

Anotação ao Ac. do STJ de 28.03.2019 – Nulidade da disposição testamentária a favor da pessoa com quem o testador casado cometeu adultério. Nulidade da disposição feita por interposta pessoa do filho do cúmplice do testador adúltero

Fernando Oliveira e Sá

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7469-1401>

SUMÁRIO

1. Os factos e os problemas jurídicos
2. A *ratio* da nulidade da disposição a favor da pessoa com quem o testador cometeu adultério
3. Separação de facto há mais de seis anos ou há mais de um ano?
4. O problema da interposição do filho da cúmplice de adultério do testador

Decisão

AA instaurou, em 21 de novembro de 2014, no Juízo Cível da Instância Local de ..., Comarca de ..., contra BB, ação declarativa, sob a forma de processo comum, pedindo que fosse declarada a nulidade do testamento celebrado por CC, em 7 de outubro de 2011 ou, subsidiariamente, declarada a sua anulabilidade.

Para tanto, alegou, em síntese, que o seu falecido marido, querendo beneficiar a senhora com quem vivia maritalmente, outorgou testamento a favor do seu filho, o ora Réu.

Contestou o R., por exceção, alegando a caducidade da ação, e por impugnação, negando a simulação, e concluiu pela improcedência da ação.

Durante a audiência prévia, foi proferido despacho saneador, no qual se julgou improcedente a caducidade, foi identificado o objeto do litígio e foram enunciados os temas da prova.

Realizada a audiência de discussão e julgamento, foi proferida, em 15 de novembro de 2017, a sentença, que, julgando a ação totalmente improcedente, absolveu o Réu dos pedidos.

Inconformada, a Autora apelou para o Tribunal da Relação de Guimarães, que, por acórdão maioritário de 26 de abril de 2018, revogou a sentença e, julgando a ação procedente, declarou nulo o testamento celebrado por CC, no dia 7 de outubro de 2011.

Depois do Réu ter interposto recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, o Tribunal da Relação de Guimarães, por acórdão de 10 de julho de 2018, declarou a nulidade processual, decorrente de não se ter observado previamente à apreciação da nulidade do testamento, com fundamento no disposto no art. 2198.º do CC e, em consequência, foram anulados todos os atos processuais afetados, incluindo o acórdão impugnado, determinando a notificação da Apelante e do Apelado, para se pronunciarem sobre a questão.

Depois dessa pronúncia, o Tribunal da Relação de Guimarães, por acórdão de 8 de outubro de 2018, revogou a sentença e, julgando a ação procedente, declarou nulo o testamento celebrado por CC, no dia 7 de outubro de 2011.

Inconformado, o Réu recorreu para o Supremo Tribunal de Justiça e, tendo alegado, formularam essencialmente as conclusões:

a) A prolação de acórdão por um coletivo de Juizes diferente do que proferiu o acórdão de 26 de abril de 2018 corresponde a um ato cuja prática era vedado por lei.

b) Tal ato é, por si só, suscetível de influir na decisão da causa.

c) *Constitui uma nulidade processual, nos termos e para os efeitos previstos no art. 195.º, n.º 1, do CPC.*

d) *O acórdão recorrido é também nulo, por haver pronúncia sobre questões de que se não podia tomar conhecimento, nomeadamente sobre a nulidade tendo por fundamento a disposição do art. 2198.º do Código Civil e quanto à consideração de DD como interposta pessoa – art. 615.º, n.º 1, alínea d), do CPC.*

e) *Não foi concedido ao R. o direito ao contraditório quanto aos factos que serviriam ao julgamento com base no disposto no art. 2198.º do CC.*

f) *Foi omitida formalidade, com influência na decisão da causa, cuja observância era imposta pelo n.º 3 do art. 3.º do CPC.*

g) *Em 11 de setembro de 2018, o Recorrente apresentou requerimento, alegando ter dois filhos nascidos em 6 de janeiro de 2004 e 26 de setembro de 2010 e juntando as respetivas certidões, pelo que os factos devem ser dados como provados.*

h) *Para que a pretensão da A. pudesse proceder, pelo menos com o fundamento previsto no art. 2198.º, n.ºs 1 e 2, e 579.º, n.º 2, do CC, era preciso que aquela cumprisse um ónus de alegação (e prova) de factos respeitantes à inexistência de descendentes do R.*

i) *Esse ónus não foi cumprido.*

j) *Foi violada a lei com a interpretação literal da alínea a) do n.º 2 do art. 2196.º do CC.*

k) *A evolução legislativa veio reconhecer os efeitos jurídicos decorrentes das situações de união de facto, através da Lei n.º 7/2001, de 11 de maio.*

l) *A interpretação que o Tribunal recorrido fez da alínea a) do n.º 2 do art. 2196.º do CC padece de inconstitucionalidade material, por violação dos arts. 2.º, 18.º, n.º 2, e 26.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.*

Com a revista, o Recorrente pretende a revogação do acórdão recorrido e a sua substituição por decisão que, julgando a ação improcedente, o absolva do pedido.

Contra-alego a Autora, fundamentalmente no sentido de ser negado provimento ao recurso.

Na Relação, a relatora fez constar, no processo, que o Juiz 1.º adjunto nos acórdãos de 26 de abril e 10 de julho de 2018, por efeito da deliberação do Conselho Superior da Magistratura de 25 de setembro de 2018, encontrava-se, à data do acórdão de 8 de outubro de 2018, em comissão de serviço na República Democrática de Timor-Leste (fls. 365 e 366).

Por acórdão de 31 de janeiro de 2019, foi desatendida “a arguição de nulidades do acórdão e processuais”.

Corridos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

Neste recurso, está em discussão, para além das nulidades processuais e do acórdão, a nulidade do testamento, resultante da deixa testamentária ter sido feita por meio de interposta pessoa.

II – FUNDAMENTAÇÃO

2.1. No acórdão recorrido, foram dados como provados os seguintes factos:

1. Em 7 de outubro de 2011, CC outorgou, no Cartório da Notária EE, em, testamento público.

2. Nesse testamento, CC declarou: “deixa a BB [...], solteiro, maior, natural de ..., residente em, Marquise, França, o prédio urbano sito na freguesia de Santa, concelho de [...], prédio [...] que é bem próprio dele testador”.

3. BB é filho de DD.

4. CC, desde setembro de 2007, passou a viver na mesma casa que DD, dormindo na mesma cama, tendo com ela relações sexuais sempre que o quisessem, comendo à mesma mesa e fazendo tudo como se marido e mulher se tratasse.

5. CC viveu, desde setembro de 2007 e até à sua morte, junto de DD, em

6. A A. é viúva de CC, falecido em 24 de agosto de 2012, com quem foi casada desde 24 de julho de 1976.

7. O R. vive com a família em ..., França.

8. No final de 2010, foi diagnosticado a CC um cancro maligno nos pulmões (alterado pela Relação).

9. DD cuidou de CC durante a convalescença, designadamente ministrando-lhe a medicação, a alimentação e fazendo-lhe a higiene pessoal.

10. CC deixou de viver com a A. em janeiro ou fevereiro de 2007 e não mais viveram juntos, não confeccionaram e tomaram juntos as refeições, não pernottaram nem permaneceram juntos, não mantiveram relações sexuais, não partilharam despesas e rendimentos, não se auxiliaram na doença e nos momentos de dificuldade e não dirigiram a palavra um ao outro (alterado pela Relação).

11. Em 18 de dezembro de 2006, CC deu entrada de uma ação de divórcio contra a A.

12. Essa ação correu termos no 1.º Juízo Cível do Tribunal Judicial de ..., com o n.º 4746/07.1TBVCT.

13. Na altura da separação mencionada em 10, CC já não trabalhava e vivia de uma pensão de pré-reforma, no valor de € 1000,00.

14. DD apoiou CC no pagamento de todas as despesas relacionadas com tratamentos médicos.

15. Deu-lhe casa e alimentação até à sua morte.

16. DD gastou todas as suas poupanças.

17. CC deslocou-se de França a Portugal, após se ter aconselhado com advogado e acompanhado de DD, para a feitura de tal testamento (introduzido pela Relação).

2.2. Delimitada a matéria de facto, com a alteração decidida pela Relação e expurgada de redundâncias, importa conhecer do objeto do recurso, definido pelas suas conclusões, nomeadamente das nulidades processuais e do acórdão e da nulidade do testamento, resultante da disposição testamentária ter sido feita por meio de interposta pessoa.

