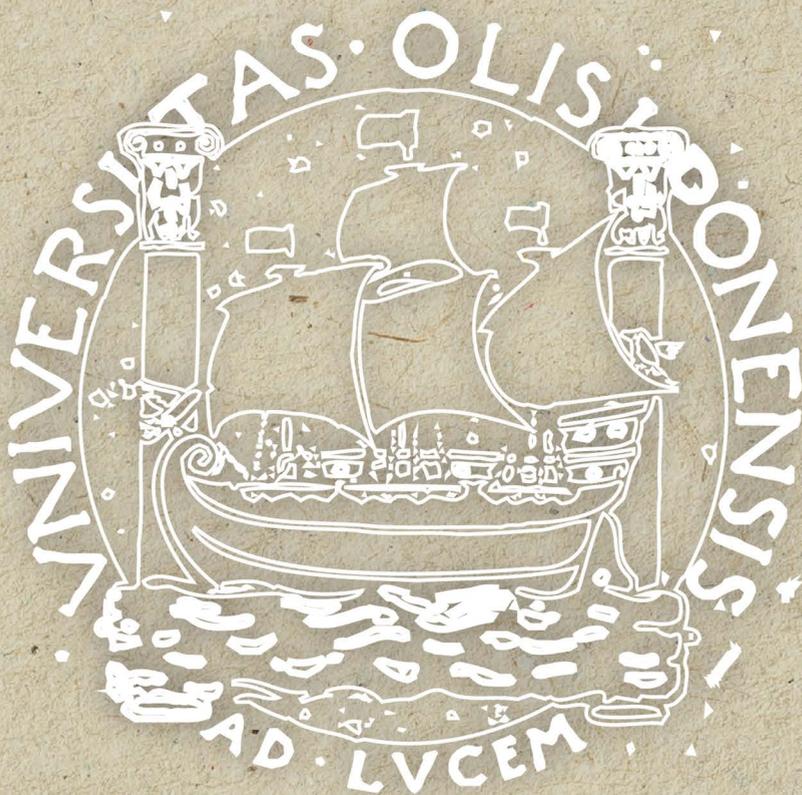


REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Número Temático: Vulnerabilidade(s) e Direito

ANO LXII

2021

NÚMERO 1 | TOMO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXII (2021) 1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Agosto, 2021

TOMO 1

- **M. Januário da Costa Gomes**
11-17 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

- **António Menezes Cordeiro**
21-58 Vulnerabilidades e Direito civil
Vulnerabilities and Civil Law
- **Christian Baldus**
59-69 Metáforas e procedimentos: Vulnerabilidade no direito romano?
Metaphern und Verfahren: Vulnerabilität im römischen Recht?
- **José Tolentino de Mendonça**
71-76 Sobre o Uso do Termo Vulnerabilidade
On the Use of the Word Vulnerability

ESTUDOS DOUTRINAIS

- **A. Dywyná Djabulá**
79-112 A Dinâmica do Direito Internacional do Mar em Resposta à Crescente Vulnerabilidade da Biodiversidade Marinha
The Dynamics of International Sea Law in Response to the Increasing Vulnerability of Marine Biodiversity
- **Alfredo Calderale**
113-143 Vulnerabilità e immigrazione nei sistemi giuridici italiano e brasiliano
Vulnerability and immigration in the Italian and Brazilian legal systems
- **Aquilino Paulo Antunes**
145-168 Covid-19 e medicamentos: Vulnerabilidade, escassez e desalinamento de incentivos
Covid-19 and drugs: Vulnerability, scarcity and misalignment of incentives
- **Cláudio Brandão**
169-183 O gènesis do conceito substancial de Direitos Humanos: a proteção do vulnerável na Escolástica Tardia Ibérica
Genesis of the substantial concept of Human Rights: protection of the vulnerable person in Late Iberian Scholastic
- **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
185-208 Direito Vulnerável: o combate jurídico pelo Estado Republicano, Democrático e Social de Direito na Europa pós-pandémica
Vulnerable Law: The Legal Combat for the Republican, Democratic and Social State of Law in the post-pandemic Europe

-
- 209-230 **Elsa Dias Oliveira**
Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia
Some considerations about the consumer protection in the digital market on the scope of the European Union Law
-
- 231-258 **Fernando Loureiro Bastos**
A subida do nível do mar e a vulnerabilidade do território terrestre dos Estados costeiros
Sea level rise and the vulnerability of the land territory of coastal states
-
- 259-281 **Filipa Lira de Almeida**
Do envelhecimento à vulnerabilidade
From ageing to vulnerability
-
- 283-304 **Francisco de Abreu Duarte | Rui Tavares Lanceiro**
Vulnerability and the Algorithmic Public Administration: administrative principles for a public administration of the future
Vulnerabilidade e Administração Pública Algorítmica: princípios administrativos para uma Administração Pública de futuro
-
- 305-339 **Hugo Ramos Alves**
Vulnerabilidade e assimetria contratual
Vulnerability and contractual asymmetry
-
- 341-374 **Isabel Graes**
Uma “solução” setecentista para a vulnerabilidade social: a Intendência Geral da Polícia
A “solution” to the social vulnerability in the 18th century: The General Police Intendency
-
- 375-404 **Jean-Louis Halpérin**
La protection du contractant vulnérable en droit français du Code Napoléon à aujourd’hui
A proteção do contraente vulnerável em Direito francês do Código Napoleão aos dias de hoje
-
- 405-489 **João de Oliveira Galdes**
Sobre a determinação da morte e a extração de órgãos: a reforma de 2013
On the Determination of Death and Organ Harvesting: the 2013 Reform
-
- 491-515 **Jones Figueirêdo Alves**
Os pobres como sujeitos de desigualdades sociais e sua proteção reconstrutiva no pós-pandemia
The poor as subject to social inequalities and their reconstructive protection in the Post-Pandemic
-
- 517-552 **Jorge Cesa Ferreira da Silva**
A vulnerabilidade no Direito Contratual
Vulnerability in Contract Law
-
- 553-564 **José Luís Bonifácio Ramos**
Problemática Animal: Vulnerabilidades e Desafios
Animal Issues: Vulnerabilities and Challenges

