

VOLUME XLIV — N.ºs 1 e 2

R E V I S T A
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



2 0 0 3



Coimbra Editora

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade semestral
XLIV — N.ºs 1 e 2 - 2003

COMISSÃO DE REDACÇÃO

Presidente - PROF. DOUTOR MARTIM DE ALBUQUERQUE
Vogais - PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA
- PROF. DOUTOR CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL
- PROF. DOUTOR EDUARDO PAZ FERREIRA
- PROF. DOUTOR EDUARDO VERA-CRUZ PINTO (Secretário)
- MESTRE MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO
- MESTRA ISABEL ALEXANDRE

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa — Portugal
Telefone 21 798 4600 — Telecópia 21 795 0303

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO



COIMBRA EDITORA, LIMITADA

Rua do Arnado — Apartado 101 — 3001-951 Coimbra — Portugal
Telef. 239 85 2650 — Fax 239 85 2651

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Janeiro de 2005

I Doutrina

<i>Adriano Moreira</i> — Sobre o Parlamento	9
<i>João Baptista Villela</i> — <i>Res utenda locata e res fruenda locata</i>	15
<i>J. Oliveira Ascensão</i> — A Teoria Geral do Negócio Jurídico e o negócio testamentário.....	31
<i>J. Oliveira Ascensão</i> — Intervenções no Genoma Humano — validade ético-jurídica	45
<i>J. Oliveira Ascensão</i> — Aspectos jurídicos da distribuição em linha de obras literárias, musicais, audiovisuais, bases de dados e produções multimédia	65
<i>Paulo de Pitta e Cunha</i> — A perspectiva da Constituição europeia.....	73
<i>Luís de Lima Pinheiro</i> — Cláusulas típicas dos contratos do comércio internacional	83
<i>Paulo Câmara</i> — O Regime Jurídico das Obrigações e a Protecção dos Credores Obrigacionistas	109
<i>Rui Guerra da Fonseca</i> — Notas sobre o ensino do Direito Romano.....	143
<i>Eduardo Lucas Coelho</i> — Depoimento de uma bebé.....	153
<i>Antonio F. Perez</i> — The Impact of Economic Integration on Choice of Law Doctrine — Lessons from the Interaction of U.S. Federalism and Choice of Law for the Evolutions of Private International Law within the Context of EU Integration.....	159
<i>Germana de Oliveira Moraes</i> — A Reforma Previdenciária Brasileira e o direito adquirido. O conteúdo das regras de transição e seus destinatários	169
<i>Carlos Alberto Alvaro de Oliveira</i> — Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo.....	179

II Legislação

<i>J. Oliveira Ascensão</i> — Bases para uma transposição da Directriz n.º 00/31, de 8 de Junho (comércio electrónico).....	215
---	-----

<i>Jorge Miranda</i> — Parecer sobre a Reforma do Sistema Eleitoral relativo à Assembleia Legislativa Regional dos Açores	253
---	-----

III Jurisprudência

<i>Daniel de Bettencourt Rodrigues Morais</i> — O Acórdão <i>Micheletti</i> e as suas repercussões em matéria de Direito da Nacionalidade dos Estados-membros	269
---	-----

IV Trabalhos de alunos

<i>Armando L. Silva Rocha</i> — O n.º 1 do artigo 11.º da Constituição da República Portuguesa: ausência de recepção normativa	351
<i>Pedro Delgado Alves</i> — O “meu” Deputado — Personalização e proporcionalidade na eleição da Assembleia da República.....	361

V Vida Universitária

<i>J. Oliveira Ascensão</i> — Palavras que proferi na homenagem que me foi prestada em sessão do conselho científico	415
<i>Jorge Miranda</i> — No doutoramento <i>honoris causa</i> do Prof. Doutor Giuseppe De Vergottini.....	417
<i>Jorge Miranda</i> — Relatório da actividade pedagógica e científica, no período de 1998 a 2002.....	421
<i>Jorge Miranda</i> — Parecer sobre o relatório de actividade científica e pedagógica da Doutora Maria Luísa da Conceição Duarte, respeitante ao quinquénio iniciado em 19 de Dezembro de 1997	451
<i>Jorge Miranda</i> — Resumo da apreciação oral do relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos do ensino de Direito Constitucional II (Direitos Fundamentais) apresentado, em provas para obtenção do título de agregado, pelo Doutor Paulo Ferreira da Cunha	457
<i>Jorge Miranda</i> — Na atribuição do grau de Doutor <i>Honoris Causa</i> pela Universidade Católica de Lovaina	461
<i>Jorge Miranda</i> — Arguição da dissertação de doutoramento do Mestre Nuno Piçarra, intitulada <i>O inquérito parlamentar e os seus modelos constitucionais — O caso português</i>	465
<i>Maria da Conceição Freire Feiteiro</i> — Na abertura do ano Académico de 2002-2003.....	475
<i>Luís Menezes Leitão</i> — No Aniversário do Prof. Doutor Oliveira Ascensão	479