O Recorrente começa por arguir a nulidade decorrente do acórdão recorrido ter sido subscrito por um juiz-adjunto diferente do que intervieria tanto no acórdão de 26 de abril de 2018, como no de 10 de julho de 2018, que julgou procedente a arguição da nulidade processual, decorrente da inobservância do contraditório, previamente à apreciação da nulidade do testamento, com fundamento no disposto no art. 2198.º do Código Civil (CC).

Efetivamente, o acórdão recorrido encontra-se subscrito por um juiz-adjunto diferente do que interveio nos acórdãos anteriores referidos.

Isso, no entanto, por si só, não significa que tenha sido cometida uma nulidade processual, como ato não admitido por lei. Com efeito, a lei admite a substituição dos juizes, nomeadamente em casos de falta ou impedimento, como resulta expressamente do disposto no art. 661.º do Código de Processo Civil (CPC).

Constando dos autos a falta do juiz, em resultado de nomeação em comissão de serviço no estrangeiro, podia o mesmo ter sido substituído pelo juiz seguinte, nos termos do disposto no art. 661.º, n.º 2, do CPC.

Não tendo sido alegado que a substituição por outro juiz não tivesse observado o formalismo previsto na norma legal, não pode concluir-se, ao contrário do alegado, pela prática de ato não admitido por lei.

Por isso, improcede a arguição da nulidade.

O Recorrente arguiu também a nulidade processual, por inobservância do princípio do contraditório, quanto ao que denominou como “questão de facto”, relacionada com a consideração de DD como herdeira presumida do Recorrente.

Na verdade, na sequência do acórdão de 10 de julho de 2018, as partes foram notificadas para se pronunciarem sobre a nulidade do testamento, com fundamento no disposto no art. 2198.º do CC, vindo a Recorrente a pronunciar-se nos termos constantes de fls. 286 a 292.

A petição inicial, com a alegação dos factos consubstanciando a causa de pedir, fundamentava a pretensão jurídica na simulação testamentária, a

coberto do disposto nos arts. 2196.º e 2200.º do CC, como se especifica em tal articulado.

Estando em causa o julgamento da apelação interposta da sentença, é por demais evidente que o princípio do contraditório, nomeadamente na fase do recurso, quanto à questão da nulidade do testamento com fundamento no disposto no art. 2198.º do CC, foi devidamente observado. Com efeito, não faz qualquer sentido, apelar a uma “questão de facto”, quando o que está em discussão é apenas uma mera questão jurídica, a decidir de acordo com os factos alegados e provados, nomeadamente se os factos possibilitam, também, a nulidade do testamento, tendo por causa disposição testamentária feita por meio de interposta pessoa, atento o disposto no art. 2198.º do CC.

Na verdade, tratando-se efetivamente de questão nova, que podia ser suscetível de surpreender as partes, nomeadamente do Réu da ação, justificava-se, pois, a observância do princípio do contraditório, nos termos do disposto no art. 3.º, n.º 3, do CPC.

Tendo sido observado, nos termos que legalmente se impunham, carece de fundamento a alegação de inobservância do contraditório.

Assim, improcede a arguição da nulidade.

O Recorrente alegou ainda a nulidade do acórdão recorrido, por excesso de pronúncia, nos termos do art. 615.º, n.º 1, alínea d), do CPC, por pronúncia sobre a nulidade do testamento, com fundamento no disposto no art. 2198.º do CC, quando a questão não fora alegada na petição inicial nem fora objeto da apelação.

A nulidade do acórdão, por excesso de pronúncia, verifica-se quando se conhece de matéria que não está contida nas conclusões, delimitadoras do objeto do recurso, ou não é matéria de conhecimento oficioso.

Neste âmbito, importa ter presente que o juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito – art. 5.º, n.º 3, do CPC.

O acórdão recorrido, porém, cingiu-se à questão da nulidade do testamento, que era objeto da apelação.

Por outro lado, tendo em consideração os factos provados, a pretensão jurídica podia basear-se no fundamento previsto no art. 2198.º do CC, sem incorrer em excesso de pronúncia. Mantendo-se o acórdão recorrido no âmbito dos factos provados e sendo livre a aplicação do direito, está excluída qualquer violação dos poderes cognitivos do juiz.

Todavia, se o acórdão recorrido tiver considerado uma causa de pedir diversa da alegada na ação, nomeadamente na petição inicial, então, o que ocorre é um erro material de julgamento, que difere do vício formal de excesso de pronúncia, causa de nulidade do acórdão.

Deste modo, o acórdão recorrido não padece de nulidade, por excesso de pronúncia.

Assim, improcede a arguição das nulidades processuais e das nulidades do acórdão recorrido.

2.3. O acórdão recorrido, revogando a sentença, que julgara a ação improcedente, por não ter ficado provada a simulação da disposição testamentária, prevista no art. 2200.º do CC, declarou a nulidade do testamento outorgado em 7 de outubro de 2011, mas com fundamento no disposto no art. 2198.º do CC, em virtude da deixa testamentária ter sido feita por meio de interposta pessoa.

O Recorrente, porém, impugnando a decisão recorrida, vem alegar, designadamente, ter sido considerada uma causa de pedir não invocada na ação, acabando a pugnar pela sua absolvição do pedido.

Descritos, de forma sumária, os termos da controvérsia emergente dos autos, interessa examinar, no âmbito substantivo, o direito aplicável, de modo a decidir da validade do fundamento da nulidade do testamento.

O testamento, que surge no âmbito da sucessão, corresponde a um ato unilateral e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou de parte deles (arts. 2024.º e 2179.º, ambos do CC).

Trata-se, com efeito, de um instrumento legal de disposição patrimonial mortis causa, que poderá ainda integrar disposições de caráter não patrimonial (PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, Código Civil Anotado, VI, 1998, pág. 287).

O poder de disposição do testador, no entanto, sofre de algumas limitações em certas situações, tidas como de indisponibilidade relativa dos bens hereditários. Os casos de indisponibilidade relativa, proibindo a 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 na sucessão, e que, por isso, só na relação entre elas produz os seus efeitos, devido à zona de penumbra criada em torno da disposição” (PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, ibidem, pág. 313).

Entre outras situações, a lei acautelou “as particulares relações existentes entre certas pessoas e o de cujus, a liberdade da disposição testamentária deste está em si mesma prejudicada (arts. 2192.º a 2195.º, 2197.º e 2198.º) ou colide com interesses legalmente protegidos de terceiras pessoas (art. 2196.º)” (R. CAPELO DE SOUSA, Lições de Direito das Sucessões, I, 1978, pág. 241).

Efetivamente, os casos de indisponibilidade relativa correspondem mais a uma incapacidade de “dispor” do que de “adquirir”, impossibilitando que certas pessoas, pela sua posição face a outras, possam ser chamadas à sua sucessão testamentária (PEREIRA COELHO, apud R. CAPELO DE SOUSA, ibidem, pág. 241).

O art. 2198.º do CC, sob a epígrafe *interpostas pessoas*, tendo por antecedente o art. 1783.º do Código Civil de 1867, dispõe que são nulas as disposições testamentárias feitas a favor de meros interpostos das pessoas a favor de quem o de cujus está inibido de testar.

No anterior Código Civil, o art. 1783.º, remetendo para o art. 1481.º, dispunha que “as doações feitas a pessoas inábeis, quer sejam feitas simuladamente, quer o sejam com a aparência de outro contrato, ou por interposta pessoa, não produzem efeito algum”. No parágrafo único do mesmo artigo dispunha-se que “são havidos como interpostas pessoas os descendentes, ascendentes ou consortes dos inábeis”.

Quanto à extensão das pessoas interpostas, o atual Código Civil, remetendo para o disposto no n.º 2 do seu art. 579.º, não inovou, limitando-se a “atualizar a linguagem” ou a melhorar a “redação” (PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *ibidem*, pág. 322, e J. RODRIGUES BASTOS, *Direito das Sucessões*, II, 1982, pág. 160).

A norma do art. 2198.º do CC, por outro lado, consagrou uma presunção *juris et de jure*, por se considerar que a disposição testamentária foi realmente efetuada a favor da pessoa inibida, porquanto as interpostas pessoas são as que mais facilmente podem transmitir os bens testados, como também as que melhor guardarão o segredo da combinação (J. RODRIGUES BASTOS, *ibidem*, pág. 160).

Como presunção *juris et de jure* não admite prova em contrário.

Assim, tendo sido feita, por interposta pessoa, nomeadamente por qualquer uma das designadas no n.º 2 do art. 579.º do CC, a disposição testamentária a favor das pessoas abrangidas pelos arts. 2192.º, 2194.º, 2196.º e 2197.º do CC, é nula.