-
- Júlio Manuel Vieira Gomes**
565-602 O trabalho temporário: um triângulo perigoso no Direito do Trabalho (ou a vulnerabilidade acrescida dos trabalhadores temporários)
The temporary agency work: a dangerous triangle in Labour Law (or the increased vulnerability of temporary agency workers)

TOMO 2

-
- Mafalda Carmona**
603-635 “Para o nosso próprio bem” – o caso do tabaco
“For our own good” – the tobacco matter
-
- Marco Antonio Marques da Silva**
637-654 Vulnerabilidade e Mulher Vítima de Violência: Aperfeiçoamento dos Mecanismos de Combate no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e no Direito Brasileiro
Vulnerability and Woman Victim of Violence: The improvement of the Fighting Mechanisms in the Inter-American Human Rights System and Brazilian Law
-
- Margarida Paz**
655-679 A proteção das pessoas vulneráveis, em especial as pessoas idosas, nas relações de consumo
The protection of vulnerable people, especially the elderly, in consumer relations
-
- Margarida Seixas**
681-703 Intervenção do Estado em meados do século XIX: uma tutela para os trabalhadores por conta de outrem
State intervention in the mid-19th century: a protection for salaried workers
-
- Maria Clara Sottomayor**
705-732 Vulnerabilidade e discriminação
Vulnerability and discrimination
-
- Maria Margarida Silva Pereira**
733-769 O estigma do adultério no Livro das Sucessões e a conseqüente vulnerabilidade (quase sempre feminina) dos inocentes. A propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de março de 2019
The adultery's stigma in the Book of Succession Law and the consequent vulnerability (nearly always feminine) of the innocents. With regard to the Portuguese Supreme Court of Justice Judgement of May 28, 2019
-
- Míriam Afonso Brigas**
771-791 A vulnerabilidade como pedra angular da formação cultural do Direito da Família – Primeiras reflexões
Vulnerability as the cornerstone of the cultural development of Family Law – First reflections

-
- Nuno Manuel Pinto Oliveira**
793-837 Em tema de renegociação – a vulnerabilidade dos equilíbrios contratuais no infinito jogo dos acasos
On renegotiation – the vulnerability of contractual balance against the background of an infinite game of chance
-
- Pedro Infante Mota**
839-870 De venerável a vulnerável: *trumping* o Órgão de Recurso da OMC
From venerable to vulnerable: trumping the WTO Appellate Body
-
- Sandra Passinhas**
871-898 A proteção do consumidor no mercado em linha
Consumers' protection in digital markets
-
- Sérgio Miguel José Correia**
899-941 Maus-tratos Parentais – Considerações sobre a Vitimação e a Vulnerabilização da Criança no Contexto Parental-Filial
Parental Maltreatment – Considerations on Child Victimization and Vulnerability within the Parental-Filial Context
-
- Silvio Romero Beltrão | Maria Carla Moutinho Nery**
943-962 O movimento de tutela dos vulneráveis na atual crise económica: a proteção dos interesses dos consumidores e o princípio da conservação da empresa diante da necessidade de proteção das empresas aéreas
The vulnerable protection movement in the current economic crisis: the protection of consumers interests and the principle of conservation of the company in face of the protection of airline companies
-
- Valentina Vincenza Cuocci**
963-990 Vulnerabilità, dati personali e *mitigation measures*. Oltre la protezione dei minori
Vulnerability, personal data and mitigation measures. Beyond the protection of children

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Maria Fernanda Palma**
993-1002 O mito da liberdade das pessoas exploradas sexualmente na Jurisprudência do Tribunal Constitucional e a utilização concetualista e retórica do critério do bem jurídico
The myth of the freedom of sexually exploited people in the Constitutional Court's Jurisprudence and the conceptual and rhetorical use of the criterion of the legal good
-
- Pedro Caridade de Freitas**
1003-1022 Comentário à decisão da Câmara Grande do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – caso *Vavříčka e Outros versus República Checa* (Proc. 47621/13 e 5), 8 de Abril de 2021
Commentary on the decision of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights – Vavříčka and Others v. Czech Republic case (Proc. 47621/13 and 5), 8th April 2021

- **Rui Guerra da Fonseca**
1023-1045 Vacinação infantil compulsória – o Ac. TEDH *Vavříčka & Outros c. República Checa*,
queixas n.ºs 47621/13 e outros, 08/04/2021
Compulsory childhood vaccination – ECHR Case of Vavříčka and Others v. the Czech Republic, appl.
47621/13 and others, 08/04/2021

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

- **António Pedro Barbas Homem**
1047-1052 Doutoramentos e centros de investigação
Doctoral degrees and research centers
- **Christian Baldus**
1053-1065 Arguição da tese de doutoramento do Mestre Francisco Rodrigues Rocha sobre “Da
contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao
primeiro quartel do IV d.C.”
*Soutenance de la thèse de doctorat du Maître Francisco Rodrigues Rocha sur “Da contribuição por
sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao primeiro quartel do IV d.C.”*
- **José A. A. Duarte Nogueira**
1067-1078 *Da contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Do Século I a. C.*
ao primeiro quartel do IV d. C. (Francisco Barros Rodrigues Rocha). Arguição nas provas
de Doutoramento (Lisboa, 5 de Março de 2021)
The contribution by sacrifice on the sea in the Roman legal experience between the 1st century
BC. and the first quarter of 4th century AD, by *Francisco Barros Rodrigues Rocha. Argument in
the Doctoral exams (Lisbon, March 5, 2021)*

