina vai no sentido de as mesmas se manifestarem do lado ativo do negócio testamentário e não do lado passivo. O que Pires de Lima e Antunes Varela alegam é que, efectivamente, pelo facto de neste caso em particular a nulidade se fundar numa qualidade concreta do beneficiário, esta indisponibilidade até se aproxima mais de uma incapacidade de receber e não do testador em dispor.

¹⁷⁴ SÁ, F.A. Cunha de – *op.cit.*, p.6.

¹⁷⁵ UNIVERSIDADE DE LISBOA, Centro de Estudos de Direito Civil da Faculdade de Direito – *op.cit.*, p. 302.

indisponibilidades, o legislador teria que ter tipificado a norma mais ou menos da seguinte forma: “É nula a disposição realizada durante a pendência da relação adúltera, a favor da pessoa com quem o testador casado cometeu adultério”. Isto significa que a situação material que dita a nulidade da disposição testamentária não precisa de ocorrer no exato momento da sua realização, podendo ser anterior ou posterior à mesma. Neste sentido, terá de se concluir que nem sempre a relação adúltera entre o testador e o seu beneficiário figura como motivo da existência da deixa testamentária. Como ainda há pouco referimos, foi precisamente por estas razões que vários autores, nomeadamente Galvão Telles a quem se deve a autoria do anteprojeto, afirmam que o que se pretendeu evitar em primeiro lugar foi que a viúva e a concubina concorressem à mesma herança.

Como já referimos anteriormente, a indisponibilidade de testar a favor da pessoa com quem se cometeu adultério transitou do Código Civil de 1867 para o Código actual. Contudo, apesar de o objecto da proibição continuar idêntico, tanto a redação como o campo de aplicação da norma sofreram importantes alterações. À luz da codificação anterior, dispunha o art.º 1771.º que “*o cônjuge adúltero não pode dispor a favor do seu cúmplice, se o adultério tiver sido provado judicialmente antes da morte do testador*”. Em primeiro lugar, verifica-se que o legislador optou por retirar do corpo da norma a expressão “*cúmplice*”, tendo sido substituída por “*pessoa com quem o testador cometeu adultério*”. Ora, a utilização da palavra ‘cúmplice’ para qualificar um dos sujeitos da relação adúltera foi bastante criticada por Cunha Gonçalves, e a nosso ver com toda a pertinência. Alegava este autor que aquela expressão era manifestamente imprópria, pois o que se estava realmente a falar era do/da amante do testador ou testadora. Este sujeito seria antes o coautor do adultério, e não um mero sujeito que instigou, favoreceu ou facilitou a sua consumação, ao contrário do que a palavra ‘cúmplice’ faz transparecer. Esta questão tornava-se particularmente relevante na medida em que, à data, o adultério ainda era tipificado como um crime, onde a cumplicidade na sua prática poderia ter consequências jurídico-penais¹⁷⁶. Ainda assim, a expressão não foi totalmente eliminada com o novo Código, figurando ainda na epígrafe do artigo, embora o legislador tenha clarificado no seu corpo o sujeito a quem se refere. Outra das questões que foi alvo de alteração por parte do legislador de 1966 prende-se com a necessidade da prova judicial do adultério antes da morte do testador. Entendeu o nosso legislador eliminar esta exigência na transição para o novo Código Civil, decisão que teve como base argumentos

¹⁷⁶ GONÇALVES, Luiz da Cunha – *op.cit.*, pp.674-675.

essencialmente de ordem prática e de eficácia normativa. Como refere Pires de Lima e Antunes Varela, “a omissão da exigência de que houvesse prova do adultério antes da morte do testador era intencional. Sabendo-se que raras vezes se fazia prova do adultério em vida do testador, a manutenção do requisito significaria que o artigo ficava praticamente sem aplicação”¹⁷⁷

No que toca às exceções, que se encontram consagradas no n.º 2, verificamos que a nulidade não se aplica caso o casamento já estivesse dissolvido, ou os cônjuges estivessem separados judicialmente de pessoas e bens ou separados de facto há mais de seis anos, à data da abertura da sucessão (al.a)); ou no caso da disposição se limitar a assegurar alimentos ao seu beneficiário (al.b)). Quanto à primeira exceção, a sua redação deu-se no seguimento de alterações introduzidas pela reforma de 1977, que acabou por alargar o seu campo de acção. Na redação original do Código apenas se previa como exceção o casamento já dissolvido, ou a situação de os cônjuges já estarem separados judicialmente de pessoas e bens. Quanto à separação de facto há mais de seis anos, esta só foi introduzida pela reforma de 1977 na sequência das alterações efetuadas no elenco dos fundamentos pelos quais se podia pedir o divórcio. Com a alteração ao art.º 1781.º, al.a), passou então a ser permitido pedir o divórcio com fundamento na separação de facto há mais de seis anos, solução que o legislador entendeu também adotar no âmbito das exceções do art.º 2196.º, n.º2. Já no que diz respeito à alínea b), a mesma foi bastante criticada por atentar contra a índole marcadamente ética e moral da norma em questão. Efetivamente, se atendermos à intenção inicial do legislador em evitar o concurso à herança da viúva e da concubina, verificamos que com a introdução da alínea b) passou-se por cima da razão pela qual esta norma tinha a sua razão de ser. Como voz crítica desta solução, Pires de Lima e Antunes Varela afirmam, contundentemente, que esta exceção é “*fruto (maduro) da degradação moral da nova época [...] desvirtuando por completo o alcance ético-jurídico da norma*”, afirmando mesmo que foi com uma “*insensibilidade arrepiante*” que a Comissão da Reforma de 1977 saltou por cima da imoralidade cuja norma original pretendia evitar¹⁷⁸.

Estamos em crer que esta norma, possui efetivamente um pendor exclusivamente ético e moral, no qual se reprova juridicamente um comportamento que aos olhos da sociedade, em geral, vai contra os princípios tendencialmente por ela partilhados. Contudo, ainda que seja o adultério condição *sine quo non* para que esta indisponibilidade

¹⁷⁷ LIMA, Pires de; VARELA, João de Matos – *op.cit.*, p.319

¹⁷⁸ IDEM, *Ibidem*.

opere, não é propriamente este o alvo que se pretende atingir, ou pelo menos de forma exclusiva. Neste sentido, estamos de acordo com a grande parte da doutrina que defende que a intenção da lei não é só punir o adultério, mas também evitar que a viúva e a amante do testador concorram à mesma herança. Penso que não se pode chegar a outra conclusão atendendo ao facto de a lei excepcionar de nulidade estas disposições quando o casamento já se encontra dissolvido à data da abertura da sucessão. Mais, se o fim da norma tivesse por base um juízo exclusivamente moral face ao adultério, a disposição teria de ser sempre nula independentemente de o casamento estar ou não dissolvido. Ainda assim, não se pode afirmar perentoriamente que o legislador não estava imbuído de um juízo ‘recriminador’ deste comportamento, pois a condição necessária para a própria efectivação da indisponibilidade a prática do adultério. Aliás, a própria adjetivação utilizada por vários autores em algumas das citações transcritas é uma manifestação desse mesmo juízo moral sobre a prática em si considerada. Expressões como “*fruto da degradação moral da época*”, utilizada por Pires de Lima e Antunes Varela, ou mesmo o Professor Gomes da Silva que, em crítica à posição assumida por Vaz Serra relativamente a este preceito, “*entende que este preceito é indispensável*” e se algum país estrangeiro não contempla no seu ordenamento disposições semelhantes, “*isso só desabona a situação moral dos respectivos países*”¹⁷⁹, são prova disso mesmo. Independentemente do juízo ético-moral que se faça do comportamento isoladamente considerado, parece-nos inadequado que a legislação actual mantenha um preceito desta natureza, considerando-o completamente anacrónico face ao estágio em que se encontra actualmente o nosso sistema jurídico/democrático. Atente-se que é com base num juízo exclusivamente moral que se está a limitar a liberdade individual dos indivíduos disporem dos seus bens de acordo com a sua vontade. No nosso entender, salvo devido respeito, juízos de ordem moral, cujos comportamentos considerados imorais não afetam mais do que a esfera individual dos cidadãos, devem merecer alguma parcimónia por parte do legislador, senão mesmo uma irradicação total. Este caminho já começou a ser traçado em outros ramos do direito, nomeadamente no direito da família, mas estas reminiscências de uma moral judaico-cristã ainda estão muito presentes no âmbito do direito sucessório português, ainda que, esperemos, por pouco tempo.

¹⁷⁹ BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues – *op.cit.*, p.152.

CAPÍTULO IV

**DIFICULDADES INTERPRETATIVAS EM TORNO DAS
INDISPONIBILIDADES RELATIVAS DOS ARTIGOS 2194.º E 2196.º E A SUA
ADEQUAÇÃO AO ATUAL CONTEXTO SÓCIOFAMILAR**

1- Considerações Introdutórias

Volvidos cinquenta e dois anos após a entrada em vigor do Código Civil de 1966 e, mais concretamente, quarenta e um anos sobre a última alteração substancial ao seu Livro das Sucessões, será inevitável questionarmo-nos se a realidade sociofamiliar vigente no momento em que aquelas normas foram criadas encontra alguma correspondência face à realidade actualmente vivida. Por outras palavras, será que a realidade que aquelas normas pretenderam regular se manteve estanque nos últimos cinquenta anos ao ponto de não se levantarem dúvidas quanto ao sentido e alcance das mesmas? A evolução legislativa acompanhou essa mesma mudança? Pensamos que para responder a esta questão não será necessário recorrer a nenhum estudo científico, bastando para tanto uma mera constatação empírica e factual dessa mesma evolução que, de tão notória que é, não necessitará certamente de prova.

Com efeito, vivemos actualmente numa sociedade em constante mudança, tanto a nível económico e financeiro, quanto a nível social e familiar. Estas mudanças têm, inevitavelmente, um impacto na vida dos cidadãos e no modo como eles se relacionam entre si. Esta evolução verificada na sociedade portuguesa levanta, obviamente, novos problemas, aos quais o direito é muitas vezes chamado a resolver. Como sabemos, a realidade está quase sempre um passo à frente do direito, o que implica um olhar atento por parte do legislador e do interprete para que não se acentue o desfasamento entre a realidade prevista nas normas jurídicas e aquela que se vive no momento em que as mesmas são aplicadas. Na ausência de evolução legislativa “*a aplicação do direito ao caso concreto torna-se cada vez mais difícil, quando a norma legal tipifica, na sua letra, determinadas situações, deixando de fora as que, em tudo, são similares e idênticas às especificadas na literalidade da norma*”¹⁸⁰.

¹⁸⁰ RIBEIRO, Alcina da Costa – *Indisponibilidades relativas nas doações*, 2011. p. 10

No caso concreto das indisponibilidades relativas vertidas nos arts.º 2194.º e 2196.º, várias são as questões que se podem colocar face à ausência de evolução legislativa dos seus regimes. Quanto à indisponibilidade do art.º 2194.º, que diz respeito aos médicos, enfermeiros e sacerdotes, será de questionar se não existem outras profissões/atividades que, à luz da realidade actual, mereçam o mesmo tratamento, porque em tudo são idênticas. Referimo-nos essencialmente a profissões que, face ao seu progressivo reconhecimento científico, aliado à massificação do ensino superior, possuem actualmente uma elevada importância social, algo que não tinha paralelo na sociedade de 1966. Perante o surgimento destas novas funções importará equacionar-se se caso as mesmas existissem ou tivessem a mesma relevância que têm na actualidade, o legislador as teria inserido na letra do art.º 2194.º. Repare-se que neste fundamento gerador de indisponibilidade está em causa a prestação de cuidados de saúde – por parte de médicos, enfermeiros ou sacerdotes – a pessoas que se encontram em estado de doença, cuja origem tanto pode ser física, mental ou mesmo espiritual. Atendendo à panóplia de ofícios que actualmente estão habilitados a prestar cuidados de saúde, será legítimo indagar se profissões/atividades como as de psicólogo, terapeuta, gerontólogo, técnico de medicina alternativa, sacerdote de qualquer organização espiritual/religiosa que não seja legalmente reconhecida como tal, entre outras, não devem ter um tratamento idêntico às profissões discriminadas na lei. Nos exemplos acabados de citar, a prestação de cuidados à pessoa que se encontra em estado de doença será igualmente suscetível de gerar um ascendente psicológico – ou pelo menos será legítimo presumir a sua existência – exatamente nos mesmos termos em que se considerou existir em relação aos médicos, enfermeiros ou sacerdotes.

Para além da possibilidade de incluir outras profissões no âmbito do regime do art.º 2194.º, também se poderá colocar em dúvida se a lei, ao referir-se aos médicos, enfermeiros ou sacerdotes, alude apenas àqueles que possuem habilitação legal para o exercício dessas profissões/atividades, ou se, por outro lado, também contempla aqueles que as exercem ilegalmente. Por outras palavras, também se encontra em situação de indisponibilidade o falso profissional e o profissional de facto? Esta questão é de particular importância na medida em que, não raras vezes, somos confrontados com notícias que relatam situações em que, por exemplo, determinadas pessoas se fazem passar durante anos por médicos e padres. Estas pessoas exercem publicamente estes ofícios como se fossem verdadeiros profissionais, tanto que, aos olhos da comunidade em que estão inseridos, são tidos como tal. Outra situação da vida quotidiana suscetível de

levantar dúvidas interpretativas quanto ao alcance do art.º 2194.º diz respeito à prestação de cuidados de saúde por particulares, que, na sua essência, são em tudo semelhantes a muitos dos atos praticados por enfermeiros. Na verdade, é bastante comum nos dias de hoje as pessoas recorrerem a particulares quando necessitam da prestação de cuidados de saúde – e não só –, sobretudo quando o estado de doença se encontra associado à idade avançada do doente. Estas pessoas, normalmente designadas de cuidadores informais, são, por exemplo, responsáveis por fazer cumprir as prescrições médicas, alimentar o doente e tratar da sua higiene, existindo por vezes uma total dependência do mesmo face ao seu cuidador. Como acontece na maior parte dos casos, este serviço é normalmente prestado por pessoas sem o título de enfermeiro, ou até mesmo de auxiliar de saúde, mas cujas práticas se podem subsumir a actos próprios da enfermagem, ainda que não de forma exclusiva.

Em suma, se atentarmos exclusivamente à letra da lei, concluímos pela inaplicabilidade do regime previsto no art.º 2194.º a todas as profissões/atividades que não sejam as de médicos, enfermeiros ou sacerdotes, assim como, nas situações em que está em causa o exercício ilegal ou de facto das mesmas.

Quanto à indisponibilidade relativa ao cúmplice do testador adúltero (art.º 2196.º), e como já referimos anteriormente, não se pode deixar de denotar um certo anacronismo desta norma face ao estado atual do nosso sistema jurídico considerado como um todo. É certo que tanto do direito da família como do direito das sucessões ainda transparece uma forte carga axiológica. Mas também é certo que em vários ramos do direito já foram dados passos importantes no sentido de atenuar juízos ético-morais sobre os comportamentos dos cidadãos que apenas devem dizer respeito à sua vida privada. Pense-se, por exemplo, no caso do divórcio, em que os excessivos entraves legais à sua concretização, que vigoraram entre nós durante várias décadas, foram substituídos por uma quase ‘liberalização’ do mesmo. Com a lei 61/2008, de 31 de outubro, os fundamentos para o divórcio sofreram uma tal alteração que, actualmente, quase basta uma mera manifestação dessa intenção por parte de um dos cônjuges para que o mesmo se concretize. Mais directamente ligado ao caso em apreço, nomeadamente no que diz respeito às consequências do adultério, não nos podemos esquecer que durante várias décadas a sua prática foi considerada crime, ideia que atualmente não pode deixar de repugnar.

Para além do carácter moralista deste preceito, constatamos que este caso de indisponibilidade também é perspetivado como uma consequência jurídica da violação de um dos deveres conjugais – o dever de fidelidade –, que, como afirma Jorge Duarte

Pinheiro, têm oponibilidade *erga omnes*, uma vez que estes são manifestações de direitos de personalidade¹⁸¹. Assim, afirmamos sem qualquer relutância que estamos perante uma verdadeira punição de um terceiro, estranho à relação matrimonial, cujo contributo para a violação daquele dever conjugal – a dita cumplicidade – o colocou numa espécie de indignidade sucessória face ao cônjuge adúltero. A argumentação utilizada por este autor funda-se, assim, no pressuposto de que os deveres conjugais, e os direitos que lhe são inerentes, são direitos absolutos, cujo cumprimento pode ser exigido a toda e qualquer pessoa que os viole ou contribua para a sua violação. Esta conclusão não pode deixar de causar alguma estranheza quando a contrapomos com a definição legal de casamento, onde podemos ler que este “*é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos e nas disposições deste Código*” (art.º 1577.º). Portanto, se o casamento é qualificado na lei como um contrato e os deveres conjugais surgem a partir do momento em que o mesmo é celebrado, não seria de afirmar que a sua existência tem uma origem contratual? E tendo origem contratual, seria de admitir que as obrigações que decorrem desse mesmo contrato pudessem afetar terceiros, estranhos a essa relação jurídica, originando uma verdadeira eficácia externa das obrigações – princípio que é em regra afastado pela doutrina portuguesa? Como se sabe, a questão da contratualidade do casamento, dos efeitos decorrentes dessa contratualidade e da origem dos deveres conjugais não é algo que tenha um entendimento unânime na doutrina e na jurisprudência, o que interferirá necessariamente na análise do art.º 2196.º.

Deste modo, torna-se mister perceber até que ponto os deveres conjugais são ou não manifestações de direitos de personalidade, e de que modo uma eventual conclusão no sentido de os subsumir à contratualidade do casamento influirá na compreensão desta causa de indisponibilidade relativa.

¹⁸¹ vide nota 146.

2- O Problema das Profissões Materialmente Idênticas às Tipificadas no Artigo 2194º

2.1- Das Profissões que Prestam Cuidados de Saúde

Já enunciamos alguns dos problemas decorrentes da falta de atualização do direito sucessório face às constantes mudanças que se operaram na sociedade portuguesa, e de como esse imobilismo se poderá refletir na aplicação do direito a um caso concreto. Para que possamos avançar com possíveis soluções para os problemas levantados, será indispensável evidenciar, antes de mais, o pressuposto central sobre o qual assenta este caso de indisponibilidade. Para além disso, o mesmo terá de se manter imutável durante todo este processo dialético, como se de um verdadeiro dogma se tratasse, sob pena de tornar inviável o objecto em análise.

Partamos, então, do princípio de que qualquer pessoa que se encontrar num estado de doença grave estará invariavelmente numa situação de fragilidade, e que a/o pessoa/profissional que a trate nesse momento estará, contrariamente, numa posição de superioridade passível de gerar um ascendente psicológico. Aos olhos de alguns, esta ideia não terá nada de questionável, pela visão de outros, como é o nosso caso, muitas dúvidas se poderão levantar face a uma conclusão que tomamos como precipitada e demasiado paternalista por parte do legislador. Será legítimo partir do princípio de que o exercício livre e esclarecido da vontade está invariavelmente afetado face ao estado de doença do testador? Será legítimo presumir, *iuris et de iure*, que a posição que aqueles profissionais ocupam face ao doente impossibilita o exercício livre e esclarecido da sua vontade? A nosso ver a resposta não será tão imediata como parece concluir o legislador. Contudo, uma resposta em sentido negativo equivaleria a colocar em causa todo o instituto das indisponibilidades relativas, análise que, para além de comportar um aumento insustentável do objecto de estudo, poderia também gerar incompatibilidades com o restante objecto do trabalho.

Partindo então desta ideia, e visto que pela letra da lei não conseguimos extrair uma resposta para o nosso problema, será necessário recorrer, em primeiro lugar, ao elemento histórico da norma, como aliás prescreve o art.º 9.º, n.º 1, quando afirma que “*a interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir-se a partir dos textos o pensamento legislativo*”. Para o efeito, será indispensável analisar criteriosamente as circunstâncias existentes aquando da feitura da lei e todo o processo legislativo que

culminou na redação final do art.º 2194º, assim como estabelecer a devida comparação com o regime previsto no Código de Seabra – que serviu de base a este artigo.

Iniciando a análise pelo regime consagrado no Código de Seabra, e como vimos anteriormente, o art.º 1769.º do Código de Seabra apenas considerava em situação de indisponibilidade as “disposições do enfermo em favor dos facultativos”, sendo certo que o termo “facultativos” se referia àqueles que praticavam a medicina, ou seja, os médicos. Nesse contexto, posicionavam-se duas correntes opostas, uma no sentido de admitir uma interpretação extensiva daquele artigo, da qual Cunha Gonçalves era um dos principais defensores, e outra no sentido da defesa da não extensão da indisponibilidade a outras profissões/funções, porque *odiosa restringenda*, afirmada por Dias Ferreira e José Tavares¹⁸².