Desenhado o quadro normativo regulador da matéria em discussão, interessa agora confrontar a materialidade apurada, para saber se a disposição testamentária, identificada nos autos, padece ou não de nulidade, por indisponibilidade relativa do testador.

Desde logo, há que referir que a pretensão jurídica principal formulada na ação, a nulidade do testamento, foi baseada na simulação da disposição testamentária, nos termos dos arts. 240.º e 2196.º do CC, enquanto a pretensão jurídica subsidiária, a anulação do testamento, foi motivada na simulação prevista no art. 2200.º do CC.

Essa fundamentação, essencialmente assente num vício da vontade, está claramente expressa na petição inicial (artigos 17.º e 18.º).

A ação, no entanto, improcedeu por qualquer um dos fundamentos especificados, tanto na 1.ª instância como na Relação.

Todavia, a Relação, com os mesmos factos, entendeu ser possível um enquadramento jurídico distinto, nomeadamente no âmbito do disposto nos arts. 2198.º e 2196.º do CC, e com o fundamento da disposição testamentária ter sido feita por meio de interpоста pessoa, um filho, quando tinha como beneficiária a mãe, a pessoa inibida, declarou a nulidade do testamento, concedendo procedência ao pedido principal formulado na ação.

Justifica-se tal entendimento à luz dos factos provados e da lei aplicável?

Por efeito da consagração da teoria da consubstanciação, a causa de pedir manifesta-se mediante a exposição concreta dos factos essenciais que servem de fundamento à pretensão jurídica formulada na ação.

É, nesse sentido, que se enquadram as normas expressas no art. 552.º, n.º 1, alínea d), do CPC, sobre os requisitos a que deve obedecer a petição inicial, e no art. 581.º, n.º 4, do CPC, que, a propósito dos requisitos da litispendência e do caso julgado, define a identidade de causa de pedir em duas ações.

Ora, o acórdão recorrido, ao enquadrar juridicamente os factos de forma diferenciada em relação ao que vinha sendo discutido no processo, nomeadamente a nulidade no âmbito do disposto nos arts. 2198.º e 2196.º do CC, manteve-se inteiramente fiel ao elenco dos factos provados. Por outro lado, não estando o juiz sujeito às alegações jurídicas das partes, como decorre do disposto no art. 3.º, n.º 3, do CPC, podia qualificar de modo distinto os factos, sem tal representar a admissão de nova causa de pedir.

A causa de pedir seria diferente se a pretensão jurídica viesse a fundamentar-se em factos novos trazidos ao processo, o que não é o caso, pois os factos considerados foram os alegados na petição inicial, mas com distinta subsunção jurídica da afirmada em tal articulado.

Por isso, e ao contrário do alegado pelo Recorrente, está excluído que o acórdão recorrido tivesse considerado causa de pedir diferente da alegada e cuja modificação, que aqui não se discute, está sujeita a regras específicas.

O testador, à data da abertura da sucessão, em 24 de agosto de 2012, encontrava-se ainda casado com a Recorrida, vindo o casamento desde 1976, embora separados de facto desde janeiro ou fevereiro de 2007. Entretanto, desde setembro de 2007 e até à sua morte, o testador passou a viver junto de DD, mãe do Recorrente, nomeadamente em França, sendo aquela que dele cuidou depois de, no final de 2010, lhe ter sido diagnosticado um cancro maligno nos pulmões.

Dada a relação de união de facto entre o testador, ainda casado, e a referida DD, uma situação de indisponibilidade relativa era patente, perante o disposto no art. 2196.º, n.º 1, do CC.

Nessas circunstâncias, uma disposição testamentária a favor de Deolinda Gonçalves seria nula.

Essa cominação legal não estaria excluída pela circunstância do testador estar separado de facto da Recorrida desde janeiro ou fevereiro de 2007, em virtude de tal separação relevar apenas no caso de persistir há mais de seis anos, à data da abertura da sucessão, nos termos consignados na alínea a) do n.º 2 do art. 2196.º do CC, o que não era o caso.

Discorda-se do Recorrente de que esta norma se encontre tacitamente alterada pela alínea a) do art. 1781.º do CC, introduzida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, nos termos da qual passou a ser admissível o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, no caso de separação por um ano consecutivo, quando anteriormente o prazo era de seis anos.

Com efeito, desconhece-se, desde logo, que o pensamento legislativo tivesse sido na senda da interpretação avançada pelo Recorrente, para além de que o legislador, se tivesse querido alterar o prazo previsto na alínea a) do n.º 2 do art. 2196.º do CC, fazendo-o coincidir com o da alínea a) do art. 1781.º do CC, teria modificado, em conformidade, o art. 2196.º do CC, o que não sucedeu, quer com a Lei n.º 61/2008, quer com os sucessivos diplomas que, entretanto, alteraram o Código Civil. De resto, a redação atual não é já a originária do Código Civil, que há pouco tempo completou cinquenta anos, tendo sido alterado pelo DL n.º 496/77, de 25 de novembro.

Por outro lado, as mudanças normativas, no âmbito da família, são bem mais intensas, resultantes da modificação e aceitação de novos modelos sociais a que se tem assistido, do que no âmbito sucessório, o qual permanece mais estático, pelo que as mudanças legislativas num podem não se justificar noutro.

Alega ainda o Recorrente a inconstitucionalidade material da norma da alínea a) do n.º 2 do art. 2196.º do CC, por violação do princípio da proporcionalidade (arts. 2.º, 18.º, n.º 2, e 26.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa).

Não obstante as alterações a nível do direito da família, nomeadamente no âmbito das uniões de facto, continuaram a manter-se, sem modificação, as normas relativas à sucessão mortis causa, como sucede com a indisponibilidade relativa, e designadamente o art. 2196.º do CC.

Para além disso, não se vislumbra qualquer violação do princípio constitucional da proporcionalidade, quanto à questão da separação de facto por mais de seis anos, pois não podem comparar-se realidades distintas, com as já identificadas, para lhe atribuir o mesmo tratamento normativo.

De resto, podendo o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges ser peticionado no caso de separação de facto por um ano consecutivo, pode o interessado obviar, muito mais rapidamente, ao caso de indisponibilidade relativa previsto no art. 2196.º do CC. Não há, assim, uma compressão injusta, nomeadamente desproporcional, do direito subjetivo do autor do testamento.

Por outro lado, o desvalor ínsito à consagração da norma do art. 2196.º do CC não foi extinto, nem a mesma contende sequer com os direitos pessoais contemplados no art. 26.º, n.º 1, da Constituição. Na verdade, a qualificação de uma conduta, no âmbito de uma relação jurídica, como sendo, por exemplo, de má-fé, não corresponde a mais do que à especificação do desvalor jurídico dessa conduta, que interessa ao direito, para, a pedido, poder extrair-se as respetivas consequências legais.

Ainda que as percepções sociais sobre certos comportamentos humanos se alterem, de forma mais intensa ou mais suavemente, interessa atender, porém, à permanência do desvalor atribuído a tais comportamentos.

Assim, a alínea a) do n.º 2 do art. 2196.º do CC não padece de inconstitucionalidade material.

Sendo aplicável o disposto na alínea a) do n.º 2 do art. 2196.º do CC, o testador estava numa situação de indisponibilidade relativa quanto a DD, sob pena de nulidade da disposição testamentária.

Nas circunstâncias concretas dos autos, aquela estava inibida de receber qualquer deixa testamentária que o testador lhe quisesse fazer.

É certo que o testador outorgou a disposição testamentária em favor do Recorrente, filho de DD.

Como se viu antes, o filho da inibida está incluído nas denominadas “interpostas pessoas”, porquanto, como descendente, é claramente herdeiro presumido daquela (art. 2133.º, n.º 1, do CC). A norma do art. 579.º, n.º 2, do CC, para onde remete o art. 2198.º do CC, contempla no “círculo de ferro” os descendentes e os ascendentes do inibido.

A indisponibilidade relativa prevista no art. 2198.º do CC é meramente objetiva, dispensando qualquer juízo de natureza subjetiva.

Atendendo ao que, nos termos da lei, se consideram interpostas pessoas e ainda à circunstância do Recorrente ser filho da pessoa inibida, torna-se agora mais compreensível a desnecessidade de alegação e prova da inexistência de filhos do Recorrente, assim como o seu contrário, a existência de filhos.

Deste modo, é inquestionável que o testamento, outorgado por CC, em 7 de outubro de 2011, a favor do Recorrido, padece de nulidade, em virtude da sua disposição ter sido por meio de interposta pessoa, nos termos dos arts. 2198.º e 2196.º, n.º 1, do CC.