LIVROS & ARTIGOS

- **Antonio do Passo Cabral**
1081-1083 Recensão à obra *A prova em processo civil: ensaio sobre o direito probatório*, de Miguel
Teixeira de Sousa
- **Dário Moura Vicente**
1085-1090 Recensão à obra *Conflict of Laws and the Internet*, de Pedro de Miguel Asensio
- **Maria Chiara Locchi**
1091-1101 Recensão à obra *Sistemas constitucionais comparados*, de Lucio Pegoraro e Angelo Rinella

O estigma do adultério no Livro das Sucessões e a consequente vulnerabilidade (quase sempre feminina) dos inocentes. A propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de março de 2019*

The adultery's stigma in the Book of Succession Law and the consequent vulnerability (nearly always feminine) of the innocents. With regard to the Portuguese Supreme Court of Justice Judgement of May 28, 2019

Maria Margarida Silva Pereira**

Resumo: este estudo analisa criticamente o artigo 2196.º do Código Civil, o qual estipula a nulidade da deixa a favor de pessoa com quem o testador cometeu adultério. Procura-se demonstrar que, a partir do momento em que o adultério deixou de ser crime e o direito ao divórcio se agilizou por via da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, a ratio do preceito em causa deixou de existir.

Palavras-Chave: Direito das Sucessões; Adultério; Nulidade; Vulnerabilidade; Igualdade de Género.

Sumário: §. 1.º O artigo 2196.º do Código Civil e a sua desadequação atual. I. Apresentação do problema. II. O artigo 2196.º do Código Civil: uma norma que só aparentemente é geral e abstrata. Consideração preliminar. III. Os “modelos assimilacionistas” na égide do artigo 2196.º do Código Civil. IV. A circunstância obsoleta do artigo 2196.º do Código Civil. V. Pré-compreensões jurídicas subjacentes à decisão do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de março de 2019. VI. Entendimento do STJ acerca do artigo 2196.º do

Abstract: The article analyses art. 2196.º of the Civil Code. It attempts to demonstrate that the sanction it imposes lost legitimacy as adultery is no longer a crime and found a new de facto family doesn't challenge the principles of Family Law.

Keywords: Succession Law; Family Law; Adultery; Testament; Nulity; Vulnerability; Gender Equality.

* Processo n.º 1240/14.0T8VCT.G1. S1. Disponível em www.dgsi.pt.

** Doutora em Direito. Professora associada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Código Civil. VII. Os dois momentos essenciais da estrutura do artigo 2196.º do Código Civil cuja interpretação pelo STJ importa apreciar: a cláusula de invalidade da deixa e as exceções que a norma contempla. § 3.º Da incompatibilidade do artigo 2196.º do Código Civil com o Direito atual. I. Os conceitos legais de “adultério” e “cumplicidade” e os argumentos que daí se retiram contra a aplicabilidade hodierna do artigo 2196.º do Código Civil. II. “Adultério” e “cumplicidade” fora da linguagem jurídica. III. Argumentos favoráveis à revogação do artigo 2196.º do Código Civil que promanam da atual conceção legislativa da família. § 4.º A história do adultério e as suas consequências sobre a aferição do artigo 2196.º do Código Civil à luz do Direito contemporâneo. IV. A história jusfamiliar. O adultério e a invalidade das liberalidades a favor do cúmplice do cônjuge adúltero no Código de Seabra. V. O entendimento da doutrina do Código de Seabra. VI. Da incriminação por adultério ao entendimento dos seus efeitos sucessórios nos Trabalhos Preparatórios do Código Civil de 66. VII. O entendimento de Inocêncio Galvão Telles. § 5.º O regime em vigor. Análise das ressalvas à aplicação da nulidade da deixa testamentária. I. A desadequação jurídica da imposição de prazo de separação de facto entre os cônjuges por mais de seis anos. II. Consequências a extrair do encurtamento do prazo de separação dos cônjuges para efeito de acesso ao divórcio no entendimento da “indisponibilidade relativa” do artigo 2196.º do Código Civil. III. A validade das deixas a título de alimentos e suas consequências na *ratio* do preceito. IV. Do fim do labirinto penal e civil na hermenêutica do artigo 2196.º do Código Civil. V. *Pullus ad margaritam...* § 6.º Conclusões.

§. 1.º O artigo 2196.º do Código Civil e a sua desadequação atual

I. Apresentação do problema

1. O princípio da igualdade e o princípio da não discriminação foram incrustados na ordem constitucional portuguesa em 1976. São inequívocas as disposições do artigo 13.º da Constituição:

“1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”.

É bem sabido que a Reforma civilista de 77 compatibilizou o Código Civil com a Constituição e foi sobretudo sensível, em matéria jusfamiliar e sucessória, aos direitos das mulheres, os quais, com o advento da democracia, ganharam

dimensão muito mais ampla. Sem dúvida que a promoção da igualdade de género¹ foi, na época, uma preocupação maior dos pais da versão democrática do Código Civil de 66².

2. E, no entanto, subsistem ecos normativos da conceção jurídica não igualitária que a lei em geral e o entendimento social então contrariaram e vêm erradicando, algo que já sucedeu em muitos domínios do Direito depois de 1977.