Inocêncio Galvão Telles, tendo sido encarregado de elaborar o anteprojeto de livro das sucessões para o novo Código Civil, apresentou uma versão inicial desta causa geradora de indisponibilidade, configurando-a, no art.º 198.º daquele diploma, da seguinte forma: “*são nulas as disposições a favor dos médicos que tratarem o testador, ou os sacerdotes que o confessarem, durante a doença de que ele falecer*”. Submetido à apreciação da comissão revisora do anteprojeto, esta pronunciou-se em sentido favorável ao princípio geral subjacente a este artigo. Contudo, não deixou de propor algumas alterações, com o intuito de evitar quaisquer dúvidas futuras quanto à sua interpretação¹⁸³. Assim, Vaz Serra observou que, pela letra do artigo, os enfermeiros estariam excluídos deste regime, chamando à atenção para a profunda influência que os mesmos poderiam exercer sobre o doente, fruto da assistência contínua que eventualmente lhe pudessem vir a prestar. Para além disso, chamou também à atenção que o mesmo princípio se aplica aos curandeiros e a todos aqueles que exerçam ilegalmente a medicina, cuja influência exercida sobre o doente não seria de descurar. Quanto à inclusão dos farmacêuticos no âmbito da norma, ainda que o Código Civil Francês assim o preveja (art.º 909.º), entendia este autor que estes profissionais não deveriam ser incluídos na proibição. Na sequência destas observações, Vaz Serra propôs uma alteração à primitiva redação do art.º 198.º, para que este deixasse de se referir a qualquer profissão/cargo em concreto, e passasse a prever apenas “*os que no exercício da profissão tratarem o doente*”. Sucede que a Comissão Revisora não aprovou esta proposta por considerá-la demasiado ampla, passível de abranger situações que não estavam no espírito da norma. Como tal, a

¹⁸² *Crf.* nota 141 a 143.

¹⁸³ UNIVERSIDADE DE LISBOA, Centro de Estudos de Direito Civil da Faculdade de Direito – *op.cit.* p. 299.

Comissão encarregou o autor do anteprojeto de elaborar uma nova redação para este artigo para que passe a contemplar os enfermeiros e aqueles que, embora ilegalmente, exercem de facto funções médicas¹⁸⁴.

Depois do anteprojeto ter passado pelo escrutínio da Comissão Revisora, e após o seu relator ter seguido as instruções que lhe foram dadas, o mesmo ainda foi alvo de duas revisões ministeriais, que precederam a chegada da versão definitiva que iria integrar o Código Civil de 1966. Relativamente ao caso de indisponibilidade que estamos a analisar, estas revisões em nada alteraram a redação proposta pelo seu autor na sequência das sugestões daquela Comissão. Assim, tanto na primeira como na segunda revisão ministerial (arts.º 2253.º e 2193.º, respetivamente) passou a constar o seguinte:

- 1- *É nula a disposição a favor do médico ou enfermeiro que tratar o testador, ou do sacerdote que lhe prestar assistência espiritual, durante a doença de que ele falecer.*
- 2- *A nulidade, porém, não abrange o testamento que não foi feito durante a doença em que os serviços ou a assistência tiverem sido prestados.*

Constatamos, assim, que boa parte das orientações dadas pela Comissão Revisora ao autor do anteprojeto, no sentido de encontrar uma redação que colmatasse as dúvidas levantadas por alguns dos seus membros, foram efetivamente acolhidas, passando o enfermeiro a integrar o elenco dos sujeitos impedidos de beneficiar pela via testamentária¹⁸⁵. No que tem de substancial, a versão desta causa de indisponibilidade é a mesma daquela que acabou por transitar para a redação final do Código Civil de 1966, mantendo-se até aos dias de hoje¹⁸⁶.

Feita esta resenha relativamente ao processo legislativo que culminou na redação do actual art.º 2194.º, importa repristinar uma das questões que levantámos anteriormente, cuja resposta não nos é dada directamente pela letra daquele artigo. Será possível, à luz do regime actual, enquadrar no âmbito da proibição do art.º 2194.º outras profissões, que não aquelas que aí se encontram discriminadas? Outros profissionais da área da saúde

¹⁸⁴ IDEM, pp.299-300.

¹⁸⁵ Atendendo unicamente ao elemento literal da norma, apenas a sugestão da inclusão dos enfermeiros no art.º 2194.º foi acolhida. Quanto à questão da proibição se estender àqueles que pratiquem ilegalmente a medicina, e se ela se encontra ou não no espírito da norma, tomaremos posição no ponto seguinte.

¹⁸⁶ A versão que constava do projecto é, na verdade, um pouco diferente daquela que acabou por vingar com a aprovação final do Código Civil. Acontece que essas alterações foram de cariz exclusivamente formal, tendo-se suprimido o n.º 2 do artigo, mas acabando por incluir o seu conteúdo no corpo n.º 1, formando uma disciplina unitária.

estarão abrangidos por esta norma, tais como os farmacêuticos, os psicólogos, terapeutas, profissionais das medicinas alternativas, etc.?

Pelo que acabámos de analisar, podemos concluir que não foi ao acaso que o legislador discriminou a profissão de médico e de enfermeiro como abrangidas pela indisponibilidade relativa de testar. Efetivamente, estas duas profissões são dotadas de uma importância extrema no que toca aos cuidados de saúde prestados a alguém que se encontre em estado de doença. A função destes profissionais é, sempre que seja possível, a cura do paciente ao qual prestam cuidados, razão pela qual, o doente fragilizado deposita na pessoa que lhe presta cuidados de saúde as esperanças de uma possível recuperação. Ainda que a cura não seja possível, há doentes que vivem permanentemente em estado de dor, cujo alívio depende, muitas vezes, da toma de medicação ou da prática de certas técnicas por parte de determinados profissionais que atenuam a mesma. Ora, a decisão de especificar apenas os médicos e os enfermeiros no corpo da norma não parece ter sido um juízo precipitado do legislador, onde a ponderação de outras profissões a incluir na mesma não tenha sido trazida à colação. Isto porque, em primeiro lugar, esta norma veio substituir o art.º 1769.º do Código de Seabra e, como verificámos, apesar de a lei se referir apenas aos médicos – sob o termo facultativos – havia doutrina que entendia que o mesmo regime seria de aplicar a farmacêuticos e enfermeiros, como aliás estava previsto no art. 909.º do Código Civil Francês que inspirou o nosso regime¹⁸⁷. Em segundo lugar, ao proceder-se à alteração do Código Civil, estas dúvidas interpretativas foram trazidas à discussão no âmbito dos trabalhos preparatórios, tendo sido Vaz Serra a sugerir a inclusão dos enfermeiros no âmbito da indisponibilidade. Também este autor, suportando-se ao art. 909.º do Código Civil Francês, menciona a possibilidade de se aplicar o regime aos farmacêuticos, mas que, no seu entender, a norma não deveria ir tão longe. Perante esta argumentação, a Comissão Revisora do Código encarregou o autor do anteprojeto de encontrar uma redação que mencionasse especificamente os enfermeiros. Desta feita, entendemos que não é possível afirmar que o legislador se esqueceu de ponderar a inclusão de outras profissões no âmbito desta norma. Efetivamente, ele acabou por solucionar algumas das dificuldades interpretativas que decorriam da legislação anterior, optando especificamente por incluir os enfermeiros e em afastar o caso dos farmacêuticos. Não estamos assim perante uma verdadeira lacuna, no sentido da existência de “*uma incompletude da lei contrária ao seu próprio plano*”, traduzida num caso que “*deixa,*

¹⁸⁷ Vide p.50 e nota 140.

perante o sistema, no seu conjunto, indicar uma necessidade de enquadramento jurídico”¹⁸⁸. Neste caso concreto, o legislador ponderou efetivamente a inclusão de outros casos no âmbito da norma, tendo feito uma opção legítima no sentido de incluir umas profissões e afastar outras – o legislador não se ‘esqueceu’. Neste sentido, será inquestionável, por exemplo, a exclusão dos farmacêuticos do espírito do art.º 2194.º.

Ainda assim, o problema mantém-se quando incidimos a nossa análise sobre um conjunto de profissões que só posteriormente à entrada em vigor do Código de 1966 começaram a assumir-se como relevantes no contexto socioprofissional português. Podemos classificar estas profissões como sendo ‘novas’, pois apesar de algumas já existirem à época, a sua relevância prática e a importância dos serviços prestados eram de certa forma descuradas no contexto da sociedade de então. Por outro lado, a própria distribuição geográfica da população e dos recursos existentes fazia com que determinadas atividades não tivessem expressão nas zonas mais rurais do país. Em 1966, num país onde não existia um serviço nacional de saúde universal e gratuito, numa altura em que, por exemplo, questões como a saúde mental não tinham a mesma relevância que assumem hoje em dia, não seria de exigir que a inclusão na norma de profissões como a de psicólogo, terapeuta, ou daqueles que exercem medicinas alternativas, tivesse passado pelo espírito do legislador. Mais, a própria especificação actual da oferta educativa universitária na área da saúde, tanto física como mental, que se operou nas últimas décadas, teve como consequência óbvia o surgimento de novas profissões, que, por maioria de razão, não puderam ser equacionadas para integrarem o art.º 2194.º.

Pela dificuldade em enumerar exaustivamente todas as profissões que possam de alguma forma prestar cuidados de saúde e que se insiram no contexto supramencionado, tomemos apenas como exemplo o caso dos psicólogos e dos especialistas em medicinas alternativas/tradicionais. Atendendo a dados recentes que indicam um aumento na população mundial de patologias do foro mental¹⁸⁹, e da crescente sensibilização que se tem feito relativamente a perturbações como a depressão, a função dos psicólogos passou a ser cada vez mais relevante no contexto da sociedade actual. Estes, ainda que muitas vezes trabalhando em parceria com psiquiatras, fazem um trabalho de acompanhamento dos seus pacientes com vista à sua recuperação, processo que pode levar vários anos, ou

¹⁸⁸ CORDEIRO, António Menezes – *Tratado de Direito Civil*. 4.ª ed. Reformulada e actualizada Lisboa: Edições Almedina, 2012, Vol.I. pp. 737 e 747.

¹⁸⁹ CARVALHO, Álvaro – *Depressão e Outras Perturbações Mentais Comuns: Enquadramento global e nacional e referência de recurso em casos emergentes* [Em linha]. Direção Geral de Saúde [Consult. 2018-07-06]. Disponível em <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:wGuM5IA5wX0J:https://www.dgs.pt/ficheiros-de-upload-2013/dms2017-depressao-e-outras-perturbacoes-mentais-comuns-pdf.aspx+&cd=1&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=pt&client=safari>. p. 3.

mesmo prolongar-se ao longo da vida do paciente – na eventualidade de estarmos perante casos crónicos. É a própria Organização Mundial de Saúde que alerta para os riscos associados a esta e outras perturbações mentais, chamando igualmente à atenção para o facto de a depressão ser a principal causa de suicídio a nível mundial¹⁹⁰.

Posto isto, e atendendo à função concretamente desempenhada pelo psicólogo, deverá o mesmo incluir-se na proibição do art.º 2194.º, ainda que esta opção não decorra diretamente da lei? Surgindo esta questão, e estando afastada a hipótese de estarmos perante uma lacuna, teremos de responder a esta solução com recurso às regras gerais sobre a interpretação das normas jurídicas. Para além do recurso ao elemento histórico, que já foi devidamente analisado, o art.º 9.º, n.º1, prescreve que a interpretação deva ser feita igualmente de acordo com “(...) *as condições específicas do tempo em que é aplicada*”. Constatamos, assim, que no processo hermenêutico levado a cabo pelo interprete tem necessariamente de se ter em conta “*as circunstâncias em que a lei foi elaborada*”, mas também, “*as condições específicas do tempo em que é aplicada*”. Já realçámos anteriormente que a realidade não é estanque e que novos desafios vão surgindo e aos quais se exige uma resposta por parte do ordenamento jurídico, umas vezes consubstanciada em alterações legislativas, outras vezes com recurso à hermenêutica jurídica. Esta última indicação da lei é reveladora de uma tendência de cariz verdadeiramente atualista a ser seguida no processo hermenêutico, cuja importância para a realização do direito o legislador pretendeu evidenciar, afastando-se assim de uma orientação de cariz historicista. Parafraseando Oliveira Ascensão, a lei só vale uma vez integrada na ordem social, e é aí que ganha o seu verdadeiro sentido, daí que as circunstâncias do tempo em que é aplicada tenham uma relevância extrema no processo interpretativo¹⁹¹. Uma vez que a realidade está em constante transformação e o direito é sempre aplicado ao caso concreto, não se pode exigir que o legislador, assim que se depare com uma dificuldade interpretativa, na sequência dos desafios próprios da evolução social, proceda a uma alteração da lei no sentido de resolver o problema. Como brilhantemente expõe este autor, “*a lei, uma vez criada, situa-se numa ordem social que é necessariamente viva, aberta a todos os estímulos que nela provocam alterações históricas. A fórmula em que a lei se consubstancia está fixada; mas o sentido dessa fórmula é variável, por incidência do circunstancialismo donde arrancam as suas*

¹⁹⁰ IDEM, p.3.

¹⁹¹ ASCENSÃO, José de Oliveira – *O Direito: Introdução e Teoria Geral*. 13.ª ed. Refundida Coimbra: Edições Almedina, 2011, p.401.

significações”¹⁹². Como tal, o interprete não se pode alhear das circunstâncias concretas em que a lei é aplicada, devendo respeitar as dinâmicas próprias da sociedade que pretende regular.

No nosso entender, é precisamente a circunstância de atualmente vivermos numa sociedade onde as questões relacionadas com problemáticas do foro mental serem cada vez mais prementes, bem como, pelo facto do papel desempenhado pelos psicólogos ser essencial no processo de tratamento de determinadas patologias – situação que, notoriamente, não se vivia no tempo em que esta norma foi criada – que devemos fazer uma interpretação atualista do art.º 2194º. Esta é a solução que melhor corresponde às exigências e desafios atuais, mas também aquela que decorre de um processo hermenêutico global e unitário – como necessariamente tem que ser – e em harmonia com todos os elementos de interpretação – o elemento histórico; o elemento sistemático; e o elemento teleológico.

Concretizemos então o problema. Como já foi sobejamente mencionado, a *ratio legis* deste artigo aponta para uma proteção da liberdade de testar, no sentido de evitar que o testador sofra alguma influência no processo decisório que o levou a elaborar o testamento, fruto de um ascendente psicológico por parte de quem o tratou durante essa doença. Também está encerrada no espírito do legislador a tentativa de evitar que pessoas que ocupam certos cargos/funções, se aproveitem dessa posição para beneficiar à custa do estado debilitante daquele a quem prestam tratamento, cumprindo assim também um objetivo social e deontológico. O que parece decorrer do espírito da norma como preocupação basilar é precisamente o facto de, durante a doença de uma pessoa, sobretudo uma doença grave passível de levar à sua morte, o testador esteja num estado de debilidade tal que não lhe permita exercer livremente a sua vontade. Perante essa situação de fragilidade, o legislador entendeu existir um risco acrescido no aproveitamento dessa situação por parte daqueles que tratarem o doente, tanto da sua saúde física, como mental ou espiritual. De entre os cargos/funções capazes de prestar esse tratamento, entendeu-se destacar o médico, o enfermeiro e o sacerdote, este último no que concerne à assistência espiritual. E é esta relação entre o doente e aquele que lhe presta tratamento, cuja ação pode ditar uma melhoria do estado de saúde, ou até mesmo a cura, que está por detrás do possível ascendente psicológico de um face ao outro.

¹⁹² IDEM, p.403.

Tomemos como exemplo o seguinte caso de indisponibilidade relativa em relação a um médico:

O sujeito A, padecendo de uma doença cancerígena em estado terminal, faz um testamento a favor do médico B que o tem acompanhado desde o início do tratamento. Se o A morre durante o tratamento da doença, a disposição testamentária a favor de B é nula aos olhos do artigo 2194º.

Vejam agora outro exemplo, mas desta vez mudemos o beneficiário da deixa testamentária e a doença de que o testador padece:

O sujeito A, sofrendo de depressão profunda, decide recorrer aos serviços do psicólogo B que o acompanha durante vários meses nas consultas realizadas no seu gabinete. Nesse espaço de tempo A faz um testamento a favor de B. Antes de uma dessas consultas A suicidasse. Se atentarmos apenas à letra do artigo 2194º, este regime seria inaplicável à situação em causa.

Questionamos, assim, se não estamos aqui perante dois casos em tudo idênticos, mas que à luz da literalidade do art.º 2194.º mereceriam um tratamento díspar. Partindo do princípio que se encontrariam reunidos os restantes critérios para a efetivação da indisponibilidade, não estaríamos, neste caso concreto, perante um profissional que presta cuidados de saúde e com igual suscetibilidade de exercer um ascendente psicológico sobre o seu paciente, de modo a condicionar o exercício da sua vontade? Tratar estes casos fora do campo da indisponibilidade do art.º 2194.º, seria o mesmo que admitir que, por um lado, as perturbações/doenças do foro mental não têm a mesma dignidade do que aquelas que molestam apenas o físico do enfermo e, por outro, que a ação dos psicólogos tem uma importância reduzida em todo o processo de cura ou recuperação desses doentes. Efetivamente, os psicólogos não exercem medicina, sendo a psicologia uma ciência bastante diferente das ciências médicas. Mas também é verdade que estes, fruto de uma crescente consciencialização da sociedade em geral, e também da comunidade científica, têm assumido um papel preponderante e essencial no tratamento de pessoas com depressão e outras perturbações mentais. Mais, este ascendente psicológico poderá ser ainda mais preponderante no caso dos psicólogos, tendo em conta a própria essência da profissão e das técnicas utilizadas que poderão tornar o paciente mais suscetível às

maquinações da sua vontade. Efetivamente, estes profissionais encontram-se tecnicamente mais ‘habilitados’ a condicionar o processo decisório da paciente.

Se em 1966 os tratamentos e cuidados de saúde eram na sua maioria prestados por médicos e enfermeiros, teremos que reconhecer que a realidade actual é bem mais complexa e diversificada, exigindo-se uma adequação das normas à realidade sobre a qual serão aplicadas. Nestes termos, e para uma correta realização do direito, entendemos que deverá ser feita uma interpretação atualista do art.º 2194.º de forma a incluir os psicólogos no âmbito desta proibição.

Tudo quanto foi dito valerá, *mutatis mutadis*, para outras situações onde esteja em causa o tratamento de doentes, e cujas profissões se podem qualificar como muito recentes na sociedade portuguesa. Veja-se agora, por exemplo, o caso das medicinas alternativas/tradicionais, que hoje em dia têm uma procura cada vez mais acentuada, umas vezes em substituição dos tratamentos médicos convencionais, outras vezes em complemento àqueles. Práticas como a osteopatia e a medicina tradicional chinesa – esta última viu discutida a possibilidade de vir a ser lecionada nas universidades portuguesas, atribuindo-lhe o nível de licenciatura – são cada vez mais procuradas para o tratamento das mais variadíssimas patologias. Se não é possível qualificar o profissional que exerce estas práticas como médico – uma vez que esta qualidade profissional está reservada àqueles que exercem a medicina ‘convencional’ – não se pode negar que os métodos de tratamento por si praticados sobre os seus doentes são parte integrante do seu processo de cura ou recuperação. Os cidadãos, ao recorrerem a estes tratamentos, sabem, ou pelo menos têm esperança, de que aquele profissional vá ter um papel determinante na normalização do seu estado de saúde. Diga-se que as pessoas recorrem a estes profissionais porque lhes reconhecem competência técnica e profissional, independentemente de estas terem sido ou não adquiridas no âmbito de formação universitária. Repare-se que não estamos propriamente a falar de práticas ocultas/isotéricas, estilo ‘bruxo’ ou ‘curandeiro’, nem estão aqui em causa os “charlatães” referidos por Cunha Gonçalves no seu comentário ao art.º 1697.º do Código de Seabra. Estas profissões são exercidas publicamente e aos olhos de todos, sem recurso a qualquer subterfúgio. Estes factos são ainda mais notórios quando constatamos que muitas dessas profissões são exercidas no contexto e em parceria com clínicas médicas, apresentando-se estas ao público como verdadeiros prestadores de serviços na área da saúde. Por estas razões, pensamos que a probabilidade de se gerar um ascendente psicológico entre o doente e um destes profissionais não será menor, nem substancialmente diferente, do que

aquela que se verifica em relação aos médicos e enfermeiros. Tomemos como exemplo o seguinte caso prático que retrata o problema aqui levantado:

Ao sujeito A foi diagnosticado um cancro no estômago, tendo de imediato iniciado tratamentos de quimioterapia, onde era acompanhado pelo médico B e pelo enfermeiro C. No decurso desses tratamentos, A decidiu submeter-se simultaneamente a um tratamento de medicina tradicional chinesa, entendendo que o poderia ajudar na cura da doença. Para tal, recorreu aos serviços do especialista D. Na pendência dos tratamentos efetuados por B, C e D, o doente A decide fazer um testamento em que lega vários bens àqueles três profissionais. No decurso desses tratamentos A morre. Quid iuris relativamente às deixas testamentárias a favor de B, C e D?