Nestas condições, negando a revista, confirma-se o acórdão recorrido, o qual não violou qualquer norma legal, designadamente as especificadas pelo Recorrente.

2.5. O Recorrente, ao ficar vencido por decaimento, é responsável pelo pagamento das custas, em conformidade com a regra da causalidade consagrada no art. 527.º, n.ºs 1 e 2, do CPC.

Olindo Geraldes (Relator)

Maria do Rosário Morgado (vencida conforme declaração de voto que junto)

José Sousa Lameira

DECLARAÇÃO DE VOTO

Votei vencida por considerar que, nos termos das disposições conjugadas dos arts. 2198.º, n.ºs 1 e 2, e 579.º, ambos do Código Civil, a disposição a favor do filho da companheira do testador só seria nula se, à data da realização do testamento, aquela fosse «herdeira presumida» do filho.

Tendo em conta que a lei quer impedir que os bens do falecido cheguem direta ou indiretamente às mãos do inibido, o «herdeiro presumido» (a que se refere o art. 579.º, n.º 2, do CC, aplicável ao caso dos autos ex vi do art. 2198.º, do mesmo Código) não é, a nosso ver, e salvo o devido respeito pela posição que fez vencimento, qualquer herdeiro sucessível, mas somente o herdeiro imediato e direto ao tempo da realização do testamento.

Sendo assim, uma vez que os ascendentes só são chamados à herança, se, à data da morte do autor da sucessão, este não tiver descendentes (cf. arts. 2133.º e 2134.º do CC), entendo que, ao abrigo do disposto no art. 682.º, n.º 3, do CPC, se deveria ter anulado o acórdão recorrido, a fim de ser ampliada a decisão de facto por forma a apurar se o testamentário Philippe Silva, à data da realização do testamento, tinha, ou não, filhos (como parece decorrer do art. 9.º, da p.i.), sendo certo que a matéria dada como provada no ponto 7 dos factos provados, pela sua ambiguidade, não constitui base suficiente para a decisão desta questão fundamental de direito.

Lisboa, 28.3.2019

Maria do Rosário Correia de Oliveira Morgado

Comentário

1. Os factos e os problemas jurídicos

Na presente decisão, o STJ teve, mais uma vez, a oportunidade de se pronunciar sobre o problema da validade de disposições testamentárias em favor do cúmplice de adultério do testador. Os factos essenciais do caso são fáceis de resumir. O testador, casado à data da abertura da sucessão, outorgou, em 2011, testamento a favor do filho da mulher com quem vivia desde setembro de 2007. Ficou provado que o testador “*deixou de viver*” maritalmente em “*janeiro ou fevereiro de 2007*”, data a partir da qual se consideraram separados de facto. O testador faleceu em 24 de agosto de 2012, data em que se encontrava separado de facto há menos de seis anos.

Na base destes factos, a decisão aborda, no essencial, dois problemas. Em primeiro lugar, a questão de determinar, nos termos do art. 2196.º, a existência de uma situação de *indisponibilidade relativa* da cúmplice do testador adúltero. No essencial, a discussão centrou-se na dessintonia entre o prazo de um ano previsto no art. 1781.º, alínea a), e o prazo de seis anos previsto na alínea a) do n.º 2 do art. 2196.º A primeira norma prevê como fundamento para o divórcio sem consentimento a separação de facto por mais de um ano consecutivo, ao passo que a segunda exclui a nulidade de uma disposição testamentária em benefício do cúmplice de adultério caso os cônjuges, à data da abertura da sucessão, se encontrem separados de facto há mais de seis anos. O STJ entendeu que a alteração da norma relativa à duração da separação de facto, que na sua versão inicial previa, tal como a norma sucessória, um prazo de seis anos, não teria qualquer efeito sobre a interpretação da previsão do art. 2196.º, n.º 2, alínea a). Tal significou, na prática, que, estando o testador separado de facto há cinco anos e seis meses, a cúmplice do adultério se encontrava em situação de indisponibilidade.

Em segundo lugar, assente a existência de uma situação de indisponibilidade, o tribunal avançou para a questão de saber se a deixa à cúmplice de adultério foi realizada por interposta pessoa do seu filho (art. 2198.º). A decisão inclinou-se no sentido positivo, sustentado a nulidade da disposição, afirmando que o “*filho da inibida está incluído nas denominadas interpostas pessoas, porquanto, como descendente, é claramente herdeiro presumido daquela*”. Apesar da aparente *clareza* propalada na decisão, a Conselheira Maria do Rosário Morgado votou vencida quanto a esta parte da decisão, entendendo – com boas razões, como se verá – não ser de todo *claro* que a cúmplice de adultério do testador pudesse ser qualificada como *herdeira presumida* (art. 579.º, n.º 2) do seu filho e Réu na ação.

2. A *ratio* da nulidade da disposição a favor da pessoa com quem o testador cometeu adultério

A nulidade das disposições testamentárias a favor da pessoa com quem o testador casado cometeu adultério, atualmente prevista no art. 2196.º, n.º 1, foi prevista, nas palavras de Galvão Telles, com o propósito de “evitar a imoralidade de à mesma herança concorrerem a viúva do testador e a sua concubina”¹, o que, na prática, a reconduz a uma concretização da cláusula geral de contrariedade aos bons costumes (art. 2186.º)². Em contraponto, Jorge Duarte Pinheiro, tentando obviar aos escolhos de recorrer a um discurso de raiz ético-jurídico e à ideia de bons costumes, entende que a indisponibilidade do cúmplice de adultério do testador tem como função a “proteção da ordem matrimonial”, apresentando-se como uma “manifestação da oponibilidade 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”, uma “manifestação da oponibilidade *erga omnes* dos deveres conjugais”³.

O problema não pode aqui ser aprofundado, mas pensa-se que a existência de um *dever geral de não perturbar o cumprimento do dever de fidelidade* não decorre da *estrutura* dos deveres conjugais⁴, antes de uma ponderação⁵: de saber em que medida a liberdade geral de ação deve ser limitada para salvaguardar o cumprimento dos deveres conjugais *relativos*⁶, *maxime* o dever de fidelidade. Assim, não parece que o art. 2196.º, n.º 1, seja uma norma que demonstre que o legislador pretendeu *responsabilizar* e *sancionar* o cúmplice de adultério pela perturbação do cumprimento do dever de fidelidade e que tenha pretendido oferecer uma garantia de não perturbação absoluta. Veja-se mais em pormenor.

Comece por se olhar para a *exiguidade* desta indisponibilidade. Por um lado, esta cessa se, à data da abertura da sucessão, o casamento já se encontrava dissolvido⁷, se existia separação de pessoas e bens ou separação de facto. Perante este quadro, se o art. 2196.º, n. 1, tivesse como função a *prevenção* do adultério ou a *sanção* do testador adúltero e do seu cúmplice, tal efeito seria, bem vistas as coisas, bastante *fraco*, visto que a sanção para

1 TELLES (2006), p. 35. No mesmo sentido, v. LIMA/VARELA, 1998, pp. 319 s.

2 Cfr. HENRIQUES (2018), p. 290.

3 PINHEIRO (2019), p. 90, e em (2004), pp. 200 e 431 s.

4 Cfr. JAYME (1969), p. 256, e DÖRNER (1985), p. 51.

5 Cfr. DÖRNER (1985), p. 49.

6 Cfr. DÖRNER (1985), p. 50.

7 Na jurisprudência, com muito interesse, v. TRL, 28.02.2019.

a perturbação dos deveres conjugais apenas se torna efetiva caso o cônjuge adúltero se encontrasse, *no momento da abertura da sucessão*, casado ou numa situação de separação de facto com duração inferior a *um ano*⁸; em qualquer dos casos, será uma sanção que opera sempre *depois* da morte do testador e da dissolução do casamento, fora da constância do casamento⁹. Por outro lado, se a indisponibilidade do cúmplice do testador adúltero tiver como *ratio* sancionar a violação do dever de fidelidade, também não se percebe que, *mesmo depois da dissolução do casamento ou da simples separação de facto*, tal indisponibilidade não se mantenha. Mesmo após a verificação de qualquer destes factos, o cúmplice do testador adúltero não deixou de ter contribuído para a violação dos deveres conjugais, razão pela qual a sua indisponibilidade se deveria manter. Topa-se, assim, com um ato ilícito que, por contingência relativa ao casamento em que não é parte, fica sem sanção. A pretensa “tutela especificamente familiar” do dever de fidelidade, para além de ser sucessória, é, assim, bastante fraca, ficando a efetividade da sanção do comportamento do cúmplice de adultério dependente da sorte do casamento¹⁰, não do comportamento efetivamente perpetrado pelo terceiro.