A nulidade da deixa testamentária daquele que, estranha e erradamente, do ponto de vista técnico-jurídico, se apoda ainda, na lei em vigor, de “cúmplice do testador adúltero” constitui um exemplo rutilante da subsistência de estereótipos não igualitários e incompatíveis com o Direito atual.

Pela mão do artigo 2196.º CC, a lei considera nulas as deixas testamentárias que beneficiam quem viva com outra pessoa que ainda se encontra no estado civil de casada como outrem, desde que não tenha ocorrido separação judicial de pessoas e bens, nos termos do artigo 1795.º-A CC³, ou, em alternativa, separação de facto do cônjuge há mais de seis anos consecutivos.

Reza o preceito, que se reproduz:

Artigo 2196.º

(Cúmplice do testador adúltero)

1. É nula a disposição a favor da pessoa com quem o testador casado cometeu adultério.

2. Não se aplica o preceito do número anterior:

a) Se o casamento já estava dissolvido, ou os cônjuges estavam separados judicialmente de pessoas e bens ou separados de facto há mais de seis anos, à data da abertura da sucessão;

b) Se a disposição se limitar a assegurar alimentos ao beneficiário”.

¹ Nina DETLOFF, Katharina KAESTLING, Caroline TIEFENBACH, *Gender Identity, Sexual Orientation and Parentage, Family Law Lagging Behind*, International Survey of Family Law, hrsg. von Brinig, Intersentia, Cambridge, Antwerpen, Chicago 2020, pp. 135-147.

² Por todos Isabel de MAGALHÃES COLLAÇO, *A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar vinte e cinco anos depois*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, Volume I – Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 17-40 (26).

³ Reza o artigo mencionado:

“(Termos)

A separação judicial de pessoas e bens não dissolve o vínculo conjugal, mas extingue os deveres de coabitação e assistência, sem prejuízo do direito a alimentos; relativamente aos bens, a separação produz os efeitos que produziria a dissolução do casamento”.

Admitindo a lei a extinção do dever de coabitação, extrai-se desta consequência jurídica da separação judicial de pessoas e bens que os deveres de fidelidade e de respeito do artigo 1672.º CC, na vertente de não manterem os ainda cônjuges relacionamento íntimo com terceiros, se extinguem também.

3. Procuraremos demonstrar neste estudo breve que a nulidade da deusa testamentária em questão se fundamenta num ilícito criminal que a lei revogou. E só isso determinou a perda, a partir desse momento, do seu sentido. Ademais, no plano jusfamiliar, releva do entendimento de que o tempo de separação de facto de duas pessoas tem um efeito juridicamente relevante, algo que a lei atual afastou.

II. O artigo 2196.º do Código Civil: uma norma que só aparentemente é geral e abstrata. Consideração preliminar

1. A indisponibilidade sucessória relativa⁴ em apreço tem subjacente um “não dito”: eram/são sobretudo as mulheres que, vivendo com homem casado, competia/compete afastar da sucessão testamentária com que porventura tivessem sido contempladas por ele.

Afirmámos que se trata de um “não dito”: a norma é sem dúvida geral e abstrata, afastando assim o anátema da inconstitucionalidade.

Na verdade, entendemos que o generalismo e a abstração que lhe presidiram são capciosos, algo que se impõe desvendar.

2. O Direito pretende-se racional, objetivo e universal. E a norma do artigo 2196.º CC não parece enfermar de vício que contenda com este desiderato.

Mas é sabido que a pretensão normativa de objetividade e universalidade fracassa sempre que as consequências jurídicas decorrentes determinem formas de discriminação ou pelo menos de estigmatização de certo grupo, ainda que isso ocorra de modo encriptado.

Ora, isso acontece neste caso. Veremos que a nulidade testamentária, que consubstancia a sanção do potencial beneficiário da deusa, sobretudo incidia sobre mulheres, ao tempo em que o artigo entrou em vigor.

Eram elas que acediam à vida comum com homem que se encontrasse no estado civil de casado; o oposto, como veremos, mostrava-se muito insólito e mesmo, tendencialmente impossível, na prática.

⁴ Diferentemente das indignidades sucessórias (artigo 2034.º CC), as indisponibilidades relativas olham o vínculo entre o testador e o beneficiário da deusa testamentária. Se em geral o legislador admite que, nestes casos, a relação entre o autor da deusa e o seu beneficiário releve de eventual ascendente que o segundo exerça sobre o primeiro, no caso do artigo 2196.º CC perpassa uma índole sancionatória do comportamento de ambos, beneficiador e beneficiário. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*. Volume VI, Coimbra, Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2010, p. 319.

III. Os “modelos assimilacionistas” na égide do artigo 2196.º do Código Civil

1. Dissemos que a norma, tendencialmente geral e abstrata, visa um segmento particular de destinatários, a saber, as mulheres companheiras do testador que, no estado de casado ou não separado judicialmente de pessoas e bens ou, no limite, separado de facto do cônjuge há seis anos não ultrapassados, as beneficia no seu testamento.

Usa a doutrina jurídica feminista a propósito destas realidades jurídicas o conceito de modelos “assimilacionistas” ou “masculinos”⁵.

Estes referenciados “modelos” surgem sempre que uma norma geral e abstrata se dirige muito mais ao tratamento diferenciado, e simultaneamente menos favorecido, das mulheres do que dos homens.

Com efeito, sucede as mais das vezes, e sobretudo nas leis que se louvam de uma séria pretensão de tratar indiferenciadamente mulheres e homens, que a discriminação sofrida pelas primeiras, resultante do preconceito que identifica o seu comportamento como a razão de ser de aplicar uma sanção, tem de ser evidenciado por via de uma análise mais profunda.

2. O Direito da Família e o Direito das Sucessões oferecem uma variedade de exemplos rutilantes que os ilustram e o artigo 2196.º CC é um deles.