Se atentarmos exclusivamente à letra do art.º 2194.º, verificamos que a disposição a favor de B e C são nulas, uma vez que se encontram reunidos todos os pressupostos para a verificação dessa causa de indisponibilidade, nomeadamente a qualidade profissional daqueles dois sujeitos que prestaram tratamento ao A, e o facto do testamento ter sido feito durante a doença e o seu autor ter falecido em sequência dela. Quanto à disposição a favor de D, faltaria obviamente o cumprimento do primeiro requisito tipificado pela lei, ou seja, a qualidade de médico ou de enfermeiro. Assim, estaria tudo encaminhado para se considerarem nulas as disposições a favor de B e C, enquanto em relação ao D as mesmas seriam perfeitamente válidas. Como tal, só com recurso ao instituto dos vícios da vontade (arts. 2199.º e ss), seria possível anular a disposição a favor de D, o que como sabemos acarreta dificuldades elevadas a nível probatório.

Vejamos apenas mais um exemplo, mas agora sem que se verifique um concurso entre os tratamentos prestados por um médico e por outro profissional:

O sujeito A foi diagnosticado com cancro e foi-lhe sugerida a realização de quimioterapia. Em substituição da quimioterapia, decidiu recorrer a um tratamento alternativo relacionado com a medicina tradicional chinesa. O tratamento foi feito por B, profissional dessa área, tendo o mesmo durado vários meses. Durante o tratamento, A decide fazer um testamento a favor de B. Após efetuar o testamento, A morre da doença para a qual vinha a ser tratado por B.

Tanto no primeiro exemplo como no segundo, a disposição testamentária seria nula uma vez que o profissional que foi beneficiado por esta via não reunia em si a qualidade de médico ou enfermeiro. Salvo entendimento em contrário, não nos parece que esta solução vá de encontro ao espírito do legislador quando consagrou esta causa de indisponibilidade relativa. Estamos em crer que a inclusão de outros profissionais no regime do art.º 2194.º, dentro das circunstâncias concretamente definidas¹⁹³, vai precisamente ao encontro do espírito do legislador e da *ratio legis* deste preceito legal. Tratar de modo igual aquilo que na sua essência é igual, não é mais do que dar cumprimento ao princípio constitucional da igualdade, evitando que o ordenamento jurídico prescreva sanções diferentes para situações que na sua materialidade são iguais. Nos exemplos descritos, parece-nos que o ascendente psicológico passível de ser exercido para o condicionamento da vontade do doente é exatamente o mesmo, quer estejamos a falar de médicos e enfermeiros, quer estejam em causa técnicos que pratiquem outros tipos de tratamentos alternativos, mas cujas práticas estão devidamente acreditadas. Quando um doente recorre a este tipo de tratamentos acaba por depositar as mesmas esperanças, ilusões e confiança no técnico que o trata, do que aquelas que depositaria no médico ou no enfermeiro. Como refere Pires de Lima e Antunes Varela, é “*a situação de dependência psicológica mórbida que está na base da nulidade decretada no artigo 2194.º*”¹⁹⁴, e foi precisamente este argumento que ditou a inclusão dos enfermeiros no elenco das indisponibilidades relativas. Este argumento será igualmente válido para justificar a inclusão de outras profissões que, entretanto, foram surgindo e, por isso mesmo, não puderam ser tidas em conta no processo decisório que culminou na estipulação deste regime de indisponibilidade relativa. Temos bem presente que no decurso dos trabalhos preparatórios foi proposto por Vaz Serra a inclusão da expressão “*os que no exercício da profissão tratarem o doente*”, mas que foi considerada pela comissão revisora demasiado abrangente, passível de abranger situações que não estavam no espírito da norma¹⁹⁵. Parece-nos, contudo, que esta tomada de posição no âmbito dos trabalhos preparatórios não é passível de afastar o recurso a um dos elementos mais importantes no processo de interpretação das normas, como é o caso da sua realização mediante as condições específicas do tempo em que é aplicada. Mediante as condições que se viviam à data da redação do preceito, entendeu o legislador apenas enquadrar no

¹⁹³ Referimo-nos essencialmente à questão da contemporaneidade de determinadas funções em relação àquilo que se passava em 1966.

¹⁹⁴ PIRES DE LIMA; ANTUNES VALERA, *op.cit.*, p. 315.

¹⁹⁵ Crf. Nota 159.

âmbito da indisponibilidade os médicos e enfermeiros, afastando perentoriamente outras profissões, como é o caso dos farmacêuticos. Mas perante a mudança dos tempos, sobretudo no que diz respeito às dinâmicas sociais, profissionais e científicas, exige-se uma adequação das normas a estes fenómenos, sob pena de se criarem situações manifestamente desiguais. É precisamente neste campo que atua a interpretação atualista das normas, como um verdadeiro garante da igualdade na aplicação da lei e como forma de combate ao imobilismo legislativo, cuja inércia é passível de gerar desigualdades na aplicação da lei.

2.2 – Do Exercício de Direito e de Facto das Profissões

Debrucemo-nos agora sobre outro problema interpretativo ligado ao alcance da indisponibilidade relativa do art.º 2194.º. Ao contrário da situação anteriormente considerada, que se prendia com uma interpretação da norma à luz do tempo em que a mesma é aplicada, vamos agora tentar contribuir para o esclarecimento de uma velha questão ligada a este artigo. Intentamos, assim, perceber se o alcance da norma apenas atinge aqueles que exerçam legalmente as profissões/cargos referidas no artigo, ou se, por outro lado, também afeta aqueles que exerçam essas atividades sem possuírem habilitação legal para o efeito. Tome-se como ponto de partida para esta análise o seguinte exemplo, que encerra em si mesmo a problemática que queremos tratar:

O sujeito A sofreu um acidente vascular cerebral, tendo recebido tratamento hospitalar. Como ficou com sequelas, decidiu recorrer a um médico privado (sujeito B) para o acompanhar no processo de recuperação, o qual se deslocava todas as semanas a sua casa. Durante esse acompanhamento, A faz um testamento em que beneficia B. Entretanto A morre fruto das sequelas do AVC e para as quais vinha a ser acompanhado por B. Descobre-se posteriormente que B não possuía habilitação legal para exercer a medicina¹⁹⁶.

Assim, à luz da redação actual do art.º 2194.º, será que se encontram abrangidos pela situação de indisponibilidade aqueles sujeitos que, apesar de prestarem serviços

¹⁹⁶ Apesar de o presente exemplo apenas mencionar a situação do falso médico, o mesmo valerá para situações em que esteja em causa o profissional de facto, tanto médico como enfermeiro ou sacerdote.

médicos ou de enfermagem, não tenham a habilitação legal que os legitime a agir enquanto tal – a questão do falso médico ou enfermeiro? Ou mesmo naqueles casos em que, ainda que o sujeito não se faça passar por médico ou enfermeiro, pratique sobre o doente determinados actos que se possam qualificar como característicos daquelas profissões?

Pela análise estritamente literal deste artigo constatamos que o mesmo faz menção apenas ao “médico” ou “enfermeiro”, sem distinção quanto ao facto dessa profissão ser exercida de facto ou de direito. Devemos, assim, partir do princípio de que o legislador se está a dirigir, pelo menos, àqueles profissionais cujas habilitações académicas e o reconhecimento pelas respetivas ordens profissionais permite o exercício legal das mesmas. Como tal, atendendo exclusivamente à letra da lei, seríamos levados a concluir que só os profissionais devidamente reconhecidos é que se encontrariam abrangidos pela situação de indisponibilidade, pois efetivamente só estes é que podem ser legitimamente tratados por médicos, enfermeiros ou sacerdotes. Contudo, já vimos que para uma correta interpretação da lei há que atender não só ao elemento literal, mas também a outros elementos, como sejam aqueles que constam do art.º 9.º.

Como já foi referido no ponto anterior, este artigo teve origem no art.º 1769.º do Código de Seabra que, até então, a letra da lei apenas se referia aos ‘facultativos’ – os médicos – como estando abrangidos pela indisponibilidade. No entanto a questão do exercício ilegal da medicina já suscitava a atenção da doutrina, havendo posições opostas quanto à aplicação do artigo a outras funções que não as que vinham tipificadas na sua letra. Já tivemos a oportunidade de referir que Cunha Gonçalves defendia a inclusão na norma, para além de outras profissões, como era o caso dos farmacêuticos e dos enfermeiros, qualquer pessoa que se arrogasse da qualidade de médico ou conhecedor de métodos terapêuticos capazes de curar o doente¹⁹⁷. Apesar de já termos transcrito a posição deste autor, não será despiciendo recordar as suas palavras quanto a esta questão. Dizia então este autor que *“a palavra “facultativos” refere-se, de-certo, a médicos diplomados; mas, em muitos lugares, não existem médicos, e os tratamentos são feitos por farmacêuticos, enfermeiros, parteiras, curandeiros, charlatães, magnetizadores. Tòdos êstes indivíduos devem ser incluídos no têrmo “facultativos”, pois a captação é muito mais de re Cear da parte destes médicos de contrabando, já porque não oferecem garantias de probidade, já porque a sua clientela é, quási sempre, composta de pessoas*

¹⁹⁷ Já vimos que esta posição não era partilhada por uma parte da doutrina, uma vez que, por exemplo, Dias Ferreira e José Tavares defendiam uma interpretação restritiva da norma. *Vide* nota 143.

*incultas e fàcilmente sugestionáveis, como os numerosos tôlos, que se deixam ludibriar com o estafado “conto do vigário”(sic)”*¹⁹⁸. Das palavras deste autor denotamos claramente a sua preocupação em separar aquilo que são os “*médicos diplomados*”, e aqueles que embora não o sendo, se fazem passar por tal, como é o caso daqueles que exercem determinadas práticas tendentes à cura do doente, os tais “*curandeiros, charlatães e magnetizadores*”.

Na transição para o regime actual, verificamos que a versão inicial do anteprojeto reproduzia essencialmente o regime consagrado no art.º 1769.º do Código de Seabra. Assim, o art.º 198.º do anteprojeto, não fazia qualquer referência àqueles que exercessem ilegalmente a medicina. Disso mesmo deu conta Vaz Serra, que, em reunião da Comissão Revisora do anteprojeto, chamou à atenção para o facto de “*pela letra do artigo, não são abrangidos os enfermeiros, os quais, designadamente em certas doenças que reclamam uma assistência contínua ao enfermo, podem exercer profunda influência sobre o testador. O mesmo se diga em relação aos curandeiros e a todos aqueles que, exercendo ilegalmente a medicina, não podem qualificar-se de médicos*”¹⁹⁹. Neste sentido, Vaz Serra sugeriu que, ao invés, o artigo se passasse a referir aos “*que no exercício da profissão tratarem o doente*”, solução que foi afastada pelo autor do anteprojeto, por considerar a expressão “*demasiado ampla*”. Acabou a Comissão por não aprovar nenhuma das alterações apresentadas, tendo incumbido o Prof. Galvão Telles de “*procurar uma redação que abranja os enfermeiros e bem assim aqueles que, embora ilegalmente, exercem de facto funções médicas*”²⁰⁰. Após esta deliberação da Comissão Revisora, e em seu cumprimento, o Prof. Galvão Telles apresentou uma nova versão do artigo, correspondendo assim aos desígnios da Comissão. Esta nova redação passou incólume pelas duas Revisões Ministeriais a que o anteprojeto foi sujeito, não tendo sido feita nenhuma alteração à mesma. De notar que, na sua essência, este foi o regime que transitou para a redação definitiva do Código Civil de 1966, o qual se mantém até aos dias de hoje²⁰¹.

Verificamos então que a transição para o novo Código Civil trouxe importantes alterações no que a esta matéria diz respeito. Contudo, apesar de o regime em vigor já contar com mais de 50 anos, a produção doutrinal e jurisprudencial relativamente a este

¹⁹⁸ Negrito nosso. Vide nota 144.

¹⁹⁹ UNIVERSIDADE DE LISBOA, Centro de Estudos de Direito Civil da Faculdade de Direito – *op.cit.* p. 299. Negrito nosso.

²⁰⁰ *Ibidem.* p.300.

²⁰¹ Quanto a este ponto vide nota 169.

problema é relativamente escassa, ainda que este facto seja mais evidente do lado da doutrina do que da jurisprudência.

No que toca à doutrina, Cunha de Sá foi aquele autor que despendeu maiores esforços na análise da questão controvertida, tendo discorrido sobre ela na sequência de um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, onde se afastou o exercício de facto da enfermagem do âmbito de aplicação do art.º 2194.º. Para este autor, o exercício de facto destas profissões encontra-se abrangido pelo regime de indisponibilidade, ainda que o legislador não o tenha consagrado de forma expressa na letra da lei. Referindo-se especificamente ao caso da enfermagem, o autor entende que não existe nenhuma razão especial que justifique um tratamento diferenciado entre a prática legal ou ilegal da enfermagem²⁰². No seu exercício hermenêutico, Cunha de Sá traz à colação, em primeiro lugar, a *ratio legis* do próprio artigo que, como vimos, traduz uma ideia de proteção da liberdade de testar, evitando que aquele que trate um doente se aproveite da sua posição de superioridade – o chamado ascendente psicológico – para lhe captar património. Como diz este autor “*assim, pois, aquilo que o legislador procurou obviar é que a pessoa que exerce de facto a função própria de um enfermeiro se sirva da autoridade ou da influência que por esta circunstância adquire naturalmente sobre o doente para o forçar a testar a seu favor*”. Socorrendo-se do elemento racional da norma, conclui este autor que “*a influência da pessoa que trata efetivamente o enfermo sobre o estado de espírito deste e sobre a determinação da sua vontade não é maior nem menor pelo facto de possuir título legal para o desempenho da actividade. Basta que a exerça na realidade. Se o doente se entrega nas mãos de certa pessoa para que lhe preste os cuidados próprios da actividade de enfermagem, é porque ela lhe merece (fundada ou infundadamente, tanto importa) a necessária confiança ou porque a necessidade lhe impõe que aproveite os seus serviços (titulados ou não). Por uma ou outra razão, fica nas mãos dessa pessoa, acata espontaneamente as suas ordens, submete-lhe a vontade, deixa-se influenciar por ela. O falso enfermeiro ou o mero enfermeiro de facto não dispõe de menor autoridade e ascendente sobre o doente do que o enfermeiro diplomado*”²⁰³. O autor, para sustentar a sua posição, socorre-se também do elemento histórico por detrás desta norma. Com efeito, pela evolução histórica da norma, chama à atenção para o facto de a Comissão Revisora ter encarregue o seu relator de encontrar uma redação passível de enquadrar no seu raio de acção os enfermeiros – até então excluídos da sua letra – e aqueles que

²⁰² Ou melhor, o exercício devidamente habilitado ou não habilitado.

²⁰³ SÁ, F.A. Cunha de – *op.cit.*, pp. 25-26.

exercessem de facto funções médicas. O facto de o relator, para dar corpo àquela orientação da Comissão quanto ao exercício de facto de funções médicas, ter optado pela expressão “médico”, atesta que efetivamente aquela terminologia abrange tanto o exercício titulado como não titulado da profissão. Na verdade, a Comissão Revisora apenas se manifestou expressamente no sentido de incluir no corpo da norma o exercício de facto de funções médicas, nada tendo mencionado em relação aos enfermeiros e sacerdotes de facto. Contudo, este autor não vislumbra nenhuma razão lógica para se tratar diferentemente o exercício de facto da medicina e o exercício de facto da enfermagem, pois ambas acarretam os mesmos perigos para o exercício livre da vontade do testador. Neste sentido, o autor parece atribuir a ausência de pronúncia da Comissão relativamente ao exercício de facto da enfermagem a um mero lapso. No seguimento da constatação de que o termo “médico” foi entendido como suficiente para englobar o exercício da medicina titulado e não titulado, diz-nos este autor que, *“se isto é assim, é porque com o termo “médico” se engloba tanto aquele que exerce legalmente funções médicas, como aquele que as exerce de facto, ainda que ilegalmente. E semelhantemente – mau grado a Comissão Revisora não se ter debruçado de modo expreso sobre a questão – porque com o termo “enfermeiro” se refere tanto aquele que exerce legalmente funções de enfermagem como aquele que as exerce de facto, ainda que ilegalmente”*.

Em suma, este autor conclui pela nulidade da disposição feita a favor do médico ou enfermeiro, quer este reúna em si as devidas habilitações académicas e profissionais para o exercício dessa profissão, sustentando a sua posição na letra e no espírito da norma, devidamente secundados pelos ensinamentos retirados dos trabalhos preparatórios²⁰⁴.

No que diz respeito à jurisprudência, é precisamente neste campo que encontramos maior divergência de opiniões, havendo decisões dos tribunais superiores quer num sentido quer noutro. Neste aspecto, é na produção jurisprudencial que conseguimos encontrar maior diversidade argumentativa, capaz de contribuir para uma conclusão mais assertiva sobre a questão controvertida²⁰⁵.

Manifestando uma posição contrária à do autor anteriormente citado – aliás, foi precisamente na sequência deste acórdão que Cunha de Sá discorreu sobre a aplicabilidade do preceito aos casos de exercício de facto daquelas profissões –, temos o

²⁰⁴ IDEM, pp.28-29. A conclusão é a mesma no que toca à questão do falso médico ou enfermeiro.

²⁰⁵ A produção jurisprudencial sobre este tema não é propriamente abundante, mas, ainda assim, suficiente ao ponto de encontrarmos posições diferentes quanto à resolução deste problema. O mesmo não se verifica na doutrina que, como verificámos, apenas conta com o contributo de Cunha de Sá para uma solução desta dúvida interpretativa.

acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 4 de julho de 1975²⁰⁶. Aqui, perante um caso de uma deixa testamentária nos termos do art.º 2194.º, mas em que o sujeito passivo não era um enfermeiro diplomado, o Supremo Tribunal de Justiça, corroborando a decisão do Tribunal da Relação de Lisboa e contrariamente àquilo que tinha sido decidido em primeira instância, entendeu que não seria de aplicar este preceito, pois a referência legal a médico, enfermeiro ou sacerdote circunscreve-se ao sentido técnico da palavra²⁰⁷. Apoiando-se na literalidade da norma, o STJ entendeu que a qualificação adotada pelo legislador se fez por referência ao sujeito que exerce a atividade (o enfermeiro) e não à atividade propriamente dita (a enfermagem). Como tal, só aquele que efetivamente exercesse legalmente a profissão é que se encontraria abrangido pela norma, e não todos aqueles que praticassem actos subsumíveis à atividade de enfermagem. Sustentou ainda a sua posição socorrendo-se de um elemento tirado da história do preceito, afirmando que a Comissão Revisora, quando mandatou o seu relator para encontrar uma redação que incluísse aqueles que exercessem ilegalmente funções médicas, só relativamente a estes – e não aos enfermeiros – é que considerou ser de aplicar o regime da nulidade da disposição. Caso contrário, a Comissão Revisora ter-se-ia referido expressamente ao exercício ilegal da enfermagem, o que manifestamente não fez. Mais recentemente, num caso com contornos semelhantes²⁰⁸, em acórdão datado de 13 de maio de 2004, o STJ voltou a pronunciar-se sobre a questão, entendendo igualmente que “*a referência do artigo 2194º do Código Civil ao enfermeiro reporta-se ao que tem a qualidade legal de enfermeiro, não abrangendo quaisquer outras pessoas que, movidas por razões de amizade ou de solidariedade, hajam prestado ao testador serviços e cuidados de enfermagem*”²⁰⁹. Na sua essência, este acórdão utiliza argumentação muito semelhante ao anteriormente analisado, centrando a questão no elemento literal da norma que, no seu entender, reproduz um conceito técnico da palavra ‘enfermeiro’. Este acórdão chama também à atenção para o facto de o legislador, apesar de pretender alargar o regime de

²⁰⁶ SÁ, Cunha de – *op.cit.*, p.19.

²⁰⁷ Note-se que neste acórdão deu-se como provado os restantes requisitos necessários à efetivação da indisponibilidade, entendendo que só estaríamos perante uma situação abrangida pelo art.º 2194.º se o beneficiário fosse efetivamente enfermeiro. No caso concreto, para cuja leitura se remete, estava em causa a prestação de cuidados por parte de uma pessoa que acolheu a doente em sua casa, prestando-lhe todos os cuidados necessários, inclusive em cumprimento das indicações dadas pelo médico que a acompanhava periodicamente. Aliás, o Tribunal da Relação, no acórdão que antecedeu o do STJ, entendeu que a cuidadora se apresentou perante o doente a exercer uma enfermagem ilegal, ou seja, não se estava perante uma situação onde eram praticados atos esporádicos de tratamento que qualquer pessoa pode fazer (como é o caso da simples ajuda em tomar um medicamento ou a tratar da higiene pessoal).

²⁰⁸ A semelhança deste caso com o anterior prende-se exclusivamente com a prática de atos típicos da enfermagem por parte de uma pessoa sem a habilitação legal de enfermeiro. Contudo, o caso torna-se um pouco diferente na medida em que, aqui, a deixa testamentária teve como destinatário um afilhado com o qual o testador sempre manteve relações de grande amizade. No caso anterior, não havia nenhum vínculo semelhante a este, pois o beneficiário não mantinha nenhuma relação de proximidade com o testador, tanto é que acabou por se provar que o testamento foi feito sob coação, tendo-se aplicado o art.º 2201.º.