Tudo aponta para que, na redação inicial do Código, estivesse em jogo, tal como entendia Galvão Telles, impedir que o cônjuge concorra à herança ao lado do cúmplice de adultério do *de cuius*, um problema de *objetiva contrariedade aos bons costumes*, não tanto um problema de sancionar o comportamento do terceiro cúmplice na violação de deveres conjugais. É certo, contudo, que mesmo tal explicação do fenómeno se encontra hoje bastante esbatida, dado que o legislador, na Reforma de 1977, passou a admitir a validade de deixas destinadas a assegurar alimentos ao cúmplice de adultério¹¹, reconhecendo, desta forma, a necessidade de tutelar as situações de adultério com carácter duradouro ou estável, nas quais o cúmplice dependia financeiramente do testador casado.

Assim, com a Reforma de 1977, é a própria dimensão ou fundamento *moral* da indisponibilidade que fica em crise, na medida em que se admite que, à mesma herança, possam concorrer o cônjuge sobrevivente e o cúmplice do testador adúltero. Não se discutirá se, aos dias de hoje, é moralmente aceitável ou inaceitável a concorrência à mesma herança do cônjuge sobrevivente e do cúmplice de adultério do testador. O que aqui importa reter é o sinal dado pela Reforma

8 Sobre esta interpretação do preceito, v. ponto 3 *infra*.

9 Como bem observa PEREIRA (2019), p. 282. Na mesma linha, v. as incisivas considerações de LEIPOLD (2000), p. 1024.

10 Sabendo-se o quanto está facilitado o divórcio.

11 V. HENRIQUES (2018), p. 290. Para TELLES (2006), p. 35, a Reforma de 1977 terá desvirtuado o sentido ético da norma proibitiva de deixas ao cúmplice desse testador e, “com grande insensibilidade, consagrou” uma “imoralidade”.

de 1977 com a introdução da alínea *b*) do n.º 2 do art. 2196.º: a admissão de que é *juridicamente aceitável* a referida coocorrência. A razão de fundo é jurídica, uma vez que se reconhece a relevância da existência de uma relação estável fora do casamento, uma relação que, do ponto de vista do legislador, ainda que não mereça proteção ativa merece consideração na medida em que o testador assim o entenda. A alteração legislativa prova que ponderações jurídicas, escritas ou não escritas, partilham da tarefa de concretização das exigências dos bons costumes¹². Assim, mais do que uma proibição transversal e cega como a prevista no art. 2196.º, deveria valer, neste domínio, a cláusula geral do art. 2186.º, cabendo perguntar, defronte do caso concreto, se uma determinada deixa tange com os bons costumes¹³. Dois exemplos. Talvez se justifique aceitar uma ofensa aos bons costumes se o testador deixar um imóvel em propriedade ao cônjuge e à cúmplice de adultério, impondo a convivência ou a administração conjunta do bem. Caso se entenda que o contrato de prostituição é nulo por contrariedade aos bons costumes (art. 280.º), talvez seja de admitir que uma disposição testamentária que tenha como fim remunerar a prática de atos sexuais também o seja¹⁴.

Por outro lado, a indisponibilidade relativa do cúmplice de adultério do testador não pode apenas ser tomada como uma “incapacidade de receber” porque ela constitui, do ponto de vista técnico, uma norma de *conformação da extensão da autonomia do testador*¹⁵. Por esta perspetiva, impõe-se saber se esta conformação legislativa da liberdade de testar é *proporcional*, isto é, se existe justificação, para além das eventuais razões morais, para sustentar a *nulidade* da disposição testamentária em favor do cúmplice de adultério do testador¹⁶.

12 V., com muito interesse, LEIPOLD (2000), pp. 1033 ss.

13 SERRA (1972), p. 301, entendia poder “acontecer, em certas circunstâncias, que o adultério não seja moralmente tão reprovável que justifique a nulidade da disposição”.

14 Sobre este problema, MÜLLER-FREIENFELDS (1968), pp. 444 ss.

15 Para LIMA/VARELA (1998), pp. 319 s., a indisponibilidade constante do art. 2196, n.º 2, aproxima-se de “uma incapacidade de receber (fundada na imoralidade do benefício recebido pelo cúmplice do adultério do testador), e não da incapacidade de testar (baseada na proteção à vontade do testador, para libertá-la das pressões mórbidas que presuntivamente a asfixiaram)”. Esta posição, marcada por uma visão moral do problema, esquece que a indisponibilidade criada pelo art. 2196.º, n.º 1, conforma a extensão da liberdade de disposição testamentária, na medida em que limita a possibilidade de o testador, *com vontade livre e esclarecida*, dispor em favor de uma pessoa a quem tinha o *interesse* em beneficiar.

16 O TC, no Ac. 425/00, não julgou inconstitucional o art. 2196.º, n.º 1, alegando que a nulidade da deixa a favor do cúmplice do testador adúltero não constitui uma limitação à transmissibilidade de propriedade *mortis causa* (art. 62.º, n.º 1, da CRP). Entendeu-se que a liberdade de transmissão deve ser entendida em sentido restrito, enquanto direito a não ser impedido a transmitir a propriedade. Esta visão é, contudo, bastante insuficiente para analisar o problema, visto que não considera o ponto de vista da *conformação da liberdade de testar*. Como tão bem nota MEDEIROS (2017), p. 902, a transmissão *inter vivos* e *mortis causa* “postula, necessariamente, a existência de liberdade contratual em geral e de liberdade de disposição testamentária em particular, ainda que tais liberdades não sejam naturalmente irrestritas”. A utilização do conceito restrito de liberdade de transmissão cinde a unidade de sentido da garantia de transmissão da

A eventual tutela da ordem matrimonial e do casamento, quando realizada através do direito das sucessões e do art. 2196.º, opera, na verdade, *através da tutela dos interesses patrimoniais da família próxima*, do cônjuge, dos descendentes e mesmo dos ascendentes¹⁷. A observação deste ponto obriga, com certeza, a perguntar se a tutela desta dimensão patrimonial da família não se encontra já garantida através das regras da sucessão legitimária. Somos persuadidos a afirmar que, no direito das sucessões, o equilíbrio patrimonial entre os membros da *família* e os sujeitos de *outras relações do autor da sucessão* é, no essencial, garantido pelas regras da sucessão legitimária. Para lá das regras da sucessão *forçada*, impõe-se ao legislador especial cuidado na conformação da liberdade de testar. O efeito de tutela dos interesses patrimoniais da família próxima, que decorre do art. 2196.º, dificilmente se poderá considerar *necessário*. Tal efeito sobrepõe-se, sem razão aparente, ao da sucessão legitimária. Não se vislumbra que o adultério do testador gere uma situação de carência patrimonial da família próxima capaz de sustentar a imposição de uma maior solidariedade a favor desta.

Caso não se vislumbre a existência de uma dimensão de tutela patrimonial para ponderar com a liberdade de testar, o que sobra é uma limitação da autonomia do testador cujo fundamento é essencialmente *moral*. Estas brevíssimas e muito incompletas considerações sobre o art. 2196, n.º 1, pretendem apenas suscitar a dúvida sobre a existência de uma justificação *razoável* para a considerar, de forma geral e abstrata, o cúmplice de adúltero do testador como um sujeito em situação de indisponibilidade sucessória.

3. Separação de facto há mais de seis anos ou há mais de um ano?

Na opinião do STJ, como se viu, o prazo de seis anos prescrito no art. 2196.º, n.º 2, alínea a), não se deve entender como reduzido a um ano, em harmonia como a redação da alínea a) do art. 1781.º No essencial, para fundamentar tal interpretação, o Supremo recorre a dois argumentos. Em primeiro lugar, sustenta que se desconhece que o legislador tivesse querido alterar o prazo

propriedade *mortis causa*, composta pelo direito a não ser impedido de transmitir a propriedade e a pela subjacente conformação da liberdade de a transmitir [v., com muito interesse, BUMKE (2009), pp. 35 ss.].