<i>Luís Menezes Leitão</i> — Evocação do Prof. Doutor António Marques dos Santos	481
<i>Luis Menezes Leitão</i> — Palavras de Recepção à Presidente da Irlanda	485
Relatório do Conselho Directivo — Março de 2002 / Janeiro de 2003 ...	487
Apresentação: Colóquio	495
<i>Adriano Moreira</i> — A jurisdição penal internacional.....	499
<i>José Medeiros Ferreira</i> — Os acontecimentos do 11 de Setembro: que leituras?.....	507
<i>Moustafa Y. Soliman</i> — The September 11 events. Causes and Consequences	513
<i>Christian Walter</i> — Zur völkerrechtlichen Beurteilung der Reaktion der USA auf die Terroranschläge auf New York und Washington.....	523
<i>Eduardo Correia Baptista</i> — A Nova Tipologia dos Conflitos Internacionais: O uso da força contra grupos armados e os conflitos no Afeganistão e no Iraque	533
<i>Ana Maria Guerra Martins</i> — Algumas implicações do 11 de Setembro de 2001 na ordem jurídica internacional.....	581
<i>Peter Weiss</i> — Terrorism, counterterrorism and international Law	611
<i>Maria Fernanda Palma</i> — Tribunal Penal Internacional — Evoluções previsíveis ante os problemas da guerra de agressão, da “legítima defesa preventiva” e do terrorismo	627
<i>Frank Schorkopf</i> — Kampf gegen den Terrorismus, Afghanistankrieg und Völkerrecht — Juristische Aspekte der Bekämpfung des Terrorismus mit nicht-militärischen Massnahmen.....	643
<i>Jorge Miranda</i> — Os Direitos Fundamentais e o Terrorismo: os fins nunca justificam os meios, nem para um lado, nem para o outro.	649
<i>Paulo de Pitta e Cunha</i> — Em busca de uma nova ordem económica internacional.....	663

NOTA DA REDACÇÃO: Por razões alheias ao Autor (Prof. Doutor Ruy de Albuquerque) o artigo “Para uma revisão da ciência jurídica medieval: a integração da *auctoritas* poética no discurso dos juristas (*ars inveniendi*)”, será publicado na íntegra no próximo número da Revista.

A TEORIA GERAL DO NEGÓCIO JURÍDICO E O NEGÓCIO TESTAMENTÁRIO

J. OLIVEIRA ASCENSÃO

SUMÁRIO

	Págs.
1. Parte Geral e negócio jurídico	31
2. <i>Actos mortis causa</i>	32
3. A aplicabilidade da Parte Geral	33
4. O controlo valorativo da aplicação	35
5. Bases da relevância da vontade do testador	37
6. A relevância positiva da vontade	38
7. A relevância negativa da vontade	40
8. Âmbito da relevância negativa	42
9. Conclusão	44

1. PARTE GERAL E NEGÓCIO JURÍDICO

Cabe-nos enquadrar o testamento na Teoria Geral do Negócio Jurídico.

Procuraremos reduzir a um sistema compreensível uma pluralidade de dados legislativos dispersos e com frequência desarmónicos. Propomo-nos reconstituir a coerência interna desses dados, fugindo à complexidade da multiplicação de análises casuísticas sem comunicação entre si, que a vida jurídica não apreende, e reduzindo a complexidade pela determinação de princípios comuns.

Mas para isso, há que partir do que se chama o *sistema externo* do Código Civil.

Este é dividido em livros. O Livro I é epigrafiado Parte Geral. Contrapõe-se assim a livros dedicados a obrigações, direitos reais, família e sucessões, que constituirão a Parte Especial.

Na Parte Geral, o Subtítulo III é dedicado aos factos jurídicos. Abre logo com o capítulo dedicado ao negócio jurídico. Mas a disciplina do negócio jurídico deve ser procurada também noutros lugares do código.

Logo a seguir, no Livro II — Direito das Obrigações — são regulados os contratos. Primeiro em geral, no Título I, sobre obrigações em geral. Depois em especial, num Título II, sobre contratos em especial, justamente.

Por que se procede assim? Por os contratos não serem negócios jurídicos? Ou por só respeitarem a obrigações?

Não. Faz-se assim porque os contratos são fontes de obrigações. São a primeira categoria versada no capítulo sobre fontes das obrigações.

Mas isto cria uma distonia sistemática. Os contratos são fontes de obrigações, mas também são de outras situações jurídicas — reais, familiares ou sucessórias.

De todo o modo, não está em dúvida que os contratos sejam negócios jurídicos. Antes, é claro que a disciplina do negócio jurídico teve como paradigma os negócios bilaterais — de que o contrato é a manifestação principal.

Retomando essa exposição legal do negócio jurídico, verificamos que ela é realizada com extrema generalidade. É nesses termos que começa por se disciplinar a *declaração*, que não é figura restrita ao negócio jurídico. Cria-se mesmo uma amplíssima secção a esta dedicada (arts. 217 e seguintes), embora se procure justificar essa colocação epigrafando-a “Declaração Negocial”.

A mesma amplitude explica que estejam compreendidos também os negócios jurídicos *unilaterais*. Embora a prevalência da bilateralidade se revele frequentemente, há espaço para esta segunda categoria. Não se detecta nenhuma auto-limitação no âmbito do negócio jurídico.