Com efeito, a questão, que sobretudo foi identificada noutras ramos do Direito⁶, surge ironicamente também no Direito das Sucessões: aí onde a Reforma de 77, que trouxe o cônjuge sobrevivente para a primeira classe dos sucessíveis legitimários e legítimos e em posição privilegiada⁷, tanto venceu o seu móbil de promover necessárias ações positivas⁸, “affirmative actions”⁹.

⁵ C. MacKINNON, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination*, New Haven, Yale University Press, 1979, pp. 144-146.

⁶ Por todos KATHRYN POWERS, *Sex, Segregation, and the Ambivalent Directions of Sex Discrimination Law*, Wisconsin Law Review, 1979, 55.

⁷ Cf. os artigos 2133.º, n.º 1, alínea a), 2142.º, 2157.º 2159.º e 2161.º, todos do Código Civil.

⁸ Maria Margarida SILVA PEREIRA e Sofia HENRIQUES, *Pensando sobre os pactos renunciativos pelo cônjuge – contributos para o projeto de lei n.º 781/XIII*, Julgar online, Maio de 2018. Disponível em julgar.pt/pensando-sobre-os-pactos-renunciativos-pelo-conjuge-contributos-para-o-projeto-de-lei-n-o-781xiii/ e Maria Margarida SILVA PEREIRA, *Temas de Direito da Família e das Sucessões*, Lisboa, AAFDL, 2020, pp. 231-252.

⁹ Sobre o conceito de ações ou medidas afirmativas Cristina HERMIDA DEL LLANO, *Affirmative Action Measures: Equality or Discrimination?* Rechtsstheorie, Vol. 45, 2014, Iss. 3: pp. 367–382.

3. Uma primeira advertência singra no caminho jurídico, deveras complexo, de encontrar a fronteira entre a “naturalidade” da aceitação, pelo Direito, dos costumes sociais e o sofisticado reconhecimento de que estes costumes são tantas vezes impostos pela ideologia que o Estado estrutura no plano normativo.

Recorda Martha Fineman que “[s]e bem que experimentemos muitas vezes que entidades tais como a família (...) são ‘naturais’ ou naturais na sua conformação e na sua função, a verdade é que tais instituições se constroem (...): as suas identidades são legitimadas pelo Direito, e por isso, pelo Estado. Tal como as entidades económicas, as entidades íntimas são criações do Estado, no sentido de que são trazidas para a esfera da existência jurídica através dos mecanismos do Estado”¹⁰.

4. A proibição de atribuir benesses sucessórias válidas ao “cúmplice do testador adúltero” perdeu o sentido, não é justa, atenta contra os princípios gerais de Direito e releva da vulnerabilização da pessoa sancionada.

Perdeu sentido, desde logo, porque, como afirmado já, o adultério deixou de ser um crime.

E perdeu-o também, porque a lei do divórcio assume o entendimento de que um ano consecutivo de separação dos cônjuges ou qualquer facto que comprove a perda de sentido da vida comum fundamentam o fim do casamento, independentemente de considerações éticas que porventura subsistam sobre a questão em segmentos da sociedade portuguesa.

IV. A circunstância obsoleta do artigo 2196.º do Código Civil

1. Procurando demonstrar o que acaba de ser dito, partimos para a análise de uma norma que há muito deveria ter sido revogada.

Não o foi ainda. Por inércia legislativa? Porque incomoda legislar pontualmente no domínio do Direito da Família, tal como acontece no domínio do Direito das Sucessões, depois que o advento do Estado de Direito e da Constituição de 76 impuseram ao legislador ordinário uma reforma legislativa e a segunda metade do século passado logrou uma reforma legislativa notável, que não se ousa repensar globalmente, vindo assim contra o dinamismo que a inspirou?

2. Sucede que uma reforma legislativa notável, a Reforma de 77, *supra* mencionada, não deve arriscar transformar-se numa cristalização jurídica anquilosada.

¹⁰ *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, Yale Journal of Law and Feminism, Vol. 20:1, 2008, p. 6.

Porém, a timidez do legislador em cumprir o seu espírito, mudando o conteúdo à medida que se deteta a sua desconformidade temporal – ela própria, uma timidez reveladora de vulnerabilidade – nisso mesmo vem transformando uma parte do acervo normativo ditado pela Reforma de 77.

V. Pré-compreensões jurídicas subjacentes à decisão do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de março de 2019

1. O Acórdão que decidimos analisar, como ponto de partida para o exame crítico da norma em questão, versa justamente a hermenêutica desta disposição sucessória. Daí o seu interesse neste contexto.

No caso que o STJ apreciou deu-se por provado:

i) Que um homem no estado civil de casado se separara há mais de cinco anos do seu cônjuge, tendo vivido a partir de então com outra mulher¹¹;

ii) Que instaurara ele ação com a finalidade de obter o divórcio, não tendo logrado a dissolução do casamento, entre outras (não provadas) razões, por não ter acedido o seu cônjuge em consentir no mesmo (“divórcio por mútuo consentimento”)¹²;

iii) Que a sua união com outra mulher, insuscetível de se configurar como união de facto juridicamente relevante (não havia, como se afirmou, divórcio nem sequer separação judicial de pessoas e bens)¹³ fora consecutiva por mais de cinco

¹¹ Assim, o Aresto:

“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.

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

¹² *Idem*, o Aresto:

“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 Recordar-se a exigência do artigo 2.º, alínea c), da Lei n.º 23/2010 (Primeira alteração à Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, que adopta medidas de protecção das uniões de facto, terceira alteração ao Decreto-Lei n.º 322/90, de 18 de Outubro, que define e regulamenta a protecção na eventualidade da morte dos beneficiários do regime geral de segurança social, 53.ª alteração ao Código Civil e 11.ª alteração ao Decreto-Lei n.º 142/73, de 31 de Março, que aprova o Estatuto das Pensões de Sobrevivência):

“[...]