17 Nota-o LEIPOLD (2000), p. 1024. Tal efeito é particularmente claro sempre que o autor da sucessão não tenha instituído outros herdeiros testamentários ou tenha feito um legado ao cúmplice de adultério, visto que os efeitos da nulidade beneficiarão, em primeira linha, a família mais próxima. Mesmo nos caos em que o cúmplice de adultério seja instituído com outros herdeiros, não é líquido que, em caso de nulidade, a sua parte possa crescer aos restantes herdeiros testamentários, bem pelo contrário; v. ASCENÇÃO (2000), p. 202.

previsto na alínea a) do n.º 2 do art. 2196.º, de forma a o fazer coincidir com o do art. 1781.º, alínea a), uma harmonização que poderia ter feito na alteração de 1998¹⁸ ou de 2008¹⁹, ocasiões em que este prazo foi sucessivamente encurtado dos iniciais seis anos para três anos e, por fim, para um ano. Em segundo, afirma que as mudanças no âmbito do direito da família “são bem mais intensas, resultantes da modificação e aceitação de novos modelos sociais a que se tem assistido, do que no âmbito sucessório, o qual permanece mais estático, pelo que as mudanças legislativas num podem não se justificar noutro”.

Quanto ao primeiro argumento, será difícil colocar em dúvida que não existiu uma intenção de alterar o prazo porque, se tivesse efetivamente existido, o prazo, com certeza, teria sido alterado em conformidade. Contudo, deste raciocínio não resulta que o legislador tenha equacionado o problema e que tenha efetivamente decidido não alterar a norma. Tal pressupõe a ideia de um legislador *racional*, o que é hoje uma quimera, uma presunção que o próprio legislador se encarregou de desmontar, uma presunção cuja manutenção apenas serve, amiúde, para *ficcional* a vontade do legislador. Se assim for, o problema não se poderá resolver simplesmente ao nível da letra do preceito ou a partir da existência de uma desperdiçada oportunidade de alteração da norma, ainda que tal possa conduzir a resultado interpretativo contrário à mesma, para mais num caso em que tal resultado dificilmente poderá ser disfarçado como o preenchimento de uma lacuna oculta.

A interpretação desta norma não pode prescindir da convocação de argumentos de natureza *sistemática*, de *coerência* ou de *contextualização normativa*²⁰, caminho aliás já seguido por alguma doutrina que sustenta a redução do prazo de seis anos para um ano²¹. A improcedência de argumentos sistemáticos teria de demonstrar que não existe qualquernexo entre a separação de facto no domínio jufamiliar e os seus efeitos sucessórios. O Supremo tenta negar esta conexão sistemática, mas, salvo o devido respeito, não o logra demonstrar de forma cabal. A afirmação de que as modificações em matéria familiar são mais rápidas no âmbito familiar do que no âmbito sucessório e que as “mudanças legislativas num podem não se justificar noutro”, não toma em devida conta que o legislador, desde a versão originária do Código, *gizou a extensão da indisponibilidade estribado na situação jurídico-familiar, não em quaisquer*

18 Introduzida pela Lei n.º 47/98, de 10 de agosto.

19 Introduzida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro.

20 Sobre este argumento interpretativo, v. CORTÉS (2013), pp. 56 s.

21 Cfr. PINHEIRO (2019), p. 91, HENRIQUES (2018), pp. 292 s., e MORAIS (2019), p. 97. No mesmo sentido, ainda que na vigência da Lei n.º 47/98, de 10 de agosto, pronunciando-se no sentido da redução do prazo a três anos, em consonância com a redação do art. 1781.º, alínea a), à época, v. COSTA (2011), p. 333.

especificadas jurídico-sucessórias. O Supremo teria, assim, o ónus de afastar esta conexão sistemática que *prima facie* existe no art. 2197.º, n.º 2, alínea a). Afirmar que a maior *frequência* das alterações legislativas no plano do direito da família relativamente às alterações no domínio sucessório, ainda que empiricamente verdadeira, nada diz ou acrescenta sobre as eventuais consequências sistemáticas de tais alterações sobre o direito sucessório; o problema não é *factual*, de maior ou menor frequência de alterações legislativas ou de maior ou menor imobilismo social, é *normativo*, de coerência sistemática na interpretação de normas jurídicas.

Na versão originária do Código não existia qualquer menção à *separação de facto* como fundamento para o divórcio litigioso²², razão pela qual o art. 2196.º apenas declarava ser “nula a disposição a favor da pessoa com quem o testador casado cometeu adultério, salvo se o casamento já estava dissolvido ou os cônjuges estavam separados judicialmente de pessoas e bens à data da abertura da sucessão”. Com a Reforma de 1977, acrescentou-se mais uma limitação à indisponibilidade, a possibilidade de os cônjuges se encontrarem separados de facto há mais de seis anos, em claro alinhamento com a atribuição de relevância, para efeitos de divórcio, à separação de facto por igual período. A ideia, em 1977, foi clara: oferecer à separação de facto, na medida em que constitua fundamento para divórcio litigioso ou sem consentimento, efeito análogo ao já atribuído à dissolução do casamento e à separação de pessoas e bens. A decisão legislativa não é de estranhar, dado que a simples existência de uma separação de pessoas e bens, que não dissolve o casamento e mantém o dever de fidelidade (art. 1795.º-A), já retirava o cúmplice de adultério do testador da situação de indisponibilidade. A separação de facto, na medida em que indicia uma rutura no casamento e passou a fundamento para o divórcio – tal como a separação de pessoas e bens se poderia converter em divórcio – mereceu, no direito sucessório, tratamento análogo à separação de pessoas e bens. A decisão legislativa sugere que o significado jurídico-sucessório atribuído à separação de facto em matéria de indisponibilidades²³ é determinado pela relevância que lhe seja atribuída no domínio da família.

A menção aos seis anos foi feita – intui-se – para não permitir que uma simples menção à separação de facto pudesse dar azo a uma discussão sobre as suas condições da sua relevância temporal, isto é, se bastava a da cessação da comunhão conjugal e o propósito de não a restabelecer ou se, pelo contrário, era exigido um prazo mínimo de vigência. Visto por outra perspetiva, a menção

22 V. OLIVEIRA (2020), p. 138, nota n.º 3. Para a distinção entre separação de facto e a situação de abandono do lar, prevista no Código em 1966, v. VARELA (1999), p. 500, nota n.º 2.

23 A valoração sucessória da situação de separação de facto não é – como não poderia deixar de ser – análoga, por exemplo, no art. 2133.º, n.º 3.

ao prazo de seis anos foi precisamente pensada para estabelecer a conexão com art. 1781.º, alínea a), e às condições aí impostas para a sua relevância. Não deixa de ser paradoxal que a originária preocupação de oferecer certeza jurídica acabe, mais tarde, valorada de forma contrária, como forma de autonomização do prazo sucessório relativamente ao prazo de relevância atribuído pelo direito da família. O direito das sucessões, nesta matéria, não faz mais do que se servir das condições de relevância concedidas, no direito da família, à separação de facto e aos seus efeitos sobre o casamento. O prazo do art. 2196.º, n.º 2, alínea a), não tem, assim, qualquer autonomia sucessória, dado que não é justificável por qualquer ponderação especificamente sucessória.

O STJ, ao entender que as sucessivas alterações do prazo do art. 1781.º, alínea a), não acarretam consequências sistemático-interpretativas sobre o art. 2196.º, n.º 2, alínea a), acaba, bem vistas as coisas, por criar um inexplicável *sistema a duas velocidades*: em que a separação de facto por um ano é bastante para fundar o divórcio sem consentimento, mas insuficiente para garantir a validade de uma disposição testamentária em benefício do cúmplice de adultério, quebrado o equilíbrio ou o compromisso original do art. 2196.º: o de permitir que na mesma medida em que a separação de facto seja relevante sobre o destino do casamento, também seja relevante para a validade da disposição testamentária²⁴.

4. O problema da interposição do filho da cúmplice de adultério do testador

Quanto ao problema da validade da disposição testamentária em benefício do filho da cúmplice de adultério testador, o STJ entendeu que tal deixa seria nula nos termos do art. 2198.º, n.º 1, tratando-se de uma deixa a favor de pessoa em situação de indisponibilidade relativa, realizada através da interposição de um *herdeiro*.