2. ACTOS MORTIS CAUSA

E que dizer do enquadramento dos actos *mortis causa*?

Na Parte Geral não se autonomizam entre os negócios jurídicos os negócios *mortis causa*. Mas também se não excluem.

Não se encontra nomeadamente nada semelhante ao que se passa em Itália. O Código Civil italiano regula em geral apenas os contratos; e o art. 1324 manda aplicar essas disposições, “enquanto compatíveis, aos actos unilaterais entre vivos com conteúdo patrimonial”. Excluem-se os *mortis causa*, o que dá uma base de análise de todo distinta ⁽¹⁾ ⁽²⁾.

Que resultará do Livro das Sucessões sobre a aplicabilidade da Parte Geral?

Não há nenhuma remissão geral ou pronúncia explícita sobre essa aplicabilidade. Evita-se mesmo a qualificação do testamento como negócio jurídico. O art. 2179/1, dando a noção de testamento, qualifica-o simplesmente como o “acto”. No que respeita ao conteúdo, fala-se em “disposições testamentárias” e não em negócios compreendidos no testamento ⁽³⁾.

(1) Isto põe em cheque exposições nacionais da matéria demasiado coladas à doutrina italiana.

(2) Perante o BGB, conclui a doutrina alemã que os preceitos sobre contratos e negócios jurídicos em geral são aplicáveis nos restantes domínios, nomeadamente no Direito das Sucessões: cfr. Larenz / Wolf, *Allgemeiner Teil*, 8.ª ed., C. H. Beck, 1997, § 3/105.

(3) Sobre a distinção entre testamento e os vários negócios que poderá cobrir cfr. Maria da Nazareth Lobato Guimarães, *Testamento e Autonomia*, Coimbra, 1972, separata da “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, nomeadamente a págs. 43.

O “acto” é qualificado como unilateral e revogável. É também um acto formal. Nada disto contraria a qualificação como negócio jurídico.

Tão-pouco o facto de ser *mortis causa* nos parece representar uma incompatibilidade. Há desde logo a admissibilidade, restrita embora, dos pactos sucessórios, que são seguramente negócios jurídicos.

A doutrina portuguesa é unânime, salvo erro, em qualificar o testamento como um negócio jurídico. Não há pois que empolar muito esta demonstração, porque equivaleria a arrombar uma porta aberta.

Basta perguntar simplesmente: o que é negócio jurídico? É uma acção, em que a finalidade do agente de produzir efeitos jurídicos é positivamente relevante para o ordenamento jurídico. Com estas ou outras palavras, reconhece-se que há efeitos jurídicos que são admitidos com o fundamento de terem sido queridos.

É o que se passa claramente no testamento. E, se o Livro das Sucessões não o qualifica expressamente como negócio jurídico, não deixa de seguir na disciplina do testamento a ordenação da Parte Geral sobre o negócio jurídico a par e passo. O que é outra demonstração da integração das figuras.

Diremos até que o testamento é o **negócio jurídico por excelência**, porque é aquele em que a vontade do autor atinge o máximo da possível relevância.

Isto por força do respeito das determinações, no âmbito da sua própria esfera jurídica, das pessoas que faleceram, respeito que qualificamos como um *imperativo civilizacional* que marca profundamente a disciplina desta matéria.

Repare-se: o *único* fundamento da devolução que se opera é o facto de assim ter sido determinado pelo autor da sucessão. Não há nenhum outro. Por isso, um reforço do subjectivismo em matéria testamentária é um corolário forçoso, porque fora daquele fundamento nada justificaria aquela atribuição.

Procurou-se fazer entrar ainda um elemento de objectivismo na situação, invocando-se a problemática da normalização da esfera patrimonial ⁽⁴⁾, após a crise provocada pela morte do testador. Mas a preocupação de assegurar a continuidade das relações sociais, ultrapassando o hiato marcado pela morte, é comum a toda a sucessão. O que caracteriza e fundamenta o testamento é exclusivamente o objectivo de dar vazão à autonomia do autor da sucessão.

3. A APLICABILIDADE DA PARTE GERAL

Poderemos concluir, da qualificação do testamento como negócio jurídico, que a Teoria Geral do Negócio Jurídico é aplicável ao negócio testamentário?

(4) No que toca, evidentemente, ao conteúdo patrimonial do testamento. É a orientação de Maria da Nazareth Lobato Guimarães, *Testamento* cit.

Posta nesta base, a afirmação seria precipitada. Há que procurar ainda as indicações do ordenamento positivo sobre essa aplicabilidade.

Não há indicações expressas, mas há indicações implícitas.

Antes de mais, é o que resulta do próprio sistema externo adoptado pelo Código Civil. Este constitui necessariamente o nosso ponto de partida.

Elaborou-se uma teoria geral do negócio jurídico, que representa um esforço de abstracção que pode ser contestado, mas cujo objectivo é claro: regular em comum os aspectos comuns, para evitar repetições. É conseguir pois a economia de preceitos, através da constituição duma reserva genericamente aplicável.