²⁰⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 1ª Secção, de 13 de Maio de 2004 (04B1452), relatado pelo Juiz Conselheiro Araújo Barros, disponível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/5090d61597bf715d80256eb300513379?OpenDocument>[Em linha].

indisponibilidades, tê-lo feito em termos muito restritos, tanto é que a proposta de Vaz Serra, no sentido de alargar a todos aqueles que no exercício da profissão prestassem assistência ao doente, foi liminarmente recusada. Consideraram os Juízes Conselheiros que um entendimento amplo deste preceito acabaria por abarcar situações que não parecem ter sido desejadas pelo legislador, podendo levar a uma confusão de planos entre a atividade de enfermagem e por exemplo, a empregada doméstica ou até ao amigo do doente que lhe presta esporadicamente auxílio. Por último, e à semelhança do acórdão anterior, salientam que as instruções da Comissão Revisora para com o seu relator, no sentido de englobar na norma o exercício ilegal da medicina, nada dizendo relativamente às outras funções, é um argumento que reforça a interpretação restritiva do art.º 2194.º. Deste modo, concluem que, *“porque se deve entender que o legislador soube exprimir em termos adequados o seu pensamento, certamente traduzido na letra da norma consagrada, a partir da qual, em primeira análise deve ser reconstituído o pensamento legislativo (art. 9º, nºs 1 e 3) não pode deixar de se ter como resultado interpretativo que o art. 2194º fez uma enunciação taxativa das pessoas relativamente às quais não pode o doente dispor através de testamento”*.

Por outro lado, também é possível encontrar na jurisprudência do STJ algumas decisões em sentido contrário às que acabámos de expor, pugnando exatamente pela aplicabilidade do art.º 2194.º às situações de exercício de facto daquelas profissões. Tenha-se como exemplo o Acórdão do STJ, datado de 13 de setembro de 2011, onde se levantou a questão da aplicabilidade deste artigo a uma situação em que a beneficiária da disposição testamentária era auxiliar de enfermagem – não uma enfermeira titulada, portanto – e que praticou atos próprios da enfermagem ao testador. Cumpridos que estavam os restantes requisitos desta causa de indisponibilidade, o STJ concluiu que será igualmente de aplicar este preceito aos *“casos em que os actos de tratamento da doença sejam efectuados por quem, não sendo médico ou enfermeiro, se arrogue tal qualidade ou se assuma como conhecedor das artes da medicina e da enfermagem ou ainda por quem, objetivamente, atentas as circunstâncias do caso, trate da doença, praticando actos de médico ou serviços de enfermagem. Em todas essas circunstâncias é de considerar verificada uma situação de dependência psicológica entre o doente e a pessoa que dele trata.”*²¹⁰. No caso concreto, ficou provado que as Rés, auxiliares de

²¹⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 6ª Secção, de 13 de Setembro de 2011 (6066/05.OTVLSB.L1.S1), relatado pelo Juiz Conselheiro Salazar Casanova, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f9566f1ec862c13280257911002e9d17?OpenDocument> [Em linha].

enfermagem, “*praticavam actos que se traduziam na aplicação de tratamentos prescritos pelo enfermeiro, integradas, portanto, na organização dos serviços de tratamento de enfermagem que o lar dispensava à testadora que eram dirigidos e orientados pelo enfermeiro*”²¹¹. Neste acórdão, os Juízes Conselheiros seguiram essencialmente a mesma argumentação utilizada por Cunha de Sá para incluir no espírito da norma o exercício de facto da enfermagem, ou os falsos enfermeiros. Tal como este autor, consideraram que, atendendo à *ratio legis* da norma e à própria evolução histórica do preceito, outra conclusão não poderia ser extraída, que não fosse a da interpretação extensiva do art. 2194.º, de modo a abranger também aquelas situações. Entendem que a dependência psicológica a que o testador está sujeito nestas situações não é menor, nem diferente, daquela que existe em relação aos profissionais devidamente habilitados para exercer a profissão. Aliás, este era precisamente o entendimento de Cunha Gonçalves em relação ao art.º 1769.º do Código de Seabra, regime que inspirou o actual art.º 2194.^{o212}. Este acórdão trouxe também à colação o facto de a Comissão que presidiu aos trabalhos preparatórios ter mandatado o seu relator para encontrar uma redação que incluísse, para além dos enfermeiros, aqueles que exercessem de facto a medicina. Como Cunha de Sá, entendem que não há razão nenhuma que justifique um tratamento diferente entre o exercício de facto da medicina e o exercício de facto da enfermagem. Ademais, se a solução que o legislador encontrou para englobar o exercício legal e ilegal da medicina foi a utilização da expressão “*médico*”, também se deverá entender que a expressão “*enfermeiro*” é passível de englobar aquelas duas situações. Outro argumento aduzido neste acórdão, cuja reflexão é bastante interessante, prende-se com o facto de ser necessário, em cada caso concreto, aferir se estamos perante uma verdadeira situação de tratamento a um doente, ou se, por outro lado, estarão em causa ações de mero auxílio. Quanto a estas últimas, entendem que a norma não será de aplicar a casos em que esteja em causa, por exemplo, a situação do amigo, do vizinho, do empregado doméstico que lembra ou ajuda o doente de tomar os seus remédios, ou que até o auxilia em alguns atos do quotidiano como as deslocações ao hospital ou até nos seus cuidados de higiene. Estes não devem ser considerados atos médicos ou de enfermagem, pois quando a lei se refere a “tratar do testador”, não tem em vista os atos de mero auxílio pessoal ou de apoio e

²¹¹ Estes actos traduziram-se, por exemplo, o caso de aplicação de pomadas, de massagens e de tratamentos ao ombro esquerdo a uma doente de tumor maligno doloroso, vítima de atropelamento, com feridas ou fistulas nas pernas.

²¹² *Cf.* p. 52, e nota 144, em relação à posição de Cunha Gonçalves em relação à aplicação deste regime a outras situações em tudo semelhantes às tipificadas na lei.

assistência ao doente²¹³. Contudo, nem sempre é fácil, perante os casos concretos da vida, separar as águas entre aquilo que constituem actos de mero auxílio e verdadeiros tratamentos ao doente e, como tal, subsumíveis no art.º 2194.º. Em suma, conclui o acórdão que *"não parece haver nesses casos, de mero auxílio e de apoio, razão para presumir a dependência psicológica, que afecta a liberdade de acção, de quem sente que a sua vida está nas mãos - passe a expressão - da pessoa que, prestando serviços de cariz profissional como se profissional fosse, quando o não seja, adquire ipso facto o estatuto de autoridade e de ascendente sobre o doente que nela vê, não a pessoa que o ajuda nas coisas da vida, mas o profissional, o técnico, o conhecedor de saúde, qual médico ou enfermeiro, que o vai salvar ou, pelo menos, contribuir para minorar ou mesmo eliminar o seu sofrimento"*.

Após a análise da doutrina e da jurisprudência relativamente a esta matéria, consubstanciada nos exemplos acabados de citar, podemos concluir que estamos longe de ter um entendimento unânime relativamente a esta matéria. Por outro lado, e como já foi referido, a produção doutrinal e jurisprudencial em relação a tudo o que tem que ver com a problemática interpretativa em torno deste artigo é manifestamente escassa, o que dificulta invariavelmente a chegada a uma conclusão suportada e consistente. Estamos em crer que esta escassez não se deve à inexistência material de situações passíveis de originar um problema hermenêutico em torno da aplicação do art.º 2194.º, que, no nosso entender, são cada vez mais frequentes nos dias que correm. Sendo certo que a questão dos falsos profissionais é aquela que com menor frequência se poderá manifestar – ainda assim não seria a primeira vez que uma pessoa se fazia passar por médico ou padre durante vários anos –, já a questão dos médicos, enfermeiros e sacerdotes de facto, é um problema com maior frequência nos nossos dias. Falamos, por exemplo, concretamente de situações como a dos cuidadores informais, atualmente uma verdadeira profissão à margem de qualquer regulamentação em Portugal. Tratam-se de verdadeiros profissionais contratados para a prestação de um serviço a pessoas doentes, cujas tarefas desempenhadas são muitas das vezes subsumíveis a atos tipicamente praticados por enfermeiros. Como tal, impõe-se essencialmente à doutrina que se debruce sobre estes

²¹³ No mesmo sentido, Cunha de Sá afirmava que este tipo de actos não integram uma actividade de enfermagem, não devendo esta confundir-se com qualquer serviço prestado ao enfermo. Considera esta Autor que são tarefas próprias da enfermagem, por exemplo, *"as de recolher e fazer observar as prescrições médicas, aí incluída designadamente a subministração de medicamentos, assegurar os cuidados indispensáveis à higiene do doente e fornecer-lhe alimentação (quando, obviamente ele não possa comer por si próprio). Trata-se, por outro lado, de uma actividade e não de actos esporádicos e isolados"*. SÁ, F.A. Cunha de – *op.cit.*, p.21, nota 22.

casos, tentando evidenciar o verdadeiro sentido e alcance do art.º 2194.º, de forma a poder responder aos problemas que invariavelmente surgirão.

3- A Penalização do Cúmplice do Testador Adúltero do Artigo 2196.º – Um Problema de Eficácia Externa das Obrigações?

3.1 – O Casamento é um Contrato?

Iniciamos a análise da presente questão com uma pergunta que, apesar de óbvia, não é despicienda, isto se atendermos ao facto de existirem algumas posições na doutrina, claramente residuais, mas que ainda assim se manifestam contra a contratualidade deste ato jurídico. Será que o casamento é efetivamente um contrato? Como já referimos, é a própria lei que nos remete para esta ideia, referindo-se o art.º 1577.º ao casamento enquanto “*o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste código*”. Como sabemos, o contrato é um negócio jurídico e, dentro desta categoria de atos jurídicos, é categorizado como um negócio jurídico bilateral. Apesar de o nosso Código Civil não definir o conceito de negócio jurídico, tem entendido a doutrina que os mesmos “*são actos jurídicos constituídos por uma ou mais declarações de vontade, dirigidas à realização de certos efeitos práticos, com a intenção de os alcançar sob a tutela do direito, determinando o ordenamento jurídico a produção dos efeitos jurídicos conformes à intenção manifestada pelo declarante ou declarantes*”²¹⁴. Já a bilateralidade dos negócios jurídicos caracteriza-se pela existência de “*duas ou mais declarações de vontade, de conteúdo oposto, mas convergente, ajustando-se na sua comum pretensão de produzir resultado jurídico unitário, embora com um significado para cada parte. Há assim uma oferta ou proposta e a aceitação, que se conciliam num consenso*”²¹⁵. Deste modo, atendendo ao facto de o ato de casar se subsumir àquilo que é a definição de um contrato, e ao facto de a própria lei o definir enquanto tal – indicação cujo valor não deve

²¹⁴ PINTO, Carlos Alberto da Mota – *op.cit.*, p.380. Esta definição é bastante semelhante àquela que é adiantada por Heinrich Horster que, socorrendo-se da definição formulada nos trabalhos preparatórios do BGB – do qual proveio o conceito moderno de negócio jurídico – define o negócio jurídico como a “declaração de vontade (willenserklärung) privada que visa a produção de um efeito jurídico que se verifica conforme a ordem jurídica por ter sido querido pelas partes. HORSTER, Henrich Ewald – *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*. 6ª reimpressão da ed. de 1992 Coimbra: Edições Almedina, 2012, p.417.

²¹⁵ PINTO, Carlos Alberto da Mota – *op.cit.*, p.385.

ser subestimado²¹⁶ –, não restam dúvidas quanto à sua contratualidade. Aliás esta qualificação enquanto contrato não é propriamente uma novidade, uma vez que já o Código Civil anterior se referia ao casamento enquanto tal. Ainda assim, existem algumas doutrinas, ainda que minoritárias, no sentido de negar esta contratualidade do casamento, propondo antes a sua qualificação como acordo, instituição, ato jurídico simples, ou até mesmo como um ato administrativo. Na verdade, nenhuma destas posições – maioritariamente originárias da doutrina estrangeira – tem colhido seguidores no seio da comunidade jurídica portuguesa, sendo quase unânime a recondução do casamento à figura de um contrato²¹⁷.

Assim, e como refere Guilherme de Oliveira, não se vislumbram “razões para abandonar a doutrina tradicional que vê no casamento um simples contrato de direito privado”, ainda que, efetivamente, o mesmo se revista de algumas particularidades próprias destes negócios jurídicos²¹⁸. Os negócios jurídicos bilaterais, enquanto expoente máximo da autonomia privada, assentam no princípio da liberdade contratual segundo o qual, “dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos (...)” (art.º 405.º). Se por um lado é no domínio das obrigações em geral que este princípio atinge a sua maior amplitude, já no campo dos negócios familiares – como é o casamento²¹⁹ – o espaço para o exercício dessa autonomia é bastante mais reduzido, sobretudo no que concerne à livre fixação do seu conteúdo contratual. No que a este contrato diz respeito, a autonomia das partes assenta essencialmente na liberdade de decidir quando e com quem querem casar, uma vez que os seus efeitos essenciais não se encontram na disponibilidade das partes. Referimo-nos especificamente aos efeitos pessoais do casamento, nomeadamente aos direitos e deveres conjugais que, como se sabe, são fixados imperativamente pela lei, não sendo possível às partes alterar os mesmos (art.º 1699.º, n.º 1, al.b). Do mesmo modo, não é possível às partes sujeitar o contrato de casamento a condição, a termo ou à preexistência de algum facto (art.º 1618.º, n.º 2). Ainda assim, relativamente aos deveres conjugais, podem sempre as partes decidir sobre o modo de cumprimento de alguns deles. Em concreto, devem os cônjuges acordar sobre a orientação da vida em comum (art.º 1671.º, n.º 2), a residência da família também deve ser escolhida de comum acordo (art.º 1673.º, n.º1), bem como podem os mesmos decidir

²¹⁶ COELHO, Francisco Pereira, OLIVEIRA, Guilherme de – *Curso de Direito da Família: Introdução Direito Matrimonial*. 5º ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p.232.

²¹⁷ Precisamente pela quase unanimidade quanto à contratualidade do casamento, que nos dispensamos de relatar pormenorizadamente quais os argumentos a favor de cada uma das posições mencionadas. Ainda assim, para uma análise das mesmas, vide IDEM, *Ibidem*, nota 60, e PINHEIRO, Jorge Duarte – *O Direito da Família Contemporâneo*. 3ª ed. Lisboa: AAFDL, 2012, pp. 421-422.

²¹⁸ COELHO, Francisco Pereira, OLIVEIRA, Guilherme de – *op.cit.*, p.234.

²¹⁹ Para além do casamento, temos como exemplos de outros negócios familiares como o caso da adoção e da perfilhação.

sobre o modo como cada um irá contribuir para os encargos da vida familiar (art.º 1676.º). Já no que diz respeito à escolha do regime de bens, estamos perante um campo mais alargado de autonomia, ainda que, em boa verdade, o exercício da mesma não se concretize no contrato de casamento, mas sim no campo das convenções antenupciais. Enquanto verdadeiros negócios jurídicos bilaterais, as convenções dão algum espaço para o exercício da autonomia aos cônjuges, nomeadamente pela possibilidade de os contraentes fixarem livremente o regime de bens que pretendem para o casamento (arts.º 1698.º e 1699.º)²²⁰.

Em suma, ainda que o contrato de casamento se afaste em muitos pontos do regime geral dos negócios jurídicos previstos para o direito das obrigações, certo é que não podemos deixar de classificar esse ato como um verdadeiro negócio jurídico bilateral. É a própria lei que assim o define, para além de ser esta a noção que melhor reflete a sua essência, encerrando “*a união livre de duas pessoas para prosseguirem objectivos comuns*”²²¹. Como tal, acompanhamos o entendimento de Guilherme de Oliveira e Pereira Coelho quando afirmam que “*o consentimento dos nubentes é que constitui o núcleo essencial e verdadeiramente fundamental do matrimónio, devendo repudiar-se a tendência para o desvalorizar ou diminuir o seu alcance e função. Se a noção de contratualidade serve para exprimir esta ideia, devemos conservá-la e defendê-la ciosamente*”²²².

3.2 – Os Direitos/Deveres Conjugais – Uma Obrigação Contratual ou uma Questão de Direitos Absolutos?

Chegados então à conclusão de que o casamento é efetivamente um contrato, posição que é sufragada pela generalidade da doutrina portuguesa, importa agora perceber de que forma é que esta conclusão se compatibiliza com a *ratio legis* do art.º 2196.º. Recordemos o que enunciámos anteriormente quanto à razão de ser deste artigo, sobretudo as considerações feitas por Jorge Duarte Pinheiro. Assim, vimos que este autor considera “*que é por estarmos perante “a violação de um dever – justamente, o dever conjugal de não ter relações com terceiro”, que o cônjuge adúltero não poderá beneficiar*

²²⁰ Esta liberdade traduz-se na possibilidade de escolherem um dos regimes tipificados na lei ou de estipularem o que lhes aprouver, dentro dos limites da lei.

²²¹ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de – *Lições de Direito da Família*. 3ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2017, p. 172.

²²² COELHO, Francisco Pereira, OLIVEIRA, Guilherme de – *op.cit.*, p.235.

o seu cúmplice, e este, por sua vez, não poderá adquirir os bens que lhe forem deixados pelo testador. Complementa este autor dizendo que “esta indisponibilidade constitui uma manifestação da oponibilidade erga omnes dos deveres conjugais (mais precisamente do de fidelidade), de que os terceiros são obrigados a não contribuírem para o incumprimento nem para a impossibilidade de cumprimento dos deveres a que os cônjuges estão reciprocamente vinculados”²²³.

Deste modo, questionamo-nos de que forma se mostra compatível defender a qualificação do casamento como um contrato e, ao mesmo tempo, afirmar que os deveres conjugais são oponíveis *erga omnes*, enquanto manifestações de direitos absolutos como são os direitos de personalidade. Sendo o casamento um contrato e surgindo os deveres conjugais no momento em que é celebrado o mesmo, não deveríamos concluir pela sua eficácia *inter partes*, tal como ditam as regras gerais do direito das obrigações? Uma conclusão não exclui necessariamente a outra? Apesar da aparente simplicidade da resposta, a verdade é que estamos a falar de questões muito debatidas na doutrina, e para as quais não se encontram soluções unívocas. Assim, torna-se necessário destrinçar melhor a questão relativa à fonte dos direitos e deveres conjugais e das consequências que daí poderão advir no âmbito do art.º 2196.º. Contudo, esta questão não tem sido abordada pela doutrina e pela jurisprudência no âmbito do direito sucessório, mas sim, no âmbito do direito da família – onde os direitos e deveres conjugais vêm consagrados. Em particular, este tema tem sido debatido sobretudo no âmbito da responsabilidade civil em que os cônjuges incorrem pela violação dos deveres conjugais. É precisamente neste contexto, ou seja, na análise das consequências jurídicas que advém da violação de um direito, que é possível evidenciar de uma forma mais clara a verdadeira origem dos mesmos. No caso concreto, importará perceber se, pela violação de um dever conjugal, os cônjuges incorrem na obrigação de indemnizar com base no instituto da responsabilidade civil contratual ou extracontratual. Quanto a esta questão, a doutrina e a jurisprudência têm-se pronunciado com alguma frequência, tendo vindo a assumir posições distintas quanto à natureza dos deveres conjugais e, naturalmente, quanto às repercussões indemnizatórias da sua violação.

Façamos então uma breve resenha sobre a natureza dos direitos e deveres conjugais e da forma como tem evoluído o entendimento da doutrina e da jurisprudência

²²³ P. 57, nota 154.

relativamente às consequências indemnizatórias pela violação destes direitos familiares pessoais.

Iniciando a questão de uma forma mais lata, podemos dizer que a reparação de danos no âmbito da relação conjugal está intrinsecamente ligada à instituição do regime democrático em Portugal, sendo a Constituição da República Portuguesa, de 1976, a fonte da qual brotaram os imperativos éticos que ditaram a positivação deste direito. O nosso Código Civil, enquanto conjunto normativo que regula as relações entre particulares e, neste caso concreto, as relações familiares, era um corolário dos valores em que assentava a sociedade portuguesa, com particular destaque para os direitos e deveres dos cônjuges. Aqui, o art.º 36º, n.º 3, da CRP veio consagrar a plena igualdade de direitos e deveres entre cônjuges, rompendo-se assim com uma visão conservadora da chamada “*sociedade conjugal*”, que em vários contextos diminuía os direitos das mulheres. Nas palavras de Antunes Varela, operou-se a uma substituição do anterior “*modelo de sociedade conjugal diferenciada, assente na complementaridade dos sexos, reflectida na função específica de cada um dos cônjuges dentro da família*” por uma “*sociedade funcionalmente indiferenciada ou, pelo menos, não tipicamente diferenciada, assente sobre dois novos princípios: o da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (igualdade jurídica) e o da direcção conjunta ou da co-direcção, quer nas relações de carácter pessoal, quer nos assuntos de natureza patrimonial*”²²⁴.