O art. 579.º, n.º 2, por remissão do art. 2198.º, n.º 2, recorta o conjunto dos sujeitos a qualificar como “interpostas pessoas” para efeito das nulidades previstas nos arts. 2192.º a 2197.º Do cruzamento do art. 579.º, n.º 2, com o regime das indisponibilidades relativas, resultam como interpostas pessoas: *i)* o *cônjuge* de qualquer das pessoas que, nos termos dos arts. 2192.º a 2197.º, se encontrem em situação de indisponibilidade, *ii)* a pessoa de quem o sujeito em situação de indisponibilidade seja *herdeiro presumido*, e, por fim, *iii)* qualquer

24 Como bem nota PINHEIRO (2019), p. 91, “sempre se entendeu que quando a separação de facto integra uma causa objetiva do divórcio não há motivo para excluir a validade da liberalidade feita pelo cônjuge em favor da pessoa com quem cometeu adultério”.

terceiro que tenha acordado com a pessoa em situação de indisponibilidade a posterior transmissão do objeto da deixa testamentária a seu favor. Em rigor, a utilidade da remissão para o art. 579.º, n.º 2, é a de estabelecer uma presunção *juris et de jure*²⁵ de que a deixa realizada ao cônjuge do inibido, independentemente do regime de bens, ou a quem o inibido seja herdeiro presumido, se tem como realizada ao inibido²⁶. A referência no art. 579.º, n.º 2, ao acordo entre o cessionário e o inibido para a transmissão da coisa ou direito cedido, não acarreta, em rigor, qualquer tipo de presunção de que a cessão foi realizada por interposta pessoa, antes *define* uma hipótese de interposição de sujeitos²⁷. No domínio sucessório, e porque se trata de testamento, um negócio unilateral, o acordo entre o beneficiário da deixa e o sujeito em situação de indisponibilidade para a transmissão do que venha a adquirir do *de cuius* é pouco efetivo – ao contrário do que se passa na situação de cessão de créditos –, visto que o primeiro não é interveniente no testamento e qualquer deixa a seu favor e que eventualmente seja do seu conhecimento é suscetível de ser revogada. A situação de interposição pode operar por acordo entre o testador e o beneficiário, na qual o segundo se obriga a transmitir o objeto da deixa ao sujeito em situação de indisponibilidade²⁸, havendo, contudo, dúvidas fundadas sobre a admissibilidade deste acordo em razão do carácter pessoal do testamento e do elenco taxativo das suas exceções (art. 2181.º)²⁹. Alternativa comum será a *interposição fictícia* de um terceiro, realizada através de um acordo simulatório tripartido que liga o testador, o beneficiário aparente e o beneficiário efetivo³⁰. É certo, porém, que sempre que a disposição fictícia seja realizada para contornar as indisponibilidades relativas previstas nos arts. 2129.º a 2197.º, a disposição tem-se como nula por efeito do art. 2198.º, dado que se presume realizada por interposta pessoa a um sujeito em situação de indisponibilidade, caindo fora do âmbito de aplicação do regime da simulação testamentária (art. 2020.º)³¹.

Traçado o quadro regulatório básico, volte-se ao caso concreto. Na decisão, como já se referiu, fez vencimento a opinião de que a deixa ao Réu, filho da cúmplice do testador adúltero, seria nula, havendo que presumir, de forma

25 Sobre a natureza inilidível da cessão de créditos realizada em favor do cônjuge do inibido ou a pessoa de quem este seja herdeiro resumido, v. LIMA/VARELA (1987), p. 597, e FONSECA (2018), p. 600.

26 Cfr. SOUSA (2000), p. 176, nota n.º 387.

27 Cfr. VENTURA (1983), p. 270.

28 Contra, sustentando que se trata de uma hipótese de *simulação* ou *interposição aparente* prevista e regulada pelo art. 2200.º, v. SOUSA (2000), p. 176, nota n.º 387.

29 Sobre o tema, v. p. 302.

30 Cfr. FERNANDES (2012), p. 488.

31 Cfr. ASCENSÃO (2000), p. 88, SOUSA (2000), p. 176, nota n.º 387, e GONÇALVES (2018), p. 303.

inilidível, que se trata de uma disposição realizada através de interposta pessoa. Esta solução não é líquida. A lei, no art. 597.º, n.º 2, não se refere a *herdeiros do inibido*, a *herdeiros legitimários do inibido*, a *herdeiros legais do inibido* ou *ascendentes* ou *descendentes* do mesmo, antes a *pessoas de quem “este” – o inibido – seja herdeiro presumido*³². Na interpretação de uma norma que lança uma presunção inilidível da existência de uma interposição de pessoas, impõe-se, com certeza, especiais cuidados interpretativos. Neste sentido, há que determinar o significado da qualificação do inibido como herdeiro *presumido* da pessoa a quem é feita a disposição testamentária. Se a lei pretendesse lançar tal presunção sobre todos os ascendentes e os descendentes do inibido, como entende o STJ, deveria ter feito tal referência expressa ou recorrido ao conceito de herdeiros legitimários; mas não o fez. É certo que poderá existir uma coincidência entre os *presumidos herdeiros do inibido* e as *pessoas de quem o inibido é herdeiro presumido*, mas tal não significa que esta exista em todos os casos e, mais importante, que o juízo para a sua determinação seja o mesmo. Para fixar o círculo de *pessoas de quem o inibido é herdeiro presumido*, haverá que perguntar, no momento da realização da deixa³³ e caso a abertura da sucessão do beneficiário da deixa – o potencial interposto – coincidisse com tal momento, quem seriam os seus herdeiros legais com *prioridade* no chamamento (art. 2032.º, n.º 1)³⁴? A referência legal à qualidade de herdeiro presumido não pode ter outro significado, sob pena de se esvaziar o significado da expressão³⁵.

O voto de vencido que acompanha a decisão, lavrado pela Conselheira Maria do Rosário Morgado, aponta precisamente neste sentido, ao afirmar que “o herdeiro presumido (a que se refere o art. 579.º, n.º 2, do CC, aplicável ao caso dos autos *ex vi* do art. 2198.º, do mesmo Código) não é, a nosso ver, e salvo o devido respeito pela posição que fez vencimento, qualquer herdeiro

32 Tal como nota FERNANDES (2012), p. 474, é interposta pessoa, “alguma pessoa de quem o inibido seja herdeiro presumido”; no mesmo sentido, SOUSA (2000), p. 175, nota n.º 379. Já PINHEIRO (2019), p. 89, entende que se considera interposta pessoa “o herdeiro presumido de qualquer um dos sujeitos mencionados nos arts. 2192.º, 2194.º, 2196.º e 2197.º”.

33 Cfr. HENRIQUES (2018), p. 296.

34 HENRIQUES (2018), p. 296, quando afirma a necessidade de “fazer um juízo de prognose quanto a saber, no momento em que é feita a deixa testamentária, quem seriam os presuntivos herdeiros legais do inibido”.

35 Tal significa uma redução da extensão da presunção inilidível de realização da deixa ao inibido através de interposta pessoa e, bem assim, do âmbito da concomitante nulidade, um resultado que, como se verá no texto, é perfeitamente aceitável. Recorde-se, aliás, que nos trabalhos preparatórios do Código Civil, VAZ SERRA se pronunciou contra a utilização de presunções inilidíveis nesta matéria, argumentando, como não podia deixar de ser, com a limitação que tal impunha à liberdade de testar. É evidente, como SERRA (1972), p. 305, declarou que o testador pode “ter razões fortes para beneficiar algum desses parentes do incapaz [os parentes e afins em linha reta e no primeiro grau da linha colateral e o cônjuge do incapaz que, na proposta de redação, se encontravam abrangidos pela presunção], caso que seria possível se, sendo a presunção inilidível, ele conseguisse provar que não funcionou como interposta pessoa”.

sucessível, mas somente o herdeiro imediato e direto ao tempo da realização do testamento”.

Este conceito de um *presuntivo herdeiro* é, aliás, bem conhecido no direito sucessório, *maxime* em matéria de colação e de partilha em vida. Como é sabido, estão sujeitos à obrigação de conferir os bens doados os descendentes que, pretendendo entrar na sucessão dos seus ascendentes, “eram à data da doação presuntivos herdeiros legítimos do doador” (art. 2105.º). Esta formulação não tem deixado margem para outros entendimentos: abrange os descendentes com prioridade no chamamento à data da doação³⁶. Na partilha em vida, o herdeiro legítimo presumido (art. 2029.º, n.ºs 1 e 2), não é, por exemplo, qualquer descendente do autor da partilha, antes o descendente presumido segundo a aplicação das regras dos arts. 2157.º, 2133.º e 2135.³⁷ Seria sistematicamente difícil sustentar que, no art. 579.º, n.º 2, a qualificação de um herdeiro como *presumido* tivesse outro significado.