Haverá alguma objecção de ordem geral que exclua essa aplicação? Não se encontra, nem na Parte Geral nem no Livro das Sucessões.

A omissão da referência aos actos *mortis causa* na Parte Geral não indicia uma exclusão. A justificação do silêncio está simplesmente em ter-se deixado a disciplina específica destes para a Parte Especial ⁽⁵⁾.

Tal como as várias características apontadas não implicam igualmente exclusão. Não é por ser um acto formal, singular, pessoal, de última vontade e irrepitível após a abertura da sucessão que o testamento está fora da aplicação da Teoria Geral do Negócio Jurídico.

Mas, admitindo-se embora a aplicabilidade, pode ainda perguntar-se se essa aplicabilidade é directa ou por analogia. Quer dizer, se a Teoria Geral do Negócio Jurídico é direito subsidiário, ou só se aplica mediante o processo de analogia ⁽⁶⁾.

A questão é muito relevante. Se só se admitir a aplicação por analogia, ficam de fora todas as regras excepcionais que se integrarem na teoria geral. O que trará ainda a dificuldade acessória da qualificação das regras como excepcionais, que não é nada fácil, porque há diversidade de critérios ⁽⁷⁾.

Creemos que esta questão não deveria ser sequer levantada.

Se se admitisse o recurso à Parte Geral, mas só por aplicação analógica, não se admitia nada. Porque a aplicação analógica se pode fazer de qualquer trecho da ordem normativa, sem carecer de qualquer justificação especial. A aplicabilidade tendencial da Parte Geral só pode implicar assim uma aplicação directa.

⁽⁵⁾ Pires de Lima / Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. VI, sub art. 2199, n.º 2, observam que as regras aplicáveis aos negócios jurídicos em geral, “embora concebidas, as mais das vezes, com os olhos postos nos contratos, chegam perfeitamente, com as adaptações necessárias, para solucionar as questões suscitadas no domínio das disposições testamentárias”. Cfr. também C. Pamplona Corte-Real, *Curso de Direito das Sucessões*, vol. I, Centro de Estudos Fiscais, 1985, n.º 153.

⁽⁶⁾ Maria da Nazareth Lobato Guimarães, *Testamento e Autonomia* cit., menciona repetidamente a aplicação por analogia da parte geral (pág. 82, por exemplo).

⁽⁷⁾ Cfr. o nosso *O Direito — Introdução e Teoria Geral*, 11.ª ed., Almedina, 2001, n.ºs 529 a 261, nomeadamente.

O próprio sistema legal indicia justamente a subsidiariedade. A teoria geral constitui um regime geral, em condições de ser directamente aplicado em todo o sector de que não for especificamente afastada.

Por isso o Livro das Sucessões pôde ser tão breve na disciplina das matérias contempladas na Parte Geral. Por exemplo, pôde dizer simplesmente que é anulável a disposição determinada por erro, dolo ou coacção (art. 2201). Pressupôs o apoio da Parte Geral na disciplina da matéria.

Daqui resulta pois o seguinte quadro: o Livro das Sucessões pressupõe a disciplina da Parte Geral, dentro da coerência sistemática. Dedicar-se apenas a especializar o que é próprio do Direito das Sucessões.

Isto traz uma grande simplificação. Foi o que o legislador pretendeu e o intérprete deve acatar.

4. O CONTROLO VALORATIVO DA APLICAÇÃO

A aplicação subsidiária não implica automatismo na aplicação. Não há automatismos na aplicação jurídica.

Por um lado, impõe uma delicada conjugação de previsões gerais e previsões sucessórias. A diversidade de autores dos anteprojectos ainda torna essa tarefa mais complexa.

Mas mesmo além disso, há que ter grande prudência na aplicação. Há sempre que determinar valorativamente se não há regra ou princípio sucessório que afaste naquela hipótese a aplicação. Ou mesmo se num caso concreto a aplicação dum preceito geral vai contra a índole da instituição testamentária. Isto reforça o carácter valorativo de toda a aplicação.

Torna-se por isso necessário descer a verificações sectoriais. Há que percorrer um por um os capítulos do direito testamentário para concluir o que é ou não susceptível de ser generalizado. Isso supõe sempre o exercício de valoração.

Porém, é também necessário acentuar que o geral se impõe por si, sempre que não houver razão que funde o afastamento. Não há aqui nenhum espaço deixado a critérios subjectivos. Ou se verifica a especificidade testamentária, que afasta a regra geral, ou esta se impõe por si. É um percurso obrigatório para o intérprete.

Isto implica uma apreciação regra por regra, que é necessariamente impossível realizar aqui. Mas podemos ilustrar o que dissemos através do recurso a situações-padrão.

Por exemplo: não encontramos no Livro das Sucessões nenhuma referência a casos de *inexistência* do testamento. Não há nomeadamente nada que corresponda à disciplina dos arts. 245 e 246, relativos às declarações não sérias, à falta de consciência da declaração e à coacção física, em que a afirmação legal

de que *não produzem efeito algum* se deve interpretar, a nosso modo de ver, como de inexistência do negócio (8).

Significará isto que estas figuras não são relevantes no negócio testamentário? Seria absurda a afirmação, dada a relevância reforçada neste caso da vontade do autor.