Na senda das profundas alterações protagonizadas pela nova CRP, tornou-se necessário incorporar no espírito do Código Civil estes renovados princípios e valores, adaptando-os à nova realidade jurídico-constitucional. Neste sentido, foi realizada uma profunda reforma do mesmo, pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro, onde se introduziram significativas modificações ao regime do direito matrimonial. Ao passar a consagrar a igualdade de direitos entre os cônjuges e ao introduzir novos deveres entre os mesmos (arts.º 1671.º e 1672.º), pode afirmar-se que houve “*um reforço da tutela da personalidade dos cônjuges em detrimento do tradicional cunho institucional da família*”²²⁵. Intrinsecamente ligado ao reforço dos direitos/deveres dos cônjuges, esteve a introdução do art.º 1792.º que passou a prever a possibilidade de reparação de danos ao cônjuge lesado na sequência do decretamento do divórcio. Ditava assim o art.º 1792.º na sua redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, sob a epígrafe “*Reparação de danos não*

²²⁴ VARELA, João de Matos Antunes – *Direito da Família*. 5ª ed. Coimbra: Petrony, 1999, Vol.I, pp. 334-335

²²⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 2ª Secção, de 12 de Maio de 2016 (2325/12.3TVLSB.L1.S1), relatado pelo Juiz Conselheiro Manuel Tomé Soares Gomes, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/C56C09E13E9D3E7E80257FB1004EF1D5> [Em linha].

patrimoniais”: “1-O cônjuge declarado único ou principal culpado[...]devem reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento; 2-O pedido de indemnização deve ser deduzido na própria acção de divórcio.”.

Desconstruindo este artigo percebemos que: apenas o cônjuge que fosse declarado culpado, ou principal culpado pelo divórcio, estava obrigado a indemnizar; só os danos não patrimoniais mereciam a tutela do direito; somente os danos não patrimoniais causados pela dissolução do casamento seriam indemnizáveis; por fim, estes mesmos danos teriam de ser peticionados na própria ação de divórcio.

Podemos assim concluir que, à luz da letra da lei, o divórcio constituía a causa de pedir da ação indemnizatória, e que só os danos que fossem consequência direta do mesmo poderiam ser indemnizados²²⁶. Visto que a norma em causa não fazia qualquer referência aos danos causados pela violação dos deveres conjugais, muitas foram as teses que desde então se debruçaram sobre a ressarcibilidade ou não destes danos. Neste ponto, a doutrina encontrava-se bastante dividida, havendo quem pugnassem pela sua admissibilidade e quem a rejeitasse. Como precursor deste entendimento, Antunes Varela teoriza acerca da “fragilidade da garantia” dos direitos familiares pessoais. Esta posição assenta no entendimento de que não é possível exigir coercivamente o cumprimento dos deveres aos quais os cônjuges estão vinculados sendo, conseqüentemente, impossível haver um efeito indemnizatório. Para este autor “*as sanções contra a inobservância dos deveres conjugais, no plano das relações internas, encontram-se geralmente no direito de divórcio e no instituto da separação*”²²⁷. Também Leite de Campos entendia que “*a observância dos deveres familiares pessoais está tutelada por uma garantia mais frágil do que a dos deveres em geral, não desencadeando, por si, qualquer espécie de sanção para além da dissolução do vínculo ofendido*”²²⁸. Ou seja, para estes autores a única sanção possível para o incumprimento dos deveres conjugais circunscreve-se ao próprio divórcio, naquilo a que chamam “divórcio-sanção”. Defendem também estes autores que, fruto da natureza particular dos direitos pessoais familiares, devia ser feita uma interpretação restritiva do art.º 483.º, com fundamento na “*consideração da essência ética do casamento, a defesa da paz familiar e o propósito de evitar uma excessiva intervenção do Estado na vida da família*”²²⁹.

²²⁶ Já os factos que estivessem na origem do divórcio (por ex. a violação dos deveres conjugais), não estavam abrangidos pela norma

²²⁷ IDEM, pp.369-371.

²²⁸ CAMPOS, Diogo Leite de - *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2ª ed. Revista e atualizada Coimbra: Edições Almedina, 2012, pp. 141-142.

²²⁹ PEREIRA COELHO, Francisco; GUILERME DE OULIVEIRA- *op.cit.*, pp. 182-183

Por outro lado, alguns autores sempre negaram a tese da “fragilidade da garantia” considerando que os direitos conjugais eram verdadeiros direitos subjetivos, sendo possível responsabilizar civilmente o cônjuge que violasse os seus deveres conjugais. Como defensor desta posição, Heinrich Hörster entende que “os direitos familiares pessoais – pese embora a sua natureza “sui generis” – são concebidos como direitos privados, o que significa que lhes subjaz o binómio “liberdade-responsabilidade”²³⁰. No mesmo sentido, Ângela Cerdeira entende que é possível exigir o cumprimento dos deveres conjugais, pois os direitos a que correspondem esses deveres não são meras obrigações naturais, ou seja, meros poderes de pretensão²³¹. Já Cristina Dias defende que, efetivamente, não é possível exigir coercivamente o cumprimento dos deveres conjugais (puramente pessoais), sendo que estes se caracterizam pela sua infungibilidade (não é possível, por exemplo, recorrer à execução específica). Contudo, conclui que isso não significa que não haja consequências para o seu incumprimento, como é o caso do direito à indemnização²³². Posição premonitória parecia ser a de Pereira Coelho que, mesmo antes da introdução do art.º 1972.º pela reforma de 1977, advogava que “os actos culposos que servem de fundamento ao divórcio, enquanto violam ou ofendem direitos familiares pessoais do outro cônjuge, constituirão o seu autor em uma obrigação de indemnizar por todos os prejuízos causados”, considerando que é “nesta obrigação de indemnizar que estará, verdadeiramente a sanção para o não cumprimento dos deveres matrimoniais”²³³. Desta forma, este autor abria as portas a que, independentemente de se prever uma norma específica para o caso, os danos decorrentes da violação dos deveres conjugais seriam indemnizáveis.

No que toca à jurisprudência, verificámos que a mesma tendia a defender que os danos resultantes da violação dos deveres conjugais seriam indemnizáveis, nos termos gerais da responsabilidade civil, mas em ação autónoma à do divórcio. Nesta ação apenas admitiam a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais causados pela dissolução do casamento e não pelos factos que estiveram na sua origem. Exemplo disso é o acórdão do STJ, de 9 de março de 2004, onde se pode lê que “o cônjuge declarado único ou principal culpado e, bem assim, o cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento na al. c) do art.º

²³⁰ HORSTER, Heinrich Ewald - *A Respeito da Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre si (ou: A Doutrina da “Fragilidade da Garantia” será válida? in publicado na Revista Scientia Iuridica, Janeiro-Junho 1995, Tomo XLIV, números 253/255, 113-124. apud Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 2ª Secção, de 12 de Maio de 2016 (2325/12.3TVLSB.L1.S1), relatado pelo Juiz Conselheiro Manuel Tomé Soares Gomes.*

²³¹ CERDEIRA, Ângela - *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si.* Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 95.

²³² DIAS, Cristina Araújo – Responsabilidade e indemnização por perda do direito ao débito conjugal – Considerações em torno do art. 496.º do Código Civil. Separata de “Scientia Iuridica”, Tomo LXI, 2012, n.º 329, p.399, nota 16.

²³³ PEREIRA COELHO, Francisco – Curso de Direito de Família, Direito Matrimonial. Coimbra: Cooperativa Académica de Consumo, 1969. Tomo 2, p. 366.

1781º, deve reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento" (conf. nº 1 desse preceito), sendo que "o pedido de indemnização deve ser deduzido na própria acção de divórcio" (nº 2 respectivo). Contrapondo, no entanto, que "situação diferente é a dos danos resultantes de factos que constituem o fundamento da dissolução do divórcio, ou seja, danos consubstanciados nos próprios factos que deram causa ao divórcio, pois que a indemnização por tais danos, agora patrimoniais ou não patrimoniais, só pode ser pedida em acção declaratória comum"²³⁴.

Constatamos assim que, apesar de não se admitir a indemnização dos danos decorrentes da violação dos deveres conjugais na mesma acção onde se requeria o divórcio, a jurisprudência manifestava-se no sentido de admitir a reparação destes danos ainda que em acção declarativa autónoma²³⁵.

Com a alteração ao regime jurídico do divórcio pela lei 61/2008, de 31 de outubro, introduziram-se transformações significativas ao art.º 1792.º. Dispõe assim o mesmo, no seu n.º 1, agora sob a epígrafe "Reparação de danos" que: "O cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns". Da nova redação deste artigo, verificámos que se suprimiu a referência aos danos causados pela dissolução do casamento²³⁶, permitindo que outros danos possam ser indemnizáveis. Por outro lado, dita agora a norma que a reparação destes danos deve ser feita nos termos gerais da responsabilidade civil e a acção, que até agora corria por apenso ao divórcio, deverá ser interposta nos tribunais comuns. Segundo Henrich Horster, esta alteração ao art.º 1792.º ditou o fim da tese da "fragilidade da garantia", isto porque, deixando de se fazer referência aos danos causados pela dissolução do casamento, passando a referir-se apenas aos danos causados pelo outro cônjuge, estaria a abrir as portas a que os danos decorrentes da violação dos deveres conjugais passassem a ser indemnizados²³⁷. Note-se que, em termos gerais, este é o entendimento maioritário seguido pela nossa doutrina. Ainda assim Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira entendem que o art.º 1792.º, efectivamente,

²³⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de Outubro de 2004 (Proc. N.º 04B2767), relatado pela Juiz Conselheiro Ferreira de Almeida, disponível em http://www.dgsi.pt/jstj_nsf/0/dc7639200dda99ab80256f6500475d0e?OpenDocument [Em linha].

²³⁵ Não deixa de ser curioso que, apesar de na generalidade dos acórdãos consultados se admitir a ressarcibilidade em acção autónoma, a verdade é que só se conseguiu ter acesso a um acórdão em que, em acção autónoma, foi atribuída a indemnização por violação dos deveres conjugais. O acórdão em questão é do STJ, de 26/06/1991, publicado no BMJ n.º 408, páginas 538 e ss.

²³⁶ Actualmente a indemnização de danos causados pela dissolução do casamento apenas está prevista no n.º 2 deste artigo, referente ao divórcio nos termos do art.º 1781º al.b).

²³⁷ HORSTER, Henrich Ewald - *A responsabilidade civil entre os cônjuges in "E foram felizes para sempre...?, Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio, Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de Outubro de 2008"*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.109.

pretendeu clarificar a possibilidade de recurso ao instituto da responsabilidade civil no âmbito das relações conjugais. Contudo, pelo facto de se ter eliminado a violação culposa dos deveres conjugais como critério para o divórcio, os deveres conjugais ficaram sem qualquer garantia. Concluem assim que “*a responsabilidade civil que o artigo 1792.º menciona é apenas aquela que se funda na violação de direitos absolutos, independentemente da condição de cônjuge do lesante ou do lesado; é, pois, a responsabilidade extra-contratual*”²³⁸.

Também os tribunais, na senda daquilo que vinham a ser as suas decisões antes da entrada em vigor da lei 61/2008, têm decidido exatamente no sentido de admitir a indemnização por violação dos deveres conjugais. Tal como refere o acórdão do STJ, de 9 de fevereiro de 2012, a propósito da alteração dos fundamentos que estão na origem da obrigação de indemnizar, “*a violação culposa dos deveres conjugais deixa, assim, de constituir um dos fundamentos da acção de divórcio autónoma, para passar apenas a representar uma causa de pedir da acção de responsabilidade civil, destinada ao ressarcimento do cônjuge lesado, nos termos do disposto pelo artigo 1792º, nº 1, do CC*”²³⁹.

Constata-se assim que, pela introdução do art.º 1792.º, passou a consagrar-se explicitamente a possibilidade de recorrer ao instituto da responsabilidade civil para tutelar os direitos do cônjuge lesado na sequência da violação dos deveres conjugais. Deste modo, não restam grandes dúvidas, tanto na doutrina como na jurisprudência, quanto à sua ressarcibilidade²⁴⁰. Contudo, será de todo pertinente colocar a seguinte questão: ao referir-se à indemnização “*nos termos gerais da responsabilidade civil*”, a lei estará a remeter a questão para o campo da responsabilidade civil por factos ilícitos, seguindo as regras do art.º 483.º, ou estará a referir-se à responsabilidade contratual e, como tal, aplicar-se-ão as regras dos arts.º 798.º e ss.?

A resposta a esta questão está indissociavelmente ligada à questão da natureza dos deveres conjugais, nomeadamente, em saber se os mesmos têm origem contratual, ou se, por outro lado, os mesmos não passam de manifestações de direitos absolutos. Assim, dependendo do entendimento que se tenha relativamente à natureza destes direitos

²³⁸ PEREIRA COELHO, Francisco; GUILERME DE OLIVEIRA – *op.cit.*, p. 184.

²³⁹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 1ª Secção, de 9 de Fevereiro de 2012 (819/09.7TMPRT.P1.S1), relatado pelo Juiz Conselheiro Hélder Roque, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/39c774e2ef22d7b4802579a600588a16?OpenDocument> [Em linha].

²⁴⁰ Ressalva-se a posição de Guilherme de Oliveira e de Pereira Coelho que entendem que os deveres conjugais, enquanto tal, não gozam actualmente de nenhuma garantia. *Vide* nota 220.

familiares pessoais, a resposta à questão será necessariamente diferente. Vejamos então como é que a doutrina e a jurisprudência têm resolvido esta questão.

Olhando para a doutrina, verificamos que, na sua maioria, as posições vão de encontro à conceção dos deveres conjugais como manifestações de verdadeiros direitos absolutos, com eficácia *erga omnes*, e como tal indemnizáveis com recurso ao instituto da responsabilidade por factos ilícitos. Neste sentido, Antunes Varela e Capelo de Sousa são do entendimento que no ordenamento português²⁴¹ os direitos familiares pessoais são verdadeiros direitos absolutos, com eficácia *erga omnes*²⁴². Mesmo Heinrich Horster, que sempre se bateu contra a doutrina tradicional da fragilidade da garantia dos deveres conjugais e pela aplicação do regime da responsabilidade civil, defende, sem mais, que esse regime deve ser o da responsabilidade extracontratual²⁴³. Também a Dr.^a Maria Clara Sottomayor, em análise ao novo regime jurídico do divórcio, afirma que a putativa indemnização deve ser peticionada nos termos dos arts.º 483.º e ss., o que espelha a eficácia absoluta destes direitos²⁴⁴. Com uma argumentação ligeiramente diferente, Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira que afirmam que “*a responsabilidade civil que o artigo 1792.º menciona é apenas aquela que se funda na violação de direitos absolutos, independentemente da condição de cônjuge do lesante ou do lesado; é, pois, a responsabilidade extra-contratual*”²⁴⁵. Num artigo dedicado à questão da responsabilidade civil pela violação dos deveres conjugais, Guilherme de Oliveira esclarece que “*o sentido do art.º 1792.º é o de afirmar que apenas são indemnizáveis as violações de direitos absolutos, nos tribunais comuns da responsabilidade civil extracontratual; os atos dos cônjuges ou ex-cônjuges serão irrelevantes pela qualidade dos sujeitos, e apenas relevantes quanto atos de cidadãos que violam direitos de personalidade e direitos fundamentais de outros cidadãos. Dito por outras palavras, os comportamentos cuja ilicitude nasce do casamento, ou que só revelem a partir dele por ofenderem valores especificamente matrimoniais em vez de violarem direitos prévios de que toda a pessoa nasce titular, não suscitam responsabilidade civil, que seria a responsabilidade extracontratual*”²⁴⁶. Como se depreende da posição unitária seguida por

²⁴¹ Relativamente a Antunes Varela, este autor segue o mesmo entendimento maioritário da doutrina e da jurisprudência alemã.

²⁴² VARELA, Antunes – *op.cit.*, pp.369-371.

²⁴³ HORSTER, Henrich Ewald – *Op.cit.* p.109

²⁴⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara – *Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio in E foram felizes para sempre...?, Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio, Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de Outubro de 2008*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp.20-21

²⁴⁵ PEREIRA COELHO, Francisco; GUILERME DE OLIVEIRA – *op.cit.*, p. 184

²⁴⁶ GUILERME DE OLIVEIRA – *Responsabilidade Civil por violação dos deveres conjugais*. 2017, [Consult. 21 Ago. 2018]. Disponível em <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Responsabilidade-civil-por-violacao-dos-deveres-conjugais.pdf>. Argumentação idêntica é utilizada por Pereira Coelho, em análise crítica ao Acórdão do STJ de 12 de maio de 2016, para restringir a aplicação da responsabilidade civil aos casos em que a violação de um dever conjugal se traduz na violação de um direito de

estes dois autores, o art.º 1792.º pune a violação de direitos absolutos e não necessariamente a violação dos deveres conjugais, uma vez que entendem que, na sequência das alterações à lei do divórcio, os deveres conjugais ficaram sem garantia²⁴⁷.

Pese embora a tendência da doutrina seja a de subsumir os direitos/deveres conjugais a direitos absolutos, com eficácia *erga omnes*, têm surgido algumas posições no sentido de afirmar a origem contratual dos deveres conjugais e, como tal, a aplicação do regime da responsabilidade contratual. Neste sentido, Ângela Cerqueira defende que devemos “*qualificar o ilícito matrimonial como um ilícito contratual*”, uma vez que a violação dos deveres conjugais implica a “*inobservância de um dever específico, nascido do casamento, e não de um dever geral de conduta*”²⁴⁸. Também Diogo Leite de Campos e Mónica Martinez de Campos, defendem que os direitos familiares pessoais são direitos relativos, vinculando apenas certas e determinadas pessoas, não projetando os seus efeitos em relação a terceiros. Ainda assim, estes autores não afirmam perentoriamente que a violação dos deveres conjugais é geradora de responsabilidade civil contratual, ainda que seja essa a conclusão lógica a retirar das suas palavras²⁴⁹. Já Cristina Dias, defendendo uma posição mais híbrida, entende que, nas relações dos cônjuges entre si, “os direitos familiares parecem assumir características de direitos relativos”, aplicando-se assim as regras da responsabilidade civil contratual²⁵⁰. Já no que toca às relações dos cônjuges com terceiros, os direitos pessoais familiares funcionam como verdadeiros direitos absolutos e, como tal, têm de ser respeitados por portos, gozando de eficácia *erga omnes*.

Quanto à jurisprudência, esta tem acompanhado, em termos gerais, a posição daqueles que consideram os deveres conjugais como manifestações de direitos absolutos e, como tal, indemnizáveis nos termos da responsabilidade civil extra-contratual. A título de exemplo, veja-se o acórdão do STJ, de 12 de maio de 2016, onde foi decidido que “(...) *pelo menos em caso de concomitância de violação dos deveres conjugais pessoais e dos direitos de personalidade do cônjuge lesado, impõe-se reconhecer a admissibilidade do direito a indemnização com base nos termos gerais da responsabilidade civil*”²⁵¹,

personalidade de um dos cônjuges, afastando perentoriamente a aplicação do regime de responsabilidade civil à violação de deveres estritamente conjugais. Para uma melhor compreensão da posição do autor *vide* COELHO, Francisco Pereira – Anotação ao Acórdão de 12 de Maio de 2016 do Supremo Tribunal de Justiça. Revista de Legislação e Jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora, ano 147, n.º 4006, (2017), pp.41-67.

²⁴⁷ Contudo, parecem admitir que a violação dos deveres conjugais será indemnizável quanto de tal facto se traduzir igualmente na violação de um direito geral de personalidade.

²⁴⁸ CERDEIRA, Ângela – *op.cit.*, p.70.

²⁴⁹ CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de – *op.cit.*, p.132, pp.352-353.

²⁵⁰ DIAS, Cristina Araújo – *op.cit.*, nota 6 das pp. 393-394, e pp. 396-398.

²⁵¹ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 2ª Secção, de 12 de Maio de 2016 (2325/12.3TVLSB.L1.S1), relatado pelo Juiz Conselheiro Manuel Tomé Soares Gomes, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/C56C09E13E9D3E7E80257FB1004EF1D5> [Em linha].

aplicando para o efeito as regras dos arts.º 483.º e ss. Veja-se também o acórdão do STJ, de 17 de setembro de 2013, onde considerou que “*com excepção dos casos em que a ruptura do casamento é consequência de alteração das faculdades mentais do outro cônjuge – n.º 2 do art.º 1792.º do CC –, a lei deixou de fazer qualquer distinção entre os danos directamente resultantes da dissolução do casamento e os danos resultantes de factos ilícitos ocorridos na constância do matrimónio, nomeadamente os que possam ter conduzido ao divórcio, sendo, uns e outros, pelo menos em abstrato, ressarcíveis através de acção judicial para efectivação de responsabilidade civil*”. Acrescenta ainda que “*numa ou noutra situação, cabe ao cônjuge alegadamente lesado a demonstração de factos sustentadores da responsabilidade civil por factos ilícitos – art.º 483.º do CC*”²⁵². Em sentido contrário a esta posição, encontrámos apenas um acórdão do STJ, datado de 17 de fevereiro de 1983, onde foi entendido que seria de aplicar à violação dos deveres conjugais as regras da responsabilidade contratual, nomeadamente a presunção de culpa do art.º 799.^{o253}.