Esta forma de ver o problema coloca, a jusante, dois problemas com inegável importância prática. Em primeiro lugar, a situação em que, *supervenientemente*, a cúmplice de adultério do testador *perde* a qualidade de herdeira prioritária. Seria o caso da mãe do Réu ser herdeira prioritária no momento da celebração do testamento e, posteriormente, já no *momento da abertura da sucessão*, ter perdido tal qualidade em razão da superveniência de um filho do Réu. A questão que se coloca é simples: será tal deixa, ainda assim, nula? Em segundo lugar, a situação em que a cúmplice do adultério do testador *adquire* a qualidade de presumível herdeira do seu filho³⁸, isto é, quando no momento da abertura da sucessão se encontra na posição de herdeira prioritária, por exemplo, em razão da morte dos descendentes do Réu existentes ao tempo da celebração do testamento. Será esta deixa nula?

O juízo relativo à posição de presumível herdeiro deve realizar-se “no momento em que é feita a disposição” e “não deve ser repetido no momento da abertura da sucessão, pois dado que se tratam de ilegitimidades, o momento correto para a aferição da existência ou não da indisponibilidade é no momento da feitura do testamento”. Caso assim seja, na primeira hipótese, a deixa será *inválida* porque, no momento da celebração do testamento, a cúmplice do

36 Cfr. FERNANDES (2012), p. 420, e BARBOSA (2018), pp. 139 s.

37 Cfr. SOUSA (2020), p. 37, nota n.º 60.

38 Para ilustrar as hipóteses, pense-se, respetivamente, na situação em que o filho da pessoa cúmplice de adultério celebra casamento e passa a ter descendentes e na situação em que perde os seus descendentes.

testador era presumível herdeira do Réu³⁹. Na segunda, na ausência de acordo entre o filho beneficiário da disposição e a cúmplice de adultério para a transmissão do que o primeiro adquira do *de cuius*, a deixa será *válida*, visto que, no momento da celebração do testamento, a cúmplice de adultério não era herdeira prioritária.

De volta ao caso, se o filho da cúmplice do testador adúltero tivesse descendentes, à data da celebração do testamento⁴⁰, estes ocupariam a posição de herdeiros legais prioritários do seu pai, afastando a ascendente da posição prioritária (arts. 2133.º e 2139.º, *ex vi* art. 2157.º), retirando-lhe a posição de *herdeira presumida*. Tal não significa, contudo, que a deixa ao filho da cúmplice do testador adúltero seja necessariamente válida. Significa, tão-só, que esta não se *presume*, de forma inilidível, como tendo sido realizada através de interposta pessoa à cúmplice do testador adúltero. Será sempre possível, para efeitos da nulidade prescrita no art. 2198.º, demonstrar ou presumir (art. 351.º)⁴¹ a existência de um acordo entre o beneficiário da disposição e a pessoa em situação de indisponibilidade – entre o filho e mãe, no caso concreto –, uma situação de interposição, aliás descrita no art. 579.º, n.º 2⁴², ou demonstrar a existência de uma interposição acordada entre o testador, a cúmplice de adultério e o filho desta.

Bibliografia

- ASCENSÃO, José de Oliveira, 2000, *Direito Civil – Sucessões*, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000.
- BARBOSA, Paula, 2018, *Código Civil Anotado*, Livro V, *Direito das Sucessões*, Cristina Araújo Dias (coord.), Almedina, Coimbra.
- BUMKE, Christian, 2009, *Ausgestaltung von Grundrechten – Grundlagen und Grundzüge einer Dogmatik der Grundrechtsausgestaltung unter besonderer Berücksichtigung der Vertragsfreiheit*, Mohr Siebeck, Tübingen.

39 Esta solução deixa, contudo, dúvidas que não podem aqui ser exploradas e que se prendem com o facto de entre o momento da realização do testamento e o momento em que este produz efeitos, mediar um lapso de tempo que pode significar um mudança de vontade do autor da sucessão e do significado da sua deixa; sobre este problema, v. KEUK (1965), pp. 18 ss. e 105 ss.

40 Como aliás parece decorrer do ponto 7 dos factos provados, ainda que a Conselheira MARIA DO ROSÁRIO MORGADO entenda, com propriedade, que a ambiguidade do facto provado – “O réu vive com a família em ..., França” – não constitui “base suficiente” para determinar se o Réu, à data da celebração do testamento, tinha descendentes.

41 Sobre a admissão e utilidade de presunções judiciais neste domínio, v. SERRA (1977), p. 27, nota n.º 2.

42 Sobre este acordo, PINHEIRO (2019), p. 89.

- COELHO, Maria Cristina Pimenta, 2018, *Código Civil Anotado*, Livro V, *Direito das Sucessões*, Cristina Araújo Dias (coord.), Almedina, Coimbra.
- CORTÊS, António, 2013, “Para uma metodologia jurídica integral”, *Estudos dedicados ao Professor Nuno Espinosa Gomes da Silva*, UCE, Lisboa, pp. 39-86.
- COSTA, Marta, 2011, *Convivência More Uxorio na Perspectiva de Harmonização do Direito da Família Europeu: Uniões Homossexuais*, Coimbra Editora, Coimbra.
- DÖRNER, Heinrich, 1985, *Dynamische Relativität – Der Übergang vertraglicher Rechte und Pflichten*, C. H. Beck, München.
- FERNANDES, Luís Carvalho, 2012, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.^a ed., Quid Iuris, Lisboa.
- FONSECA, Ana Taveira da, 2018, *Comentário ao Código Civil – Direito das Obrigações – Das Obrigações em Geral*, José Brandão Proença, UCE (coord.), Lisboa.
- GONÇALVES, Anabela, 2018, *Código Civil Anotado*, Livro V, *Direito das Sucessões*, Cristina Araújo Dias (coord.), Almedina, Coimbra.
- HENRIQUES, Sofia, 2018, *Código Civil Anotado*, Livro V, *Direito das Sucessões*, Cristina Araújo Dias (coord.), Almedina, Coimbra.
- KEUK, Brigitte, 1965, *Der Erblasserwille post testamentum und die Auslegung des Testaments*, L. Röhrscheid Verlag, Bonn, 1965.
- JAYME, Erik, 1969, *Die Familie im Recht der unerlaubten Handlungen*, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main.
- LEIPOLD, Dieter, “Testierfreiheit und Sittenwidrigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof”, *50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft*, Band I, Bürgerliches Recht, Hrsg. von Claus-Wilhelm Canaris et al., Verlag C. H. Beck, München, pp. 1011-1045.
- LIMA, Pires de/VARELA, Antunes, 1987, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.^a ed., com a colaboração de Manuel Henrique Mesquita, Almedina, Coimbra.
- MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Volume I, Jorge Miranda e Rui Medeiros (coord.), 2.^a ed., UCE, Lisboa.
- MORAIS, Daniel, 2019, *Direito Sucessório – Apontamentos (Introdução e Estática Sucessória)*, AAFDL, Lisboa.
- MÜLLER-FREIENFELDS, Wolfram, 1968, “Zur Rechtsprechung beim sog. Mätresen-Testament – Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH vom 26.2.1968-III ZR 38/65”, *JZ*, pp. 441-449.
- OLIVEIRA, Guilherme de, 2020, “Divórcio sem consentimento de um dos cônjuges (extrato)”, *Estudos de Direito da Família – 4 Movimentos em Direito da Família*, Almedina, Coimbra, pp. 137-142.
- PEREIRA, Maria Margarida Silva, 2019, *Direito da Família*, 3.^a ed., AAFDL, Lisboa.

- PINHEIRO, Jorge Duarte, 2004, *O Núcleo Intangível da Comunhão Conjugal (Os Deveres Conjugais Sexuais)*, Almedina, Coimbra.
- PINHEIRO, Jorge Duarte, 2019, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 3.^a ed., AAFDL, Lisboa.
- SERRA, Adriano Vaz, 1972, “Actas da Comissão Revisora do anteprojecto do direito das sucessões”, *Direito das Sucessões – Trabalhos preparatórios do Código Civil*, Edição do Centro de Estudos de Direito Civil, Lisboa, pp. 129-349.
- SERRA, Adriano Vaz, 1977, “Anotação ao Acórdão STJ de 6 janeiro de 1976”, *RLJ*, Ano 110, pp. 26-29.
- SOUSA, Rabindranath Capelo de, 2000, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra.
- TELLES, Inocêncio Galvão, 2006, *Sucessão Testamentária*, Coimbra Editora, Coimbra.
- VARELA, João de Matos Antunes, 1999, *Direito da Família*, 1.º vol., 5.^a ed., Livraria Petrony, Lisboa.
- VENTURA, Raúl, 1983, “Contrato de compra e venda no Código Civil”, *ROA*, 1983, pp. 578-643.