Deverá então empreender-se uma indagação autónoma no domínio testamentário, para construir a disciplina das figuras?

Não é esse o ponto de partida imposto por lei. O ponto de partida está, pelo contrário, na aplicação das figuras contidas na Parte Geral. A partir daí, há antes que fazer a verificação negativa, da existência de algum factor que, no domínio testamentário, leve à exclusão ou adaptação daqueles preceitos.

Sem pretender empreender essa indagação, diremos que no caso da inexistência a dificuldade prática de verificação destas hipóteses é grande, até pelo formalismo testamentário. Mas não é impossível a sua verificação. Pode redigir-se um testamento cerrado em que se beneficia alguém, a quem se mostra, só para desfrutar da sua credulidade. Ou pedir-se a outrem que redija um testamento em língua que desconhece e que o assine, convencendo-o que tem outro conteúdo, quando na realidade é um testamento.

Parece claro que a ausência de vontade negocial é aqui ainda mais relevante que no negócio jurídico em geral. Os preceitos da Parte Geral são assim tendencialmente aplicáveis por si. A dificuldade está na subsequente pesquisa de razões que possam levar a especificidades no testamento. Por exemplo, pode perguntar-se se as obrigações de indemnizar, previstas nos arts. 245 e 246, se aplicam tal qual no domínio testamentário. Mas o princípio da aplicabilidade tendencial da Teoria Geral do Negócio Jurídico tem aqui uma manifestação flagrante; e desde logo, é ele que justifica o silêncio do Livro das Sucessões nesta matéria.

Fixado isto, o que se nos revela é que não há em tudo, afinal, nenhuma especificidade do negócio testamentário. Exactamente o mesmo se passa em todos os demais ramos. Seja o caso do Direito das Obrigações, Direito das Coisas ou Direito da Família.

Em todos os ramos, a aplicação dos princípios da Parte Geral supõe a verificação de não existência, na situação em causa, de fundamento capaz de levar a excluir aquela aplicação. O recurso aos dispositivos da Parte Geral é sempre valorativo, e não automático.

Afirmando a aplicação controlada das disposições da Teoria Geral do Negócio Jurídico ao negócio testamentário limitamo-nos a repercutir neste sector um

(8) Cfr. o nosso *Direito Civil — Teoria Geral — II — Acções e Factos Jurídicos*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2003, n.ºs 62 a 65.

princípio válido para toda a aplicação de disposições gerais a ramos específicos do direito.

5. BASES DA RELEVÂNCIA DA VONTADE DO TESTADOR

Mais que uma análise individualizada de cada situação crítica de incidência da vontade no negócio testamentário, interessa procurar critérios gerais que permitam a valoração de semelhantes casos.

A especificidade do negócio testamentário reside antes de mais na necessidade de assegurar que a vontade do testador domine de modo tão puro quanto possível todo o fenómeno. Se todo o efeito se produz porque o testador o quis, há que ter antes de mais a segurança da vontade do testador.

O negócio *testamentário* é assim um negócio *mortis causa*:

— *formal*, destinando-se a forma antes de mais a garantir a genuinidade daquela vontade

— *unilateral*, para que não possa ser inquinado por posições ou expectativas de outras partes do negócio

— *pessoal*, para que se evite a contaminação por interposição de terceiros.

Por natureza, o negócio é ainda *irrepetível*, após a abertura da sucessão. Mas, para respeitar a vontade do autor da sucessão, há que fazer quanto possível o aproveitamento do negócio, mesmo que haja defeitos que o inquinem.

O princípio da conservação ou do aproveitamento dos negócios jurídicos terá assim a máxima intervenção possível no negócio testamentário, em toda a medida em que os efeitos se puderem fundar ainda na vontade do testador.

Estes princípios vão ter funda repercussão em muitos institutos do Direito Testamentário. Reflectem-se desde logo na interpretação do testamento, a que volveremos já de seguida.

Com efeito, qual a razão do subjectivismo na interpretação do testamento? Por que é que o tema da prova é a vontade do testador?

Na interpretação do negócio jurídico em geral há já elementos subjectivos muito relevantes. O facto de o art. 236 acolher a teoria da impressão do declaratório não impede que surjam temperamentos subjectivos. Ao ponto de a posição do Código Civil antes dever ser qualificada como mista de objectivismo e subjectivismo ⁽⁹⁾.

Mas mesmo uma posição mista não poderia servir ao Direito Testamentário, porque se baseia na protecção, mista também, quer do declarante quer do declaratório. Ora no testamento não se visa outorgar ao beneficiário uma pro-

(9) Cfr. o nosso *Direito Civil — Teoria Geral* — II cit., n.º 102 III.

tecção especial. Não tem protecção sucessória nenhuma que se contraponha à vontade do testador, porque só é chamado àquela sucessão por obra e graça da vontade do testador, justamente.

Por isso se dá uma ampla abertura à prova complementar, permitindo-lhe superar aquilo que a terceiros, mesmo beneficiários, aparentava ter sido querido. Apenas com o limite de um mínimo de correspondência no contexto do testamento, ainda que imperfeitamente expressa (art. 2187/2 do Código Civil).