Impedem a atribuição de direitos ou benefícios, em vida ou por morte, fundados na união de facto:

[...]

c) *Casamento não dissolvido, salvo se tiver sido decretada a separação de pessoas e bens”.*

anos e intensa e solidária, dado que esta companheira o assistiu na fase terminal de doença prolongada¹⁴, tendo expendido quantias expressivas (todas as suas poupanças) para ocorrer a despesas indispensáveis nessa fase¹⁵;

iv) Que outorgara o homem testamento beneficiando, através da quota disponível, familiar da companheira atual, deixa essa que o Supremo Tribunal de Justiça considerou representar benefício a favor dela, por interposta pessoa¹⁶.

VI. Entendimento do STJ acerca do artigo 2196.º do Código Civil

1. As pré-compreensões para a aplicação do artigo 2196.º CC, tal qual o Código Civil de 66 e posteriormente a Reforma civilista de 77 o estruturam, são as seguintes:

a) A primeira pré-compreensão é que a norma – que consagrou a invalidade das disposições testamentárias feitas a quem colaborou no adultério do autor do testamento, tendo com ele relacionamento íntimo – é suscetível de aplicação, apesar de o crime de adultério ter sido abolido pelo Direito português com a entrada em vigor do Código Penal de 1982¹⁷.

E permanece contemporânea e por isso inequivocamente aplicável, segundo o entendimento do STJ no caso, dado que (citamos o Aresto) “[o] desvalor ínsito à consagração da norma do artigo 2196.º CC não foi extinto (...) Ainda que as perceções 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”¹⁸.

¹⁴ Provado: “[...] 5. CC viveu, desde setembro de 2007 e até à sua morte, junto de DD”.

¹⁵ *Ibidem*, provado: “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.

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”.

¹⁶ *Ibidem*, provado: «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”.

¹⁷ Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de setembro, entrado em vigor, nos termos do artigo 2.º, em 1 de janeiro de 1983.

¹⁸ *Idem*, Acórdão do STJ em apreço, 2.3.

b) A segunda pré-compreensão é que é atual e coerente com a ordem jurídica familiar em vigor a exigência vertida no n.º 2 do preceito, de acordo com a qual a não aplicação do regime da invalidade sempre dependeria, ou da dissolução do casamento ou da separação judicial dos cônjuges de pessoas e bens, ou de verificação de separação de facto dos cônjuges por um tempo superior a seis anos à data da abertura da sucessão do testador que beneficiou a pessoa com quem vivia até ao decesso.

c) A terceira pré-compreensão – que não é invocada no Acórdão, mas constitui elemento essencial da interpretação do preceito visado – é que o atual artigo 2196.º, n.º 2, alínea c), CC, nos termos do qual a não aplicação da invalidade ocorre quando a disposição testamentária se limita a assegurar alimentos ao beneficiário, introduzido pela Reforma de 77¹⁹, não retirou o essencial do sentido do preceito.

Como afirmado, importa demonstrar que este entendimento é erróneo.

VII. Os dois momentos essenciais da estrutura do artigo 2196.º do Código Civil cuja interpretação pelo STJ importa apreciar: a cláusula de invalidade da deixa e as exceções que a norma contempla

1. O Acórdão, ao decidir que é nula a disposição testamentária feita a favor do descendente em primeiro grau da mulher com quem o autor do testamento vivia (há mais de cinco anos, como dissemos *supra*), sustenta-se, em primeiro lugar, em dois momentos de interpretação do artigo 2196.º CC e, em segundo lugar, num terceiro momento da interpretação da mesma norma, conjugada com o disposto no artigo 2198.º, n.º 2, CC²⁰.

¹⁹ Na versão inicial desta norma (Código Civil de 66), lia-se:

“Artigo 2196.º

(Cúmplice do testador adúltero)

É 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”.

Ressalta que o legislador de 66 não curou de excluir da invalidade, nem os casos de separação de facto por prazo superior a seis anos, nem as deixas testamentárias a título de alimentos. Estas só entrariam em vigor com a Reforma de 77.

²⁰ Assim, este preceito:

“Interpostas pessoas)

*1. São nulas as disposições referidas nos artigos anteriores, quando feitas por meio de interposta pessoa.
2. Consideram-se interpostas pessoas as designadas no n.º 2 do artigo 579.º”.*

Importa diferenciar os dois primeiros momentos referidos.

i) Primeiro momento: sustenta-se, no que tange ao núcleo fundamental da norma, que as disposições testamentárias – tal como as doações²¹ – feitas a companheiro extra-matrimonial de pessoa casada e não separada judicialmente de pessoas e bens são, por regra, inválidas.

ii) Segundo momento: sustenta-se ainda, quanto às exceções à sua aplicação que a mesma norma do artigo 2196.º CC contempla, no seguinte critério:

Aplicação literal da primeira, do que resulta a imposição de um prazo superior a seis anos de separação dos cônjuges nos casos em que nem o divórcio nem a separação judicial de pessoas e bens tenham sido decretados.

Assim, entende o STJ que o prazo de separação requerido para a não aplicação da invalidade deve superar os seis anos, tal como exigia a lei ao tempo da Reforma de 77, para que fosse decretado o divórcio sem mútuo consentimento e não provada a culpa, o então chamado divórcio remédio²².