Observa-se assim, que existe uma tendência para interpretar a referência aos “*termos gerais da responsabilidade civil*” como dizendo respeito à responsabilidade civil extra-contratual, tanto da parte da doutrina como da jurisprudência. Se do lado da doutrina ainda vão aparecendo algumas vozes no sentido de defender a contratualidade dos deveres conjugais, já do lado da jurisprudência, parece que essa posição se esgotou com o acórdão do STJ de 1983. Desde então, não encontrámos mais nenhuma decisão que pugnassem pelo mesmo entendimento.

Como se verifica, pelas razões apontadas em alguns dos acórdãos para aplicação do regime do art.º 483.º, a questão da natureza dos deveres conjugais assume uma posição chave na compreensão do tema controvertido. Com efeito, a jurisprudência tem acompanhado a grande parte da doutrina que percebe os deveres conjugais como reflexos da proteção dos direitos de personalidade (ou pelo menos de alguns), previstos no art.º 70.^{o254}. Como tal, têm entendido que, pelo menos em caso de concomitância entre a violação de um dever conjugal e um direito de personalidade, haverá sempre lugar à reparação dos danos nos termos da responsabilidade civil – extra-contratual leia-se. Como afirma Capelo de Sousa, “*também no casamento, quer enquanto acto quer como estado,*

²⁵² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 1ª Secção, de 17 de Setembro de 2013 (5036/11.3TBVNG.P1.S1), relatado pelo Juiz Conselheiro Mário Mendes, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ccc15114e075480a80257be9004b6d9d?OpenDocument> [Em linha].

²⁵³ Revista de Legislação e Jurisprudência. Coimbra: Coimbra Editora, ano 117, n.º 3719, (1984), pp.61-64.

²⁵⁴ RAMIÃO, Tomé d’Almeida – *O divórcio e Questões Conexas, Regime Jurídico Actual*. 3ª ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2011, p.24.

*os cônjuges não alienam nas relações entre si a generalidade dos seus direitos de personalidade, pelo que, para além da inquestionável tutela civilística de bens essenciais como a vida e a integridade física nas relações entre os cônjuges, nos parecem ressarcíveis mesmo os danos não patrimoniais, desde que, v.g. a honra, a reputação, a liberdade e mesmo a intimidade, verificadas durante a vigência do casamento, que não apenas pela dissolução do casamento*²⁵⁵. Em suma, independentemente da conceção jurídica que se tenha relativamente aos deveres conjugais, é inegável que eles visam reforçar a tutela da personalidade dos cônjuges, quer esta decorra por imposição directa da lei, quer como consequência do contrato de casamento.

Para além das consequências expostas quanto ao regime de responsabilidade civil aplicável pela violação dos deveres conjugais, a diferente conceção que possamos ter sobre os direitos familiares pessoais influirá igualmente no alcance subjetivo dessa mesma responsabilidade. Por outras palavras, dependendo se se tratam de direitos absolutos ou de direitos relativos será possível repercutir os efeitos da sua violação numa terceira pessoa estranha à relação matrimonial. Este problema tem sido muito debatido na doutrina e na jurisprudência relativamente à responsabilização do cúmplice do cônjuge adúltero por violação do dever de fidelidade²⁵⁶. Como tal, para aqueles que qualificam os deveres conjugais como manifestações dos direitos de personalidade²⁵⁷, mas, perante terceiros, entendem que se tratam de direitos absolutos, a solução para o problema não levanta grandes dúvidas. Isto porque, estaríamos então perante a “*violação de deveres ou vínculos jurídicos gerais, isto é, de deveres de conduta impostos a todas as pessoas e que correspondem aos direitos absolutos (...)*”²⁵⁸. Estes têm como correlato a chamada *obrigação negativa ou passiva universal, que se traduz no dever que impende sobre as restantes pessoas de não perturbarem o exercício de tais Direitos*²⁵⁹. Já para aqueles que consideram os direitos familiares pessoais como verdadeiros direitos de origem contratual, a resposta não poderá deixar de ser diferente. Por contraposição aos direitos absolutos, os direitos relativos surgem na sequência da relação obrigacional estabelecida entre duas ou mais pessoas. A relatividade destes direitos significa que estes apenas têm eficácia *inter partes*, ou seja, “*corresponde-lhes um dever particular ou especial, em*

²⁵⁵ CAPELO DE SOUSA – *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp.450 e 451.

²⁵⁶ Quanto a este tema, vide DIAS, Cristina Araújo – *op.cit.*, pp. 406 e ss; CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de – *op.cit.*, p. 132.

²⁵⁷ O mesmo vale para aqueles autores que defendem a relatividade dos direitos familiares pessoais na relação entre os cônjuges, mas que em relação a terceiros entendem que os mesmos têm eficácia *erga omnes*.

²⁵⁸ COSTA, Mário Júlio de Almeida – *Direito das Obrigações*. 12.º ed. Revista e Actualizada: Edições Almedina, 2009, p.540.

²⁵⁹ IDEM, p.91.

*regra, de conteúdo positivo, e não um dever universal ou geral*²⁶⁰. Como tal, os direitos relativos apenas podem ser ofendidos pelos devedores daquela obrigação, e não a toda e qualquer pessoa como quando estão em causa direitos absolutos.

Do exposto resulta que as obrigações, em regra, não possuem eficácia externa, o que se traduz na inexigibilidade do seu cumprimento a um terceiro estranho à relação obrigacional estabelecida entre as partes. Este é precisamente o entendimento tradicional quanto à eficácia das obrigações, o qual tem sido seguido pela generalidade da doutrina e jurisprudência portuguesa²⁶¹. Sempre se diga que esta é precisamente aquela posição que melhor traduz aquilo que são os preceitos legais relativamente ao conteúdo e alcance das obrigações. Desde logo, veja-se o art.º 406.º, n.2, onde podemos ler que, “*em relação a terceiros, o contrato só produz efeitos nos casos e termos especialmente previstos na lei*”²⁶². Portanto, é a própria lei que enuncia que só em situações muito excepcionais é que será possível atribuir um efeito externo às obrigações, sendo necessário uma previsão legal e concreta para o efeito. Constatamos assim que existe um número muito restrito de situações em que é possível repercutir em terceiros a eficácia de relações às quais os mesmos sejam alheios. É o caso, por exemplo, do disposto nos arts.º 413.º e 421.º onde é dada a possibilidade às partes de atribuírem eficácia real ao contrato de promessa e ao pacto de preferência, e, como tal, tornar esse direito – que por princípio seria relativo – exigível perante terceiros.

Em suma, e após esta incursão sobre a qualificação jurídica do casamento e da natureza dos deveres conjugais, é notório que existe uma preponderância dos argumentos a favor da eficácia *erga omnes* dos deveres conjugais, uma vez que grande parte da doutrina os tem qualificado como manifestações de verdadeiros direitos de personalidade. Ainda que uma parte significativa da doutrina os qualifique como direitos relativos, realçando a sua origem contratual, acabam por restringir às relações estabelecidas entre os cônjuges as consequências dessa mesma contratualidade. Em relação a terceiros, entendem que esses direitos se manifestam de forma absoluta, gozando assim de eficácia *erga omnes* e cujo cumprimento pode ser exigido a terceiros estranhos à relação contratual estabelecida entre os cônjuges. Denotamos também que a jurisprudência segue precisamente o entendimento, aderindo *ipsis verbis*, à tese da oponibilidade *erga omnes* dos deveres conjugais. Ainda assim, começam a surgir algumas posições no seio da

²⁶⁰ IDEM, *Ibidem*.

²⁶¹ À luz daquilo que tem sido o entendimento geral da doutrina e da jurisprudência portuguesas, entendemos que a análise detalhada das posições que pugnam pela eficácia externa das obrigações não é de todo relevante para o objecto deste exercício.

²⁶² Podemos igualmente extrair esta conclusão com base, por exemplo, nos arts.º 413.º, 421.º, 1306.º, n.º1.

doutrina que negam esta faceta absoluta dos deveres conjugais, fazendo subsumir a sua gênese ao facto jurídico que lhes deu origem – o contrato de casamento – extraindo daí todas as legais consequências, sobretudo ao nível da sanção pelo seu incumprimento. Deste modo, constatamos que o enquadramento jurídico feito por parte da doutrina relativamente ao art.º 2196.º encontra-se alinhado com aquilo que é o entendimento maioritário quanto à natureza dos deveres conjugais. É, portanto, no regime dos direitos absolutos que é encontrada a justificação para impedir que aquele que instigou a violação de um dever conjugal retire benefícios na sequência da ilicitude da sua conduta.

SÍNTESE CRÍTICA

Encerrada a discussão em torno das problemáticas abordadas no presente exercício escrito, cumpre proceder a uma análise crítica das mesmas, oferecendo contributo à discussão gerada, numa tentativa de responder às questões inicialmente levantadas.

Traduzindo-se as indisponibilidades relativas numa inegável limitação à liberdade de testar, – ainda que, como vimos, o fundamento último das mesmas seja o da proteção dessa mesma liberdade – tornou-se imperioso proceder a um enquadramento geral do sistema sucessório português, por referência aos modelos sucessórios clássicos, e ao modo como o respeito pela autonomia privada se encontra axiológica e funcionalmente orientado neste ramo do direito. Através da análise executada concluímos que o nosso sistema é, de forma quase unânime, qualificado como sendo misto, posição com a qual concordamos, uma vez que reúne em si vários elementos típicos dos modelos sucessórios clássicos. Ainda assim, não podemos negar que a defesa dos interesses individuais e familiares tem um impacto bastante mais expressivo na conformação do nosso modelo sucessório do que os interesses que são inerentes ao modelo socialista-coletivista.

Neste sentido, concluímos que a sucessão testamentária e a sucessão contratual são os veículos através dos quais se dá corpo à realização do princípio da autonomia privada e da vontade no campo do Direito das Sucessões. Contudo, atendendo às limitações impostas pelo legislador quanto à celebração de pactos sucessórios, a sucessão testamentária deve ser entendida como a fonte de vocação sucessória que melhor traduz e efectiva aquilo que é a vontade individual dos cidadãos em dispor do seu património após a sua morte.

Centrando a discussão em torno do testamento e estabelecida a sua relação umbilical com o princípio da autonomia privada no âmbito sucessório, não podemos deixar de referir que aquilo que foi concebido como um espaço de liberdade não deixa, na verdade, de estar sujeito a uma série de restrições que comprimem essa mesma liberdade. Como vimos, o princípio da autonomia privada é um princípio basilar e orientador de toda a lógica em que assenta o nosso direito civil, particularmente no âmbito do direito das obrigações, onde se manifesta na sua forma mais ampla. Ainda assim, nem neste ramo do direito este princípio é assumido de uma forma absoluta, havendo sempre situações em que a autonomia privada terá que ceder perante a necessidade de defesa de outros interesses. Ora, como vimos, o modelo sucessório português está particularmente

orientado para a defesa de interesses extra-individuais, nomeadamente os coletivos e familiares. Ainda assim, entendemos que o direito das sucessões, sendo um ramo do direito civil, terá de assumir como seus todos os princípios que decorrem da lógica global em que assentam o direito civil. Por outras palavras, entendemos que o princípio da autonomia privada deverá ser entendido como a regra e, ainda que não se destaque em relação a nenhum dos outros interesses, deve pelo menos adquirir uma posição paritária. Contudo, se atentarmos às elevadas restrições impostas à manifestação e à efetivação deste princípio no âmbito sucessório, devemos questionar, com toda a legitimidade, se a autonomia da vontade funciona aqui como um princípio basilar ou antes como uma exceção a um regime que, em si mesmo, privilegia a defesa do carácter social e familiar da propriedade. Neste sentido, verificámos que a resposta a esta questão será tudo menos linear, variando em função do ângulo a partir do qual se aprecia o regime da sucessão testamentária em vigor. Assim, se analisarmos a sucessão testamentária de forma isolada, sem a concorrência dos restantes títulos de vocação sucessória, constatamos que o espaço para a realização e respeito pela vontade do *de cuius* é bastante amplo. Veja-se, por exemplo, a amplitude consagrada quanto à capacidade testamentária (arts.º 2188º e 2189.º), as regras atinentes à interpretação das disposições testamentárias (art.º 2187º) e o facto de, na eventualidade de não existirem herdeiros legitimários, toda a massa patrimonial do autor da sucessão poder ser distribuída segundo critério de vontade. Todavia, o fenómeno sucessório deve ser perspectivado como um todo, funcional e axiologicamente orientado, onde os vários títulos de vocação sucessória são, em regra, chamados a regular a sucessão do *de cuius*. Isto significa que a sucessão testamentária, em princípio, terá que se compatibilizar com o regime da sucessão legitimária, o que se traduzirá, invariavelmente, numa limitação da autonomia privada do autor da sucessão. Com a existência de herdeiros legitimários passam a ser trazidos à colação a defesa de outros interesses que não apenas aqueles que refletem a vertente individual e egoísta que compõe a propriedade. Aqui, evidencia-se a função social da propriedade, não na perspectiva da defesa de interesses da comunidade em geral, – leia-se, do Estado – mas sim da comunidade familiar, privilegiando-se a manutenção do património do *de cuius* no seio da sua família. A defesa destes interesses familiares ditará, portanto, uma compressão do elemento individualista da propriedade, o que se traduzirá num afastamento da vontade do autor da sucessão relativamente ao destino de uma porção dos seus bens – que na maior parte das vezes será de dois terços ou de metade da herança.

Como já concluímos aquando da análise da manifestação do princípio da autonomia privada no âmbito sucessório, a dialética estabelecida entre a sucessão legitimária e testamentária não é mais do que uma tentativa de conciliar o interesse individual e social da propriedade. Mas vimos também que esta relação de forças entre estes dois títulos de vocação sucessória nem sempre é equilibrada. Se teoricamente existe a possibilidade de o autor até ter na sua livre disponibilidade a maior parte dos seus bens – ou até mesmo a totalidade –, a verdade é que, atendendo às circunstâncias normais da vida, o mais comum será o *de cuius* deixar descendência ou mesmo cônjuge sobrevivente. Nestes casos, será difícil afirmar que o princípio da autonomia privada e da vontade se sobrepõem ao carácter social da propriedade, uma vez que, em regra, mais de metade do património que compõe a sua herança estará subtraído à sua disponibilidade.

Esta visão geral da manifestação da autonomia da vontade no âmbito sucessório permitiu-nos abrir o caminho para aquilo que constitui o objeto deste trabalho – a análise das indisponibilidades relativas –, mas também, e apesar de não diretamente compreendido neste objeto, levar-nos a questionar se o atual modelo sucessório português reflete aquilo que são as vivências e dinâmicas sociais às quais ele se aplica. Com efeito, consideramos que existe um excessivo pendor social/familiar no modo como está urdido o nosso modelo sucessório, sobretudo se tivermos em conta as dinâmicas sociais e familiares que temos vivenciado nas últimas décadas. Não descurando a importância da conceção da propriedade como um assunto que diz também respeito à comunidade, seja ela o próprio Estado ou a comunidade familiar, e tendo bem presentes os perigos que uma excessiva ênfase do elemento individual da mesma teria num direito sucessório com raízes romano-germânicas, estamos em crer que os padrões pelos quais se rege a atual sociedade portuguesa deveriam ditar uma atenuação do elemento social em detrimento da ênfase do elemento individual. Repare-se que nas últimas décadas, fruto das transformações económicas, sociais e profissionais, temos assistido a um fluxo populacional, tanto interno como externo, que necessariamente interfere nas dinâmicas estabelecidas no seio de cada família. A nível interno, constatamos que a procura e oferta laboral obriga a que cada vez mais as pessoas saiam do meio onde têm raízes familiares, em busca de novas oportunidades profissionais. Também sabemos que, tanto no setor público como no setor privado, muita da oferta laboral se encontra fixada nas principais cidades do país, o que origina necessariamente que as pessoas se fixem nesses territórios e acabem com constituir aí uma nova família. O velho ideal do ‘emprego à porta de casa’ é cada vez menos comum – aliás à porta de casa será, mas não daquela na qual cresceram

e onde se encontram as suas raízes familiares. O mesmo se observa no que toca à circunstância de vivermos numa sociedade cada vez mais global e interligada, que leva a que muitas pessoas procurem a realização dos seus objetivos pessoais e profissionais noutros países. Por outro lado, na sequência desta alteração das relações familiares, verificamos que a própria propriedade tem uma origem bastante diferente. Em primeiro lugar porque o contributo dos filhos para o aumento do património familiar é cada vez mais reduzido, ao contrário do que acontecia quando todos os elementos de uma família trabalhavam em atividades exercidas pelo chefe de família. Em segundo lugar, porque atualmente o conceito de riqueza é bastante mais amplo do que classicamente era adotado e que se circunscrevia praticamente à detenção de bens imóveis. Hoje a riqueza assenta em pressupostos que vão muito além dos bens imóveis, reconduzindo-se muitas vezes à detenção de bens mobiliários ou participações sociais em empresas. Nos casos em que o autor da herança detém este tipo de património, existem outros interesses dignos de tutela e que vão muito além dos interesses ligados à defesa de princípios de ordem familiar. Mais concretamente, pode estar em causa a defesa de interesses próprios de outros cotitulares de participações sociais, assim como o interesse geral na defesa de um sistema económico-empresarial forte e eficaz, que deve ser orientado segundo critérios de capacidade e competência e não segundo critérios de hereditariedade (entre outras formas de acautelar esta situação está, por exemplo, a partilha em vida, ainda que a mesma dependa do consentimento de todos os herdeiros legitimários).

Dito isto, atendendo à instrumentalidade deste tema em relação ao objeto do presente trabalho, não pretendemos dar uma resposta efetiva a qualquer uma destas questões, mas tão somente despoletar o interesse pela sua análise futura. Trata-se de uma questão que ataca a raiz axiológica do nosso sistema sucessório e que, como tal, merecerá um espaço próprio de debate para que melhor se possa servir o propósito de reformar o modelo atualmente em vigor.

Relativamente ao instituto das indisponibilidades relativas, que constitui o objecto do presente trabalho, nomeadamente aquelas que se encontram tipificadas nos arts.º 2194.º e 2196.º, foram inicialmente levantadas algumas questões às quais nos propomos dar resposta.

Quanto à causa de indisponibilidade constante do art.º 2194.º, colocou-se primeiramente a questão quanto à aplicabilidade deste regime a outras profissões/cargos, que não aqueles que são expressamente referidos na letra da norma. Para o efeito, recorrendo à análise histórica, axiológica e teleológica do artigo, tentámos evidenciar se

outras profissões na área da prestação de cuidados, como é o caso, por exemplo, dos psicólogos e dos profissionais que exercem medicinas alternativas, devem estar abrangidas pela situação de indisponibilidade prescrita por aquele artigo. Apesar de este ser o local adequado à exposição das conclusões alcançadas quanto aos problemas analisados, o certo é que relativamente a este ponto e no âmbito da análise do art.º 2194.º, acabámos por antecipar a nossa posição quanto à questão levantada. Tal justifica-se pelo facto de nos termos deparado com uma escassez de doutrina e jurisprudência no âmbito da problemática concretamente analisada, o que impunha, no nosso entender, e para uma melhor exposição e compreensão do tema, uma tomada de posição imediata. Ainda assim, será importante repriminar as conclusões anteriormente alcançadas quanto a esta matéria.

Ao longo deste processo de análise do art.º 2194.º tivemos a oportunidade de evidenciar que a *ratio legis* subjacente a esta norma prende-se com a proteção da liberdade de testar, desiderato que, como facilmente se constata, é atingido com o recurso à restrição da própria liberdade do testador. Isto acontece pelo simples facto de o legislador ter presumido, *iuris et de iure*, que o testador, encontrando-se debilitado pela doença que sobre ele se abateu, estará mais suscetível a ser influenciado na manifestação da sua vontade por parte daqueles profissionais que lhe prestam tratamento. Com efeito, atendendo à posição que ocupam face ao doente, estes profissionais poderão aproveitar-se desse facto para os compelir a realizar disposições testamentárias a seu favor. Esta posição de superioridade que o médico, o enfermeiro e o sacerdote ocupam face ao doente que estão a tratar é passível de gerar, portanto, um ascendente psicológico suscetível de influir sobre a manifestação da vontade do testador. Repare-se que o legislador não exigiu que se provasse qualquer ação nesse sentido por parte daquele profissional, considerando que o risco de tal situação se verificar será suficiente para que se fulmine com nulidade a disposição testamentária em causa.