Assentes estas bases, há que proceder a um aprofundamento dentro da incidência da vontade do autor da sucessão sobre a validade do negócio.

Há que fazer uma distinção fundamental entre o que podemos chamar a **relevância positiva** e a **relevância negativa** da vontade. Por relevância positiva entendemos a relevância da vontade enquanto fundamento da validade do testamento. Por relevância negativa, a incidência que os defeitos da vontade podem ter no afastamento das disposições testamentárias.

Serão o objecto dos números seguintes.

6. A RELEVÂNCIA POSITIVA DA VONTADE

Todo o direccionamento da vocação testamentária se baseia na vontade do autor da sucessão.

Mas para tanto, a vontade do autor da sucessão só vale se estiver devidamente formalizada. Porque a fomalização é indispensável para garantir a genuinidade daquela vontade, que não pode ser abandonada a meios menos seguros de manifestação e prova.

E assim:

1) Interpretação

Temos desde logo o art. 2187/1 do Código Civil, que remete a interpretação do testamento para a vontade do testador mas — “conforme o contexto do testamento”.

O que seja o contexto do testamento deve discutir-se, distinguindo-se texto e contexto ⁽¹⁰⁾. Mas a busca da vontade do testador tem seguramente um limite na expressão realizada através do testamento.

Por isso, o mesmo art. 2187, no n.º 2, admite prova complementar; mas ressalva que não surtirá qualquer efeito a vontade do testador que não tenha no contexto um mínimo de correspondência ⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ Cfr. as nossas *Sucessões* cit., n.º 170 II. Abre-se a problemática da extensão do testamento *per relationem*.

⁽¹¹⁾ Ainda que imperfeitamente expressa, acrescenta a lei, para permitir o máximo aproveitamento da vontade do testador.

Quer dizer: leva-se o mais longe possível o subjectivismo; mas a vontade tem de encontrar apoio num mínimo de formalização. Não há vontade, por mais categórica que aparente ser, que se possa impor do exterior do negócio testamentário.

Para garantia da vontade do testador, essa vontade terá de ser necessariamente vontade formalizada com o testamento ⁽¹²⁾.

2) *Falsa demonstratio non nocet*

Com esta expressão latina se referem as situações em que há um erro na designação de pessoa ou coisa a que o autor de um acto pretenda referir-se. O princípio da teoria geral do negócio jurídico é o da possibilidade de fazer prevalecer a vontade real sobre a vontade manifestada.

O art. 2203 do Código Civil traz o afloramento no negócio testamentário do princípio da *falsa demonstratio*. Mas comporta também um desvio a esse princípio.

Sob a epígrafe “Erro na indicação da pessoa ou dos bens”, dispõe-se que, se o testador tiver indicado erroneamente a pessoa ou bens que são objecto da disposição, a disposição vale relativamente à pessoa ou bens a que pretendia referir-se. Mas condiciona-se: se “*da interpretação do testamento for possível concluir a que pessoa ou bens ele pretendia referir-se*”.

Não há pois possibilidade de indagar livremente a vontade do testador. A determinação dessa vontade real tem de fazer-se através da interpretação do testamento. Portanto, poderá recorrer-se à prova complementar, mas tem de haver um mínimo de apoio no contexto do testamento.

Pode estranhar-se que assim se postergue a vontade real do testador, condenando-se a disposição à ineficácia. Mas a razão continua a ser a própria defesa da vontade do testador. Não se pode admitir que, aberto o testamento, Raúl venha pretender que era ele quem o testador pretendia designar, e só por lapso referira Rogério; e apresente uma bateria de provas extrínsecas para fundar essa pretensão. Isso significaria a possibilidade de pôr em causa todos os testamentos, sujeitando-os aos meios de prova em geral. Mas uma designação testamentária só pode valer com apoio no próprio contexto do testamento.

3) Substituição de disposições inquinadas

Vimos que as disposições inquinadas, por dolo ou coacção por exemplo, são anuláveis.

Anulada a disposição, poderá ser substituída por aquilo que o testador pretenderia, em lugar da disposição inquinada?

⁽¹²⁾ O que dizemos estende-se à integração do testamento, que não examinamos em especial. A vontade tem de estar pelo menos implícita no testamento. Só poderá haver propriamente integração no que respeita a modos de execução ou aspectos acessórios, de maneira a salvar o essencial. Cfr. sobre esta matéria as nossas *Sucessões* cit., n.ºs 172 e 173.

A lei não dá a menor abertura a esta operação. As disposições testamentárias só valem se revestirem a forma necessária. Aquilo que o testador quererá em vez da disposição viciada não tem meio de acesso perante a ordem jurídica.

7. A RELEVÂNCIA NEGATIVA DA VONTADE

E será possível demonstrar que uma disposição testamentária não corresponde à vontade do testador para lhe tirar valor, quando essa circunstância não tiver apoio no contexto do testamento? Portanto, a relevância negativa da vontade terá ainda de apoiar-se em elementos revestidos de forma testamentária?

Para responder, comecemos por olhar a lei.