§ 3.º Da incompatibilidade do artigo 2196.º do Código Civil com o Direito atual

I. Os conceitos legais de “adulterio” e “cumplicidade” e os argumentos que daí se retiram contra a aplicabilidade hodierna do artigo 2196.º do Código Civil

1. A decisão do STJ sustenta, em primeiro lugar, a conformidade com o sistema legislativo português da norma do artigo 2196.º CC, de acordo com a qual são inválidas as disposições que beneficiam aquele que colaborou no “adulterio”.

Com efeito – relembra-se – se bem que a deixa testamentária do *de cuius* não tenha sido feita a esta pessoa, mas sim a um seu filho, o Aresto afirma ser uma deixa que tem como destinatário o “cúmplice do testador adúltero”, feita por meio de “interposta pessoa”, o filho deste “cúmplice”.

²¹ As doações a pessoa que viva com pessoa casada e não separada judicialmente de pessoas e bens não vêm ao caso na decisão, mas é-lhes aplicáveis, em princípio, o disposto nos artigos 2192.º a 2198.º CC, de acordo com o disposto no artigo 953.º CC.

²² Assim resultava do artigo 1781.º CC saído da Reforma de 77, que alargava de novo o prazo de separação dos cônjuges para que o divórcio pudesse ser decretado para seis anos. Antes da Reforma de 77, o prazo de separação requerido para efeito de propositura de ação de divórcio litigioso era mais curto.

Adiantámos já a flagrante inaceitável aplicação do artigo 2196.º CC, como se de Direito vigente se tratasse. É juridicamente insustentável, pois que ele integra conceitos jurídicos que a ordem jurídica vigente banuiu.

Importa agora fundamentar a inaplicabilidade da invalidade aqui vertida à luz da atual ordem jurídica.

2. O artigo 2196.º CC integra, como vem sendo referido, o conceito de “adultério”, que deixou de ser considerado crime com a entrada em vigor do Código Penal de 1982.

E integra também o conceito de “cumplicidade” no adultério, ou seja, um instituto da comparticipação criminosa vertido no artigo 27.º do Código Penal.

Os conceitos de adultério e de cumplicidade têm conexão criminal imediata.

É impossível a conjugação de ambos (cumplicidade no adultério) hoje em dia, sem que tal releve do ripristinamento de Direito revogado.

3. E ainda no domínio penal, ocorreria, aliás, perguntar hoje acerca do enquadramento do comportamento de quem determinasse a vontade de outrem no sentido de ter uma relação extra-conjugal, quando a influência dessa pessoa, e só ela, fosse essencial para que tal ocorresse.

Basta ilustrar com um exemplo.

A determina B a praticar adultério com C.

Será *A* um cúmplice? Não o é em sentido penal e nunca o seria no sentido não jurídico da expressão²³.

E que dizer de quem determinasse hoje à prática do adultério, admita-se a título de exemplo, por vingança para com o “ofendido”, pagando ao seu cônjuge para que assim procedesse? Qual a razão axiológica para ficar fora do âmbito da norma que impõe a indisponibilidade sucessória, posto que não se vislumbra uma diferença axiológica face à pessoa que mantém a relação sexual? Nessa ótica, deveria ser incluído no seu âmbito. Mas não é.

4. Concluimos. Tratar-se-ia de uma nova hermenêutica com a finalidade de estruturar uma sanção jurídica em sede de sucessão testamentária para quem colaborasse diretamente na infidelidade, pensada pelo legislador do Código de Seabra e depois, pelo legislador do Código Civil de 66, como vimos, para autores

²³ Neste sentido Maria Margarida SILVA PEREIRA, *Direito da Família*, 3.ª ed., Lisboa, AAFDL, 2019, pp. 271-273.

e participantes num crime, e que seria, desta forma, reprimida pelo intérprete/aplicador contemporâneo para um âmbito de destinatários mais amplo, em razão, não já da criminalidade do seu comportamento, que sucumbiu por revogação do crime de adultério, mas do alegado desvalor ético e social do mesmo comportamento, que ao intérprete/aplicador não compete aferir, posto que não esteja plasmado na lei através de um juízo de ilicitude efetivo.

Submetido o Direito Penal, nos termos da Constituição, ao princípio da tipicidade (artigo 29.º, n.º 1, CRP²⁴) tudo desaconselha que o conceito de adultério seja aplicado em sentido amplo, de acordo com a linguagem comum, desde que os seus efeitos sejam, como sucedia ao tempo e que a norma civil se articulava com o crime de adultério, sancionatórios, desfavoráveis ao destinatário.

Sobretudo quanto à cumplicidade, tratando-se de conceito técnico de participação criminosa, impõe o princípio da tipicidade penal referido que apenas se aplique enquanto conceito de relação com um crime: é o que resulta do princípio da acessoriedade penal, no sentido amplo em que a entendemos, ou seja, no sentido de que tudo indefere a conexão de um conceito punitivo que não seja com um tipo penal²⁵.

II. “Adultério” e “cumplicidade” fora da linguagem jurídica

1. É certo que se utilizam ambos os conceitos – “adultério” e “cumplicidade” – na linguagem comum²⁶. Isso poderia, à primeira vista, depor no sentido da manutenção de um sentido na lei: um sentido radicado fora do domínio penal.

Tal não acontece, porém.

Pois é igualmente inequívoco que essas expressões “leigas”, não jurídicas, têm conotação pejorativa e o seu uso é diminuto (quem fala hoje de cúmplice de um

²⁴ Recorda-se o preceito citado: “Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a ação ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior”.

²⁵ Independentemente da exigência de uma ligação entre a ilicitude do comportamento principal e acessório ou de culpa, como já foi sustentado por certa doutrina.

²⁶ Segundo o *Grande Dicionário da Língua Portuguesa* de CÂNDIDO DE FIGUEIREDO, 25.ª edição, Bertrand Editora, Venda Nova, 1996, vol. I.