Quanto aos profissionais concretamente abrangidos pela norma, constatámos que já na vigência do Código de Seabra se discutia se outras profissões/cargos deveriam estar abrangidas por esta proibição. Embora o art.º 1769.º se referisse apenas aos facultativos e aos confessores, parte da doutrina considerava que também seriam de incluir no âmbito da norma profissões como, por exemplo, as de farmacêutico, de enfermeiro e de parteira. Com efeito, entendia-se que nestes casos também se verificava o risco de se vir a exercer um ascendente psicológico sobre o testador enfermo, exatamente nos mesmos termos em que se considerou existir para os médicos e confessores. Na transição para o Código Civil atual, verificámos que a inclusão de outras profissões no âmbito do regime de

indisponibilidade foi ponderada pelo legislador. No decorrer dos trabalhos preparatórios, e uma vez que a versão inicial da norma apenas fazia referência aos médicos e sacerdotes, foi proposto por Vaz Serra que passassem também a estar abrangidos pela indisponibilidade os enfermeiros. Este mesmo membro da Comissão Revisora do anteprojeto do Código Civil levantou também a hipótese de se estender aos farmacêuticos, mas, no seu entender, tal alargamento não se justificaria. A Comissão Revisora acabou por acolher a proposta deste membro, tendo para o efeito alterando a redação do artigo no sentido de mencionar expressamente a profissão de enfermeiro como estando abrangido pela situação de indisponibilidade. Nas fases subsequentes do processo de revisão do Código Civil, não mais se procedeu a qualquer alteração no elenco das profissões abrangidas pela situação de indisponibilidade, disposição que perdura até aos dias de hoje. Através desta análise podemos concluir que o regime atual do art.º 2194.º foi eficaz em dissipar as dúvidas interpretativas que historicamente giravam em torno desta causa de indisponibilidade. Como tal, somos do parecer que o legislador ponderou efetivamente quais as profissões que deveriam estar abrangidas pela norma, tendo optado, legitimamente, por umas em detrimento de outras. Profissões como, por exemplo, as de farmacêutico e parteira, que na vigência do Código de Seabra era discutida a sua inclusão no espírito da norma, estão completamente afastadas do regime atual. Tanto mais que, ao ser proposto por Vaz Serra uma redação para esta indisponibilidade nos termos de abranger todos aqueles que no exercício da profissão tratassem o testador, foi liminarmente afastada durante os trabalhos preparatórios.

Esta conclusão não impede, de modo algum, que respondamos de forma diferente quando está em causa a análise da aplicabilidade do regime de indisponibilidades a profissões como, por exemplo, a do psicólogo, terapeuta ou profissional de medicina alternativas/tradicionais. Como tivemos a oportunidade de enunciar, esta questão levanta-se simplesmente por estarmos perante profissões que, no seio da sociedade portuguesa, só muito recentemente são exercidas de forma consistente e efetiva (esta qualificação das profissões como ‘recentes’ tem evidentemente por base a sua comparação com as de médico, enfermeiro e sacerdote). Portanto, é numa lógica de confronto entre as dinâmicas sociais/profissionais e o direito em vigor que emerge a problemática em questão, mais concretamente, quanto existe um desfazamento entre a legislação em vigor e a realidade concreta que pretende regular.

Pela dificuldade prática e metodológica em enumerar e tratar todas as profissões na área da prestação de cuidados de saúde que, desde 1966, surgiram ou se tornaram

relevantes no espectro social/profissional português, decidimos tomar apenas como exemplo o caso dos psicólogos e dos profissionais que exercem medicina alternativas/tradicionais. Relativamente àqueles, concluímos que os cuidados prestados aos seus pacientes são verdadeiros cuidados prestados no âmbito da saúde (mental/emocional), ao mesmo tempo que evidenciamos a importância que o diagnóstico e o tratamento das patologias do foro mental têm, tanto no seio da sociedade portuguesa como a nível internacional. Sem diminuir o papel que a medicina tem no processo de diagnóstico e tratamento deste tipo de doenças, não podemos descuidar o papel do psicólogo em todo este processo, enquanto profissional munido de competências específicas e próprias para o efeito. De entre as várias patologias do foro mental sobre as quais o psicólogo versa todo o seu saber, destacamos as depressões, uma vez que se tratam de patologias que frequentemente se associam ao suicídio, tanto a nível nacional como mundial. Nos exemplos analisados, não se vislumbra nenhuma razão para que os psicólogos não estejam igualmente abrangidos pela situação de indisponibilidade face aos seus pacientes, nos mesmos termos em que estão os médicos, enfermeiros e sacerdotes. Esta conclusão assenta, essencialmente, em três pontos fundamentais, que passamos a enunciar. Em primeiro lugar está aqui em causa a própria natureza dos serviços prestados, pois os atos praticados pelos psicólogos têm efeitos diretos no estado de saúde dos pacientes. Com efeito, a atuação do psicólogo sobre o seu paciente, que sofre por exemplo de uma depressão, será essencial para que esta condição seja eficazmente superada, contribuindo para uma melhoria da sua saúde mental e um aumento do seu bem-estar geral. Em segundo lugar, e falando concretamente do caso das depressões, sabemos que estas patologias podem, em casos extremos e crónicos, conduzir à morte do paciente, por suicídio, facto que poderá ocorrer na pendência do tratamento que o psicólogo vinha a realizar. É verdade que neste caso a morte do paciente não ocorrerá nos exatos termos em que se verifica quando está em causa uma doença do foro físico, onde a morte é provocada pela falência do próprio corpo. Neste tipo de patologia mental e quando esta conduz ao suicídio, poderá sempre obstar-se que não é a doença que mata o paciente, mas sim este que, por um ato de vontade, põe termo à sua vida. Efetivamente, não é comum atribuir-se a causa da morte à depressão, mas sim ao ato do qual adveio a morte, o suicídio. Ainda assim, parece-nos que estes argumentos não serão suficientes para afastar a aplicação do art.º 2194.º à factualidade descrita. Por um lado, estaríamos a fazer uma apreciação demasiado literal daquilo que se deve entender por “doença da qual se vier a falecer”, sendo certo que atualmente, como se demonstrou, a OMS considera a depressão como a

principal causa de suicídio a nível mundial. Por outro lado, entender o ato de suicídio de alguém que padece de uma depressão como um ato de vontade parece-nos demasiado redutor face àquilo que hoje se conhece relativamente ao modo como a patologia se manifesta e desenvolve até ‘impelir’ a pessoa a pôr termo à vida. Não nos parece legítimo falar de um ato de vontade quando a capacidade de discernimento da pessoa com depressão se encontra claramente comprometida (tanto mais que o estado depressivo em que uma pessoa se encontra pode ser invocado com vista à anulação dos negócios jurídicos, nos termos previstos para os vícios da vontade). Em terceiro e último lugar, porque nos parece que o ascendente psicológico poderá ser ainda mais preponderante no caso dos psicólogos, tendo em conta a própria essência da profissão e das técnicas utilizadas que poderão tornar o paciente mais suscetível às maquinações da sua vontade. Efetivamente, assumimos que estes profissionais se encontram tecnicamente mais ‘habilitados’ a condicionar o processo decisório do paciente.

Em jeito de conclusão, entendemos que será pertinente transcrever aquilo que anteriormente registámos relativamente a esta matéria e que encerra as deduções a que chegámos sobre a este tema. Como foi dito então *“tratar de modo igual aquilo que na sua essência é igual, não é mais do que dar cumprimento ao princípio constitucional da igualdade, evitando que o ordenamento jurídico prescreva sanções diferentes para situações que na sua materialidade são iguais. Nos exemplos descritos, parece-nos que o ascendente psicológico passível de ser exercido para o condicionamento da vontade do doente é exatamente o mesmo, quer estejamos a falar de médicos e enfermeiros, quer estejam em causa técnicos de pratiquem outros tipos de tratamentos alternativos, mas cujas práticas estão devidamente acreditadas. Quando um doente recorre a este tipo de tratamentos acaba por depositar as mesmas esperanças, ilusões e confiança no técnico que o trata, do que aquelas que deposita no médico ou no enfermeiro. Como refere Pires de Lima e Antunes Varela, é “a situação de dependência psicológica mórbida que está na base da nulidade decretada no art.º 2194º”, e foi precisamente este argumento que ditou a inclusão dos enfermeiros no elenco das indisponibilidades relativas. Este argumento será igualmente válido para justificar a inclusão de outras profissões que, entretanto, foram surgindo e, por isso mesmo, não puderam ser tidas em conta no processo decisório que culminou na estipulação deste regime de indisponibilidade relativa. Temos bem presente que no decurso dos trabalhos preparatórios foi proposto por Vaz Serra a inclusão da expressão “os que no exercício da profissão tratarem o doente”, mas que foi considerada pela comissão revisora demasiado abrangente,*

passível de abranger situações que não estavam no espírito da norma. Parece-nos, contudo, que esta tomada de posição no âmbito dos trabalhos preparatórios não é passível de afastar o recurso a um dos elementos mais importantes no processo de interpretação das normas, como é o caso da sua realização mediante as condições específicas do tempo em que é aplicada. Mediante as condições que se viviam à data da redação do preceito, entendeu o legislador apenas enquadrar no âmbito da indisponibilidade os médicos e enfermeiros, afastando perentoriamente outras profissões, como é o caso dos farmacêuticos. Mas perante a mudança dos tempos, sobretudo no que diz respeito às dinâmicas sociais, profissionais e científicas, exige-se uma adequação das normas a estes fenómenos, sob pena de se criarem situações manifestamente desiguais. É precisamente neste campo que atua a interpretação atualista das normas, como um verdadeiro garante da igualdade na aplicação da lei e como forma de combate ao imobilismo legislativo, cuja inércia é passível de gerar desigualdades na aplicação da lei.”.

Assim sendo, ainda que *de jure constituto* defendamos a submissão destas profissões ao regime da indisponibilidade do art.º 2194.º, como consequência de uma interpretação atualista do preceito, seria sempre preferível que, *de jure constituendo*, se operasse uma revisão legislativa neste âmbito, de forma a enquadrar estas e outras profissões/cargos na letra da norma.

A segunda questão colocada relativamente ao regime do art.º 2194.º diz respeito à sua aplicabilidade nas situações em que está em causa o exercício daquelas profissões, não por alguém devidamente habilitado para o efeito, mas por quem falsamente se arrogue enquanto tal. Para além disso, importa ainda analisar a aplicabilidade do regime nos casos em que se contata o exercício de facto e não de direito dessas profissões. Como foi oportunamente referido, esta é uma questão clássica em torno do alcance da indisponibilidade relativa a favor de médicos, enfermeiros e sacerdotes, sendo certo que nunca se gerou uma resposta unívoca por parte da doutrina e da jurisprudência. Deste modo, movidos pelo desiderato de contribuir para um melhor entendimento da matéria em questão, tornou-se imprescindível encetarmos uma análise doutrinal e jurisprudencial da temática controvertida, desde o regime previsto no Código de Seabra até ao regime atual.

Discutidas as posições a favor e contra a aplicação do regime do art.º 2194.º ao falso profissional e ao profissional de facto, estamos em condições de tomar uma posição sobre o tema. Seguindo as regras ditadas pelo nosso Código Civil quanto à interpretação

das leis, somos do entendimento que as situações descritas se encontram abrangidas pela disciplina do art.º 2194.º, mostrando-se esta solução inteiramente compatível à luz do elemento literal, histórico, sistemático e teleológico da norma. Neste sentido, entendemos que a letra da lei não faz qualquer distinção entre o exercício titulado e não titulado destas profissões, mas devemos ter em conta que, para uma correta interpretação da lei, devem ser considerados outros elementos capazes de nos auxiliar no processo interpretativo, como aliás prescreve o art.º 9.º. Desde logo, a inclusão do falso profissional e do profissional de facto é ditada imediatamente pela própria *ratio legis* da norma. Como vimos, foi com o objetivo de proteger a liberdade de testar, evitando que aquele que trate de um doente se aproveite da posição que ocupa para lhe captar património, que esta norma foi pensada. Será que esta necessidade de proteção da liberdade de testar se manifesta em termos substancialmente diferentes no caso de a pessoa que tratou o testador não possuir o título de médico, enfermeiro ou sacerdote, ainda que atue nessa mesma qualidade? A influência que este profissional não titulado terá sobre o testador enfermo será menor só pelo facto de a profissão não ser exercida de forma legal? Salvo o devido respeito, uma resposta afirmativa a estas questões desafiaria os mais elementares critérios da racionalidade. Na verdade, o testador que se encontra em estado de doença e com o corpo e espírito debilitados, acaba invariavelmente por depositar as esperanças da sua possível recuperação naquela pessoa que lhe presta os cuidados específicos de uma daquelas profissões. Se o faz é porque confia que essa pessoa é capaz de influir eficazmente na melhoria do seu estado de saúde, gerando-se invariavelmente uma relação de dependência de um face a outro. Não há nenhuma razão lógica que nos permita concluir o contrário. Ainda assim, entendemos que a questão será mais ou menos clara conforme estejamos perante o caso do falso profissional ou do profissional de facto. Na primeira situação está em causa a conduta de uma pessoa que se faz passar por médico, enfermeiro ou sacerdote titulado, apesar de não possuir a habilitação legal para o efeito. Aqui, o doente receberá o tratamento por parte de uma pessoa na qual crê possuir o respetivo título profissional. Tanto quanto sabe, é por um médico, enfermeiro ou sacerdote que está a ser cuidado. Nestes casos, pensamos que não podem ser levantadas quaisquer objeções à conclusão de que o ascendente psicológico em causa se manifesta exatamente nos mesmos termos em que se verifica em relação ao profissional legalmente habilitado. Já na situação do profissional de facto, ou seja, daquela pessoa que não se arroga da qualidade profissional em causa, mas ainda assim pratica atos que se podem considerar característicos de uma dessas profissões, a questão sofre algumas nuances.

Aqui o doente tem conhecimento de que aquela pessoa que a está a tratar não o faz porque é médico, enfermeiro ou sacerdote. O que o doente sabe é que essa pessoa é conhecedora de determinadas práticas e técnicas capazes de a ajudar no processo de tratamento. Como tal, é inevitável que a relação de dependência que se gera entre um e outro seja de algum modo diferente, uma vez que os pressupostos em que assenta a relação estabelecida não são os mesmos. Contudo, o facto de esses pressupostos serem diferentes não significa que a relação de dependência do doente face à pessoa que lhe presta tratamentos não exista. Na verdade, ela poderá ser mais ou menos intensa, mas nunca inexistente. Mesmo neste caso, os atos praticados por esta pessoa não deixam de ser atos que tipicamente são exercidos por aqueles que desempenham aquelas categorias profissionais. E se a pessoa doente aceita receber os tratamentos por parte desse cuidador, mesmo sabendo que não se trata de um médico, enfermeiro ou sacerdote, é porque tem a confiança que esses mesmos tratamentos são essenciais e que de algum modo contribuirão para a superação do estado de doença em que se encontra. Assim sendo, entendemos que o tratamento deverá ser idêntico àquele proposto para o falso profissional, uma vez que consideramos que, tanto num caso como noutro, a pessoa que presta aqueles tratamentos não dispõe de menor autoridade e ascendente por fazê-lo de forma legalmente habilitada.

Para além deste elemento lógico/racional que nos permite defender a submissão destes casos ao regime do art.º 2194.º, também o próprio elemento histórico ligado à evolução legislativa deste regime se encontra capaz de justificar essa mesma conclusão. Como evidenciámos anteriormente, e talvez por já se levantar esta questão no âmbito do Código de Seabra, constatámos que no seio dos trabalhos preparatórios houve claramente a intenção de incluir no círculo da proibição as situações de exercício ilegal destas profissões. Neste sentido, a Comissão Revisora encarregou o seu relator de encontrar uma redação que incluísse o exercício de facto de funções médicas, a qual, após todo o processo legislativo que culminou com a aprovação definitiva do artigo, manteve a referência ao termo “médico”, “enfermeiro” e “sacerdote”. Contrariamente àqueles que defendem a exclusão do exercício de facto destas profissões do âmbito da norma, nós não entendemos o ato de manter a terminologia inicialmente apresentada como uma indicação de que, afinal, a inclusão daqueles casos acabou por ser afastada pelo legislador. Entendemos antes que o relator, ao ser mandatado para aquele efeito e de ter optado por manter aquela terminologia, supôs que a referência ao termo “médico”, “enfermeiro” e “sacerdote” seria suficiente para retratar tanto o exercício de direito, como de facto dessas mesmas profissões. Relativamente ao facto de a orientação da Comissão Revisora

mencionar apenas aqueles que exercem ilegalmente a medicina, deixando aparentemente de parte a enfermagem e o sacerdócio, parece-nos que o mesmo não passou de um mero lapso, não havendo razões para considerarmos essa ausência de referência como uma tomada de posição no sentido de tratar diferentemente o exercício de facto dessas profissões.

Em suma, após a ponderação de todos os elementos que devem contribuir para uma correta interpretação da norma, concluímos que, tanto no primeiro caso, como no segundo, impõe-se uma interpretação extensiva do art.º 2194.º. Ainda assim, não deixamos de reconhecer algumas dificuldades inerentes aos próprios termos em que as questões foram colocadas. Relativamente à primeira questão, a dificuldade residirá essencialmente na qualificação daquilo que designamos como ‘profissões novas’. Aquilo que tentámos evidenciar é que desde que o art.º 2194.º se consolidou no nosso ordenamento jurídico, temos vindo a assistir, pelas razões anteriormente apontadas, a um acréscimo de profissões na área da prestação dos cuidados no âmbito da saúde. Como tal, e atendendo ao número elevado de profissões que atualmente se poderão inserir nesta categoria, entendemos ser preferível restringir a nossa conclusão àquelas duas profissões (psicólogos e técnicos de medicina tradicionais/alternativas) e, pelo menos quanto a estas, consideramos que se encontram abrangidas pela situação de indisponibilidade. Já no segundo caso analisado, também denotámos que a nossa conclusão não está isenta de desafios de ordem prática, observação que já tivemos inclusive a oportunidade de fazer. Com efeito, existe uma dificuldade óbvia em caracterizar aquilo que devem ser considerados tratamentos próprios da medicina ou da enfermagem. Existe uma linha muito ténue que separa aquilo que são os atos de mero auxílio e os verdadeiros tratamentos, subsumíveis ao regime do art.º 2194.º. Como tal, entendemos que não estão abrangidas pelo espírito da norma a questão do amigo, do vizinho ou do mero empregado doméstico que, pela proximidade e relação que sempre mantiveram com o testador, o ajudam em atos da vida quotidiana, como sejam os cuidados de higiene, o acompanhamento a consultas, o auxílio na toma de medicação prescrita, etc. Pelo contrário, já parecem estar abrangidas pelo espírito da norma as situações em que se encontram aquelas pessoas que atualmente são denominadas de cuidadores informais. Tratam-se de verdadeiros profissionais contratados para a prestação de um serviço a pessoas doentes, cujas tarefas desempenhadas são muitas das vezes subsumíveis a atos tipicamente praticados pelos enfermeiros e, como tal, devem estar em situação de indisponibilidade relativa nos termos do art.º 2194.º.

Quanto à questão colocada em torno da indisponibilidade do art.º 2196.º, constatámos que a mesma parte de pressupostos bastante diferentes daqueles em que assentou a análise do regime do art.º 2194.º. Desde logo, a indisponibilidade relativa ao cúmplice do cônjuge adúltero, ao contrário das restantes causas de indisponibilidade, não tem por base a proteção da liberdade de testar, pois como vimos a disposição será sempre nula independentemente de ter sido feita durante a pendência da relação adúltera – momento no qual se podia considerar que a sua liberdade estivesse condicionada. Aqui não existe o receio que o cúmplice do adultério, fazendo-se valer da particular situação que ocupa, tente captar património ao testador. O que está verdadeiramente em causa, como se comprovou pela sua evolução histórico-legislativa, é uma norma de carácter estritamente ideológico, visando penalizar ambos os intervenientes pela sua conduta tida como imoral. No nosso entender, estamos perante uma dupla penalização. Por um lado, o testador verá a sua conduta sancionada com a restrição da sua liberdade na disposição dos bens, e o beneficiário, por seu lado, ver-se-á impossibilitado de usufruir de alguma liberalidade com origem naquele com quem manteve a relação adúltera. É certo que esta indisponibilidade relativa não assenta exclusivamente na imoralidade do adultério e da necessidade da sua punição. Se assim fosse, a mesma seria sempre nula independentemente de o casamento estar ou não dissolvido à data da abertura da sucessão. Como tal, para além da imoralidade do comportamento, vimos que também se pretendeu evitar a imoralidade do concurso à mesma herança do cônjuge sobrevivente e da ‘concubina’. Ainda assim, mesmo reconhecendo como válida esta ‘subespécie’ de imoralidade, parece-nos que o ponto chave de toda esta causa de indisponibilidade é precisamente o ato adúltero, sendo que tudo o resto não passa de meras consequências desse ato originário. O foco central desta indisponibilidade é a punição do adultério e a defesa de interesses de ordem familiar e matrimonial. Quanto ao facto de o comportamento só ser punido se o casamento não se encontrar dissolvido à data da abertura da sucessão – o que podia objetar a nossa conclusão – sempre se dirá que, no meio de tanta (i)moralidade, o que o legislador pretendeu foi apenas atenuar o alcance da indisponibilidade nas situações em que se extinguiram os interesses que inicialmente se pretenderam tutelar. Quanto a esta questão, somos do parecer que, atendendo ao cariz estritamente moral do preceito, teria sido preferível que tivesse vingado a posição de Vaz Serra no âmbito dos trabalhos preparatórios, no sentido de eliminar totalmente esta causa de indisponibilidade. Se à data se justificava essa posição, hoje em dia, à luz daquilo que são os padrões éticos e morais da sociedade portuguesa e à devida separação entre aquilo

que diz respeito ao campo do direito e ao campo da moral, a necessidade de eliminação deste preceito é ainda mais premente. Como tal, *de jure constituendo*, o caminho a ser seguido pelo legislador deverá ser no sentido da revogação da indisponibilidade relativa ao cúmplice do cônjuge adúltero, preceito que, no nosso entender, quase pode considerar-se caduco. Pensamos que seria preferível ao legislador dissipar de uma vez por todas as dúvidas em torno da aplicação das regras dos negócios jurídicos à disciplina do contrato de casamento, ao invés de recorrer a subterfúgios para sancionar um comportamento que, a nosso ver, pode ser solucionado com recurso às regras relativas ao incumprimento contratual.