Há dois casos em que o Código exige uma formalização para tirar relevância a uma disposição que não corresponda à vontade do testador.

1) *Fim contrário à lei ou à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes*

O art. 2186 determina nestes casos a nulidade da disposição. Representa a adaptação ao negócio testamentário do princípio do art. 281, exigindo que a disposição tenha sido essencialmente determinada por esse fim.

Mas exige que essa determinação resulte “da interpretação do testamento”.

Este preceito pode ser contestado. Observar-se-á que deste modo uma disposição com fins terroristas nunca poderá ser impugnada. Não é crível que quem faz semelhante disposição revele no seu testamento essa finalidade.

Acrescentar-se-á que a lei exige ainda que da interpretação do testamento conste que foi *essencialmente* determinada por esse fim. É muito difícil que se prove pelo testamento. Praticamente, esta disposição nunca encontrará aplicabilidade.

Pareceria assim que se deveria admitir que se pesquisassem livremente os fins do testador. Mas a expressão da “interpretação do testamento” não pode ser apagada pelo intérprete. A lei exige a formalização da intenção, embora se possa recorrer nos termos gerais a prova complementar ⁽¹³⁾.

E não é difícil encontrar a *ratio legis*, seja esta suficiente ou não. Houve o temor de se postergar a vontade verdadeira do testador através da falsificação da prova. Poderiam alegar-se motivos condenáveis da disposição que não fossem verdadeiros. Por isso só se deu relevância a estes fins formalizados.

2) *Erro sobre os motivos*

O art. 2202 exige, para que o erro sobre o motivo seja causa de anulação, que resulte “do próprio testamento” que o testador não teria feito a disposição se conhecesse a falsidade do motivo.

(13) O exemplo de Pires de Lima / Antunes Varela, *Código Anotado* — VI cit., sub art. 2186, n.º 2 b, da deixa feita para que alguém não mate, é válido, mas enquanto o fim for expresso não respeita à questão que nos ocupa.

Há aqui pois uma restrição à busca da vontade do testador que leve a inquinar a disposição testamentária. Essa restrição é até maior que a que encontramos no fim ilícito (art. 2186) e encontramos logo a seguir no art. 2203. Nestes exige-se que resulte “da interpretação do testamento”. Aqui exige-se que conste “do próprio testamento”. Há uma intenção ainda mais restritiva. Mas não interessa para os nossos fins fixar precisamente os contornos da diferença.

Demarcando o âmbito desta disposição, vemos que o que está em causa é o correspondente ao *erro sobre os motivos*, regulado no art. 252 da Parte Geral. Escapa-lhe o erro sobre a pessoa e sobre o objecto.

O erro sobre os motivos é em geral degradado na sua relevância. O art. 252 exige que as partes tenham reconhecido por acordo a essencialidade do motivo, o que é raríssimo.

O art. 2202 afasta qualquer relevância das expectativas do destinatário da atribuição, como é natural em matéria de testamento, e por isso admite que uma errada motivação do testador seja só por si relevante. Mas manifesta da mesma forma o propósito de limitar a demonstração deste erro. Por isso exige que ele resulte do próprio testamento.

Parece claro que a lei desconfia da prova que se queira fazer com maior amplitude de um erro sobre os motivos no testamento. Defende o testador, exigindo a formalização do motivo errado; ainda que isso possa ter por outro lado a consequência perversa de deixar valer um testamento que o testador realmente só quis por força de errada motivação.

Fora destes dois casos, porém, não encontramos nenhuma outra limitação à busca da vontade do testador, quando se trata de inquinar o testamento. Portanto, a demonstração que o testamento não corresponde à pureza da vontade do testador pode ser feita livremente ⁽¹⁴⁾.

Como explicar então aqueles dois casos, em que a “vontade negativa”, o defeito que inquina o acto, tem de ser formalizada para que releve?

Supomos que apenas pelo tratamento degradado daquelas situações pela ordem jurídica.

O defeito dos fins, bem como o mero erro sobre os motivos, só são restritamente relevantes, quer na Parte Geral (arts. 281 e 252), quer no negócio testamentário.

O Livro das Sucessões substitui a degradação da relevância pela exigência de uma posição subjectiva comum, própria da Parte Geral mas que não teria cabimento no testamento, por uma exigência que o defeito da vontade seja forma-

⁽¹⁴⁾ Por maioria de razão, não há nenhum limite à demonstração de uma causa objectiva de invalidade do testamento, como seja a contrariedade a uma regra proibitiva.

lizado. Com isto procura ainda homenagear a vontade real, mas agora pela via de a pôr a salvo de actuações cavilosas que architectassem fins ou motivos falsos, que na realidade não teriam motivado o testamento.

Fora destes casos particulares, vigora um princípio diferente. A vontade viciada, que possa pôr em causa a validade do testamento, pode provar-se pelos meios comuns. Não tem de encontrar suporte formal no testamento.

8. ÂMBITO DA RELEVÂNCIA NEGATIVA

Determinados os critérios orientadores da relevância da vontade, propomo-nos ainda assinalar algumas manifestações desta relevância. Limitamo-nos porém aos aspectos patrimoniais, porque as disposições pessoais podem ter regime próprio.