Feitas estas considerações de caráter mais geral, denote-se que o despoletou verdadeiramente a nossa atenção para esta causa de indisponibilidade foi o facto de alguma doutrina ver nesta punição do cúmplice do cônjuge adúltero uma consequência direta da violação dos deveres conjugais, nomeadamente do dever de fidelidade. Como afirmámos anteriormente, esta conclusão colide frontalmente com a qualificação jurídica do casamento. Dispondo a lei que o casamento é um contrato, que em regra gozam apenas de eficácia *inter partes*, como é que se pode considerar que os deveres conjugais, que surgem apenas com a celebração desse contrato, possam vincular terceiros completamente estranhos a esta relação, atribuindo-lhes uma verdadeira oponibilidade *erga omnes*? Como tal, para encetarmos uma análise mais sustentada desta questão, entendemos como necessário iniciar um périplo pela doutrina portuguesa, de modo a perceber se o casamento é efetivamente qualificado como um contrato. Excetuando algumas posições, claramente minoritárias e com origem sobretudo em doutrina estrangeira, verificámos que a contratualidade do casamento não é colocada em causa, ainda que se admita a sua especificidade face aos restantes negócios jurídicos bilaterais – à semelhança do que acontece com outros negócio pessoais familiares.

Ficando assente a qualificação do casamento como um contrato, restava tentar perceber de que modo é que os deveres conjugais poderiam ser considerados manifestações de direitos absolutos, nomeadamente de direitos de personalidade, e não direitos contratuais. Para atestar a verdadeira natureza destes deveres, entendemos que a melhor forma de o fazer seria através da análise das consequências jurídicas que podem resultar da sua violação, tentando perceber se tal facto é gerador de responsabilidade civil contratual ou extracontratual. Apesar de ter sido muito discutida durante vários anos a questão da ressarcibilidade dos danos decorrentes da violação dos deveres conjugais, impulsionada pela teoria da fragilidade da garantia destes deveres, constatámos que,

atualmente, ela encontra-se praticamente superada. Com efeito, após as alterações efetuadas ao art.º 1972.º, pela Lei n.º 61/2008, é praticamente unânime o entendimento de que estes danos são indemnizáveis, posição com a qual alinhamos. Ultrapassado este problema, a discussão passou a centrar-se na questão do tipo de responsabilidade gerada, uma vez que a lei apenas se refere de forma genérica aos “termos gerais da responsabilidade civil”. Vimos igualmente que a maior parte da doutrina e da jurisprudência tem seguido o entendimento de que a responsabilidade será sempre extracontratual, sendo uma consequência direta do entendimento de que os deveres conjugais são direitos absolutos e com eficácia *erga omnes*.

Apesar de este ser o entendimento maioritário sobre a natureza dos deveres conjugais e sobre o tipo de responsabilidade que a sua violação origina, somos do entendimento que os deveres/direitos conjugais são verdadeiros direitos relativos, cuja origem se reconduz ao contrato de casamento. Efetivamente, os deveres conjugais tutelam aspetos ligados à personalidade dos cônjuges, mas daí até concluir que devem merecer a qualificação de direitos absolutos e gozar do mesmo regime previsto para os direitos de personalidade no art.º 70º parece-nos um salto um tanto ou quanto precipitado. Segundo nos parece, a única forma de subsumir os deveres conjugais ao regime previsto para os direitos de personalidade seria através da constatação de que uns e outros tutelavam os mesmos aspetos da personalidade. Assim, impõe-se indagar se os deveres conjugais visam salvaguardar e proteger os mesmos interesses do que aqueles que se encontram previstos nos arts.º 70.º e ss. Assim sendo, serão os deveres conjugais um mero reflexo dos direitos de personalidade? No nosso entender, a resposta não pode deixar de ser negativa, pelo menos em relação à maioria dos deveres conjugais. Com a exceção do dever de respeito, que de certa forma encontra alguma correlação com aquilo que se está previsto no art.º 70.º, todos os restantes deveres conjugais criam um conjunto de novas obrigações que, caso não fosse a celebração do contrato de casamento, nunca existiriam. Entendemos que os deveres conjugais e os respetivos direitos vão muito além da tutela prevista no art.º 70º, pense-se, por exemplo, no dever de fidelidade. Considerando este dever apenas na sua vertente da abstenção da prática de relações emocionais/sexuais com um terceiro, verificamos que este comportamento só é ilícito dentro da relação matrimonial. No âmbito das relações intersubjetivas de carácter mais íntimo/afetivo, constatámos que este comportamento não constitui um ilícito gerador de responsabilidade civil, isto porque, não existe nenhum direito de personalidade que tutele a fidelidade fora do casamento. Para que se considerem os deveres conjugais enquanto mero reflexo dos

direitos de personalidade, a ilicitude do comportamento violador de um dever conjugal deveria também verificar-se na ausência de matrimónio. Nem se diga que o dever de fidelidade também tutela de alguma forma a integridade moral dos cônjuges, consubstanciada, por exemplo, na defesa da sua honra ou reputação. O que o dever de fidelidade exige é que os cônjuges se abstenham de manter relações com terceiros cujo fundamento se pode assacar à defesa da instituição e paz familiar. Conclui-se, assim, que à violação de um dever conjugal nem sempre corresponde a violação de um direito de personalidade. Como tal, com a violação de um dever conjugal, o que está em causa é a violação de um dever específico, ao qual duas pessoas se vinculam reciprocamente através da celebração do contrato de casamento. Não está aqui em causa nenhum dever geral de conduta cujo cumprimento é exigido a todos os cidadãos. A fonte dos deveres conjugais é o contrato de casamento, não é a lei.

Partilhando então da ideia de que os deveres conjugais são direitos relativos de origem contratual, é forçosa a conclusão que impõe um entendimento diferente daquele que tem vindo maioritariamente a ser seguido relativamente às duas questões aqui analisadas.

Em primeiro lugar, no que toca à questão do regime de responsabilidade a aplicar pela violação dos deveres conjugais, somos do parecer de que, fruto das conclusões anteriormente alcançadas, dever-se-á aplicar o regime da responsabilidade contratual previsto nos arts.º 798.º e ss. Ainda que estejamos perante um caso em que se verifique uma concomitância entre a violação dos deveres conjugais e a violação de direitos de personalidade, entendemos que a solução terá sempre de passar pelo recurso à responsabilidade contratual. Tomemos como exemplo uma situação em que se verifiquem ofensas à personalidade física e moral de um dos cônjuges. Aqui, para além de existir a violação de um direito absoluto, também há uma violação de um dever conjugal (dever de respeito), o que significa que o mesmo facto pode dar origem às duas vertentes de responsabilidade civil. Para as situações em que o mesmo facto gera os dois tipos de responsabilidade civil, somos do entendimento que o ilícito contratual consome o ilícito extracontratual, o que se traduz na aplicação do princípio da consunção.

Já no que tem que ver com a justificação para a penalização do cúmplice do cônjuge adúltero, somos forçados a concluir que a razão de ser deste regime terá de residir noutros fundamentos que não aqueles maioritariamente sufragados pela doutrina. Efetivamente, para aqueles que defendem a natureza absoluta dos deveres conjugais, a justificação para a penalização do cúmplice do cônjuge adúltero reside, naturalmente, na

eficácia *erga omnes* desses direitos. Já para nós, que defendemos a natureza relativa e contratual destes direitos, a questão terá de ser apreciada no âmbito da eficácia externa das obrigações. Como sabemos, uma das características dos contratos reside, precisamente, no facto de apenas terem eficácia *inter partes*, o mesmo não poderá produzir efeitos em relação a terceiros que sejam estranhos à relação contratual. Contudo, esta é a regra geral, estando obviamente sujeita a exceções, como desde logo salvaguarda a própria lei (art.º 406.º, n.º 2). Assim, nos casos em que a lei especificamente o preveja, existe a possibilidade de as obrigações contratuais passarem a produzir efeitos em relação a terceiros. Veja-se, por exemplo, os casos previstos nos arts.º 413.º e 421.º que constituem exemplos clássicos onde a lei expressamente atribuiu eficácia externa a uma obrigação que, em princípio, valeria apenas *inter partes*. Em suma, a justificação para a penalização do cúmplice do cônjuge adúltero, prevista no art.º 2196.º, deverá residir no âmbito da eficácia externa das obrigações, situação que, embora excecional, é admitida pela lei. No nosso entender, esta é a interpretação que melhor se adequa àquilo que são as regras gerais do direito civil e à própria natureza dos deveres conjugais. Ainda que o direito da família e das sucessões esteja sujeito a uma disciplina especial, fruto essencialmente dos interesses específicos que pretende tutelar, não nos parece que haja neste entendimento qualquer fator que coliga com esta natureza especial ligada aos direitos pessoais familiares. Foi precisamente esta natureza especial que justificou que durante vários anos fosse negada por parte da doutrina a ressarcibilidade dos danos causados pela violação dos deveres conjugais. No nosso entender, desde que não se contrarie esta especificidade a que estão sujeitos os deveres pessoais familiares, mais concretamente no que toca aos deveres conjugais, não há nenhuma razão para que se lhes negue a aplicação da disciplina prevista na parte geral do Código Civil, nomeadamente aquela que decorre dos negócios jurídicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASCENÇÃO, José de Oliveira – *Direito Civil: Sucessões*. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. ISBN 972-32-0932-2.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira – *O Direito: Introdução e Teoria Geral*. 13.ª ed. Refundida Coimbra: Edições Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-2443-1.
- BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues – *Direito das Sucessões: segundo o Código Civil de 1966*. [s.l. : s.n.], 1982. Vol. II.
- CAMPOS, Diogo Leite de - *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2ª ed. revista e actualizada Coimbra: Edições Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-0993-3.
- CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez de – *Lições de Direito da Família*. 3ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-6493-2.
- CARVALHO, Álvaro – *Depressão e Outras Perturbações Mentais Comuns: Enquadramento global e nacional e referência de recurso em casos emergentes* [Em linha]. Direção Geral de Saúde [Consult. 2018-07-06]. Disponível em <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:wGuM5IA5wX0J:http://www.dgs.pt/ficheiros-de-upload-2013/dms2017-depressao-e-outras-perturbacoes-mentais-comuns-pdf.aspx+&cd=1&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=pt&client=safari>.
- CERDEIRA, Ângela - *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. ISBN 972-32-0970-5.
- COELHO, Francisco Pereira – Anotação ao Acórdão de 17 de Fevereiro de 1983. *Revista de Legislação e Jurisprudência*. Coimbra: Coimbra Editora, ano 117, n.º 3719, (1984), pp.61-64.

- COELHO, Francisco Pereira – Anotação ao Acórdão de 12 de Maio de 2016 do Supremo Tribunal de Justiça. *Revista de Legislação e Jurisprudência*. Coimbra: Coimbra Editora, ano 147, n.º 4006, (2017), pp.41-67
- COELHO, Francisco Pereira – *Curso de Direito de Família: Direito Matrimonial*. Coimbra: Cooperativa Académica de Consumo, 1969. Tomo 2.
- COELHO, Francisco Pereira – *Direito das Sucessões*. Coimbra, 1992.
- COELHO, Francisco Pereira; GUILERME DE OULIVEIRA- *Curso de Direito da Família, Introdução Direito Matrimonial*. 5ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016. ISBN 978-989-26-1166-2. Vol. I.
- CORDEIRO, António Menezes – *Tratado de Direito Civil*. 4.ª ed. Reformulada e atualizada Lisboa: Edições Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-4776-8. Vol. I.
- CORTE REAL, Carlos Pamplona – *Direito da Família e das Sucessões*. Lisboa: Lex, 1993. ISBN 972-9495-08-4. Vol. II.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida – *A liberdade de testar e a quota legitimária no direito português (em especial, o confronto do regime do código civil de 1967 com a evolução subsequente)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. ISBN 972-32-0789-3.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida – *Direito das Obrigações*. 12.º ed. Revista e Atualizada: Edições Almedina, 2009, p.540. ISBN 978-972-40-4033-2.
- DIAS, Cristina Araújo – *Lições de Direito das Sucessões*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-7116-9

- DIAS, Cristina Araújo – Responsabilidade e indemnização por perda do direito ao débito conjugal – Considerações em torno do art. 496.º do Código Civil. Separata da revista Scientia Iuridica, tomo 61, n.º 329, (2012), pp. 391-420.
- FERNANDES, Luís Carvalho – *Lições de Direito das Sucessões*. 4ª ed. Lisboa: Quid Juris, 2012. ISBN 978-972-724-598-7.
- FERNANDES, Luís Carvalho – *Teoria Geral do Direito Civil*. 6ª ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012. ISBN 978-972-54-0361-7. Vol. I.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha – *Tratado de Direito Civil, em comentário ao Código Civil Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 1934. Vol. IX.
- GUILERME DE OLIVEIRA – *Responsabilidade Civil por violação dos deveres conjugais*. 2017, [Consult. 21 Ago. 2018]. Disponível em <http://www.guilhermedeoliveira.pt/resources/Responsabilidade-civil-por-violação-dos-deveres-conjugais.pdf>.
- GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato – *Testamento e Autonomia (Algumas notas críticas, a propósito de um livro de LIPARI)*. Coimbra: [s.n.], 1972.
- HORSTER, Henrich Ewald – *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*. 6ª reimpressão da ed. de 1992 Coimbra: Edições Almedina, 2012. ISBN 978-972-40-0710-6.
- HORSTER, Heinrich Ewald – *A responsabilidade civil entre os cônjuges, in “E foram felizes para sempre...? - Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio”, Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de outubro de 2008*. Coimbra: Wolters Kluwer Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1852-7.
- PINHEIRO, Jorge Duarte – *O Direito da Família Contemporâneo*. 3ª ed. Lisboa: AAFDL, 2012, pp. 421-422.
- PINHEIRO, Jorge Duarte – *O Direito das Sucessões Contemporâneo*. 2.ª ed. Lisboa: AAFDL Editora, 2017. ISBN 978-972-629-092-6.

- PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Teoria Geral do Direito Civil*. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. ISBN 972-32-1325-7.
- PIRES DE LIMA; ANTUNES VARELA - *Código Civil Anotado*. 1ª Edição Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 972-32-0840-7. Vol. VI.
- RAMIÃO, Tomé d’Almeida – *O divórcio e Questões Conexas, Regime Jurídico Actual*. 3ª ed. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2011. ISBN 978-972-724-556-7.
- RIBEIRO, Alcina da Costa – *Indisponibilidades relativas nas doações* [Em linha], 2011 [Consult. 23 Abr. 2018]. Disponível em <http://www.asjp.pt/wp-content/uploads/2011/03/Alcina-Costa-Ribeiro-Indisponibilidade-relativa-das-doacoes.pdf>
- SÁ, F. A. Cunha de – *Indisponibilidades Relativas em Sucessão Testamentária*. Porto: Tip. Sociedade de Papelaria Lda., 1976.
- SOUSA, Rabindranath Capelo de – *Lições de Direito das Sucessões*. 4ª Edição Coimbra: Coimbra Editora, 2000. ISBN 972-32-0968-3. Vol. I.
- SOUSA, Rabindranath Capelo de – *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. ISBN 972-32-0677-3.
- SOTTOMAYOR, Maria Clara – *Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, in “*E foram felizes para sempre...? - Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*”, *Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de outubro de 2008*. Coimbra: Wolters Kluwer Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1852-7.
- TAVARES, José – *Sucessões e Direito Sucessório*. Coimbra: França Amado Editor, 1903. Vol. I.

- TELLES Inocência Galvão – *Direito das Sucessões: Noções Fundamentais*. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora. 1996. 972-32-0455-X.
- VARELA, João de Matos Antunes – *Direito da Família*. 5ª ed. Coimbra: Petrony, 1999 Vol. I.
- UNIVERSIDADE DE LISBOA, Centro de Estudos de Direito Civil da Faculdade de Direito – *Direito das Sucessões: Trabalhos Preparatórios do Código Civil*. Lisboa: Centro de Estudos de Direito Civil, 1972.

CONSULTADA, mas não citada:

- COSTA, Mário Júlio de Almeida – *Noções Fundamentais de Direito Civil*. 6ª Edição Coimbra: Edições Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5052-2.
- DIAS, Cristina Araújo – “Breves notas sobre a responsabilidade civil dos cônjuges entre si: O novo regime do art. 1792.o do Código Civil (na redacção dada pela lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro) e a manutenção da irresponsabilidade ao nível dos efeitos patrimoniais do casamento”. in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011. ISBN 978-972-54-0312-9. Vol. I, pp. 391-397.
- PEDRO, Rute Teixeira – A visão personalista da família e a afirmação de direitos individuais no seio do grupo familiar – a emergência de um novo paradigma decorrente do processo de constitucionalização do direito da família. In CRORIE, Benedita Mac; OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto - *Pessoa, Direito e Direitos: Colóquios 2014/2015* [Em linha]. Braga: Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar da Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016. [Consult. 18 Julho de 2018]. Disponível em <http://www.dh->

cii.eu/0_content/Pessoa_Direito_Direitos_web_v2.pdf. ISBN 978-989-97492-2-1.

- SILVA, Aida Filipa Ferreira da – *Responsabilidade Civil entre Cônjuges no Divórcio, As alterações ao artigo 1792º do Código Civil com a Lei 61/2008 de 31 de Outubro*. Porto: Faculdade de Direito da Universidade do Porto. 31-32 p. Dissertação de Mestrado.
- VARELA, João de Matos Antunes – *Das Obrigações em Geral*. 10ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-1389-3. Vol. I
- VARELA, João de Matos Antunes – *Das Obrigações em Geral*. 7ª edição. Coimbra: Edições Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-1040-3. Vol. II.

REFERÊNCIAS JURISPRUDÊNCIAIS

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 6ª Secção, de 13 de Setembro de 2011 (6066/050TVLSY.L1.S1), relatado pelo Juiz Conselheiro Salazar Casanova, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstjf.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/476f3592aacc04980257b900033ed25?OpenDocument> [Em linha]. Consultado a 7 de Agosto de 2017.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 1ª Secção, de 13 de Maio de 2004 (04B1452), relatado pelo Juiz Conselheiro Araújo Barros, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/5090d61597bf715d80256eb300513379?OpenDocument>[Em linha]. [Consultado a 7 Agosto de 2017].
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 2ª Secção, de 12 de Maio de 2016 (2325/12.3TVLSB.L1.S1), relatado pelo Juiz Conselheiro Manuel Tomé Soares Gomes, Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/c56c09e13e9d3e7e80257fb1004ef1d5?OpenDocument> [Em linha]. Consultado a 7 de Agosto de 2018.

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de Outubro de 2004 (Proc. N.º 04B2767), relatado pela Juiz Conselheiro Ferreira de Almeida, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/0/dc7639200dda99ab80256f6500475d0e?OpenDocument> [Em linha]. Consultado a 7 de Agosto de 2018.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 1ª Secção, de 9 de Fevereiro de 2012 (819/09.7TMPRT.P1.S1), relatado pelo Juiz Conselheiro Hélder Roque, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/39c774e2ef22d7b4802579a600588a16?OpenDocument> [Em linha]. Consultado a 7 de Agosto de 2018.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 1ª Secção, de 17 de Setembro de 2013 (5036/11.3TBVNG.P1.S1), relatado pelo Juiz Conselheiro Mário Mendes, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ccc15114e075480a80257be9004b6d9d?OpenDocument> [Em linha]. Consultado a 7 de Agosto de 2018.
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, 1ª Secção, de 28 de Setembro de 2006 (06A1451), relatado pelo Juiz Conselheiro Paulo Sá, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b0b61aa9c2cd3ed78025726b003ea9c2?OpenDocument> [Em linha]. Consultado a 7 de Agosto de 2018.