Não retomamos a análise da *inexistência*, pois esta foi considerada já ⁽¹⁵⁾. Basta observar que nada limita à formalização em testamento a pesquisa das anomalias da vontade que possam existir.

1) Incapacidade

A disciplina da incapacidade accidental do art. 2199 afasta-se da disciplina geral do art. 257, porque não exige que o facto seja notório ou conhecido do declaratório.

Com efeito, dá-se aqui uma busca livre da situação anímica do autor, porque o acto não é recipiendo e não há interessados exteriores a proteger. Esta busca da autenticidade da manifestação, na sua consciência e liberdade, não é tolhida por considerações de forma, porque só uma vontade não inquinada justifica o efeito sucessório.

2) Dolo e coacção

A lei não estabelece nenhuns limites à relevância do dolo e da coacção (art. 2002). Não exige, nomeadamente, nenhuma exteriorização do vício.

Aplicam-se então regras gerais. Mas ponto por ponto haverá que verificar a sua compatibilidade com o acto testamentário, dentro do critério geral acima apurado.

3) Erro-vício

Situação semelhante se apresenta perante o erro-vício.

Analisando a matéria em Teoria Geral, chegámos à conclusão que a desculpabilidade é requisito em geral exigido para a relevância do erro ⁽¹⁶⁾.

Mas essa exigência não se aplica perante o negócio testamentário. O erro,

⁽¹⁵⁾ *Supra*, n.º 4.

⁽¹⁶⁾ *Direito Civil — Teoria Geral — II cit.*, n.º 72.

devidamente qualificado, é relevante, ainda que deva ser tido por indesculpável, porque não há a confiança dum interlocutor a proteger.

4) Erro sobre a base do negócio

Vem previsto no art. 252, mas não no Direito das Sucessões.

Se a base do negócio for tomada como o fundamento que comumente levou as partes a negociar, seria inaplicável aqui, porque não há partes nem posições relativas a considerar.

Mas pode e deve falar-se de um *fundamento* em que o testador assentou as suas disposições; as circunstâncias que fundaram a sua decisão de dispor. Não há motivo para que esta fundamentação radical não seja relevante no negócio testamentário (17). Exige porém uma construção melindrosa. Até por maioria de razão.

5) Erro na declaração

Vimos já, a propósito do art. 2203, que a vontade só pode ser positivamente relevante se resultar da interpretação do testamento.

E se não resultar?

Se não resultar, não há maneira de lhe dar relevância.

Mas a disposição pode ser invalidada, porque viciada por erro, se revestir os restantes requisitos de relevância (18).

6) Reserva mental

Com afastamento dos princípios gerais, pode admitir-se a relevância da reserva mental no negócio testamentário. É um passo arrojado, mas não podemos fugir à questão.

O testamento existe. Mas pode ser inválido, com fundamento na falta de vontade, porque não há nenhuma confiança de destinatários a proteger (19).

Do acto anulado podem eventualmente resultar danos para os contemplados. Pode suscitar-se a questão do dever de indemnizar esses danos. Mas é outra questão. Não prejudica a solução a dar quanto à validade do negócio testamentário.

7) Simulação

O art. 2200 admite a simulação. A figura que contempla é de simulação relativa: visa-se beneficiar outra pessoa, que não a designada.

Esta indagação terá de se fazer à margem da interpretação do testamento, pois só por muito inépcia a simulação poderia ficar documentada no testamento.

A atribuição simulada é anulável (e não nula, como resultaria do art. 240/2).

E a atribuição dissimulada?

(17) Cfr. as nossas *Sucessões* cit., n.º 50.

(18) Abandonamos a posição aventada nas nossas *Sucessões* cit., n.º 51 II, que este erro seria causa de nulidade. É causa de anulabilidade, por aplicação do art. 2201. A anulação supõe a iniciativa de interessados e permite o esclarecimento da situação perante outros interessados.

(19) Cfr. as nossas *Sucessões* cit., n.º 53.

Para valer, teria de se dar relevância positiva à vontade.

Mas a relevância positiva da vontade supõe que esta resulte da interpretação do testamento, ainda que com recurso a prova complementar.

Como é quase impossível isso acontecer, a consequência terá de ser a inadmissibilidade da relevância da disposição dissimulada. A cláusula não tem então eficácia.

A solução, resultante do princípio geral atrás enunciado, pode fundar-se também analogicamente no art. 2203.

9. CONCLUSÃO

Pensamos deste modo ter reduzido a um esquema facilmente perceptível o material normativo. Não criámos: buscámos a ordem intrínseca das disposições. Partindo do sistema externo, chegámos ao sistema interno, que existe sempre, porque a realidade não é caótica. E com isto reduzimos a complexidade de tantas fontes aparentemente conflitantes.

Realçámos assim a autonomia do testador, que se manifesta em duas direcções principais:

- a relevância positiva, que permite ao autor regular o fenómeno sucessório
- a relevância negativa, que permite afastar disposições que não correspondam à vontade do autor.

A primeira supõe a formalização testamentária.

A segunda não, salvo em dois casos marginais dispostos por lei.