Para o mesmo Dicionário, “cúmplice” é “o que tomou parte num delito ou crime” e também “o que colabora ou toma parte com outro nalgum facto”. O primeiro significado atribuído à expressão é estritamente penal. O segundo, releva da linguagem comum: o cúmplice é um colaborador. A junção dos conceitos – “cúmplice de adultério” tem um sentido penal evidente.

Não pensamos em colaborador em falsificação ou adulteração quando interpretamos o artigo 2196.º CC!

adúltero?), a atestar o arcaísmo inerente e um compromisso muito saliente com a linguagem criminal, e por isso, pejorativo também, senão ambíguo sempre.

Vejam os.

“Adultério” significa, no léxico não criminal, “infidelidade conjugal” e também, como indicado já em nota, “falsificação”, “adulteração”.

É evidente que só o primeiro sentido tem aplicabilidade a situações referenciadas no artigo 2196.º CC. Mas sendo assim, embora subsista na lei o dever de fidelidade (artigo 1672.º CC), o seu incumprimento é desprovido de sanção durante a vida conjugal²⁷.

E sendo-o, é muito questionável o carácter ilícito do comportamento.

Resta o uso da palavra “infidelidade” em sentido corrente, as mais das vezes carregado de conotação desvaloriosa no plano ético e social, mas sem transposição para o âmbito da ilicitude civil ou criminal.

2. Afirmámos que a expressão “cúmplice” é uma expressão jurídico-penal, vertida no artigo 27.º do Código Penal²⁸ e assignámos-lhe o sentido de colaboração não essencial num crime.

Não é, deste modo, passível de alargamento à esfera jurídica extra-criminal, pois a sugestão incriminatória que transporta não se aplica noutros domínios jurídicos.

²⁷ É insuscetível de cumprimento porque não gerador de responsabilidade contratual/conjugal. Desde que se verifique lesão do direito de personalidade do cônjuge a responsabilidade extra-contratual existe. Maria Margarida SILVA PEREIRA, *Temas de Direito da Família e das Sucessões* cit., pp. 96-103.

²⁸ Seria redundância reproduzir aqui a definição legislativa da cumplicidade, não fora a circunstância de que parece subjacente à conceção de adultério e de “cônjuge adúltero” não o sentido típico criminal que foi revogado, mas antes, o sentido comum da palavra, ou seja, relacionamento extra-matrimonial.

Há que ter em conta, a este propósito – e aduzindo argumentação que se nos afigura arredar o bem fundado de um tal entendimento – que a união de facto é hoje reconhecida pela maioria da doutrina uma relação jurídica familiar, tal como o casamento, e não se concebeu, dado o seu carácter recente, para ela, a figura do adultério criminal. E quanto ao sentido atual, tão “adúltera” é a relação fora do casamento quanto o será a relação fora da união de facto. Ora, a lei não invalida as disposições testamentárias de um unido de facto a favor de quem tenha mantido uma relação com este unido de facto na constância de tal união – ou seja, sem que ela tenha sido dissolvida – ainda que à dissolução presida o princípio da informalidade, nos termos da lei.

Mas a ausência de relação adúltera, mesmo em sentido leigo, no âmbito da união de facto, pretere o correspondente uso leigo da expressão cumplicidade. Pois, uma vez que o retrato da situação que a doutrina poderia subsumir hoje ao conceito de adultério apenas abrange um segmento das relações familiares e precisamente, o segmento sobre que outrora se enquadrava no tipo criminal. E sendo assim, a cumplicidade continua a ter uma clara afinidade com o adultério criminoso. É a cumplicidade do artigo 27.º do Código Penal: prestação de ajuda moral ou material (no caso, material) à prática do comportamento.

III. Argumentos favoráveis à revogação do artigo 2196.º do Código Civil que promanam da atual conceção legislativa da família

1. Concluimos já que não se encontra hoje fundamentação para sancionar a sexualidade extraconjugal outrora penalmente relevante.

Mas igualmente, não vemos base de sustentação para o artigo 2196.º CC à luz do Direito da Família devido à inexistência de sanções para o não cumprimento dos deveres conjugais, e ao desaparecimento da culpa como fundamento do divórcio e fundamentadora de efeitos por ocasião dele.

Vejam as leis em vigor coerentes com o que acaba de afirmar-se.

A união de facto pressupõe relações análogas às dos cônjuges e produz efeitos, como já foi afirmado²⁹ a partir do momento em que existe separação judicial de pessoas e bens dos cônjuges.

No entanto, casos há em que o STJ admitiu reportar os efeitos de uma união que dura há pelo menos dois anos, posto que à morte de um dos companheiros a separação judicial ocorra, sendo que o período de vida comum sem separação judicial seja inferior aos dois anos.

E a tese tem sedimento doutrinário³⁰. Não a acompanhando, sempre diremos que há um entendimento jurisprudencial e doutrinário que afasta os efeitos axiológicos que atribuíram no passado à reunião de duas pessoas após separação.

Não vale argumentar em sentido contrário que o casamento/instituição prepondera sobre outras formas de vida comum juridicamente relevantes.

Não prepondera sobre os direitos pessoais, sob pena de desconformidade, essa sim, claramente constitucional.

²⁹ *Supra*, nota 13.

³⁰ O Acórdão citado louva-se no entendimento de FRANÇA PITÃO, *União de Facto e Economia Comum*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, p. 98, cuja doutrina transcreve: “[u] ma breve reflexão sobre a definição do âmbito do reconhecimento dos efeitos da união de facto face à exigência da sua durabilidade superior a dois anos, quando confrontada com o impedimento do casamento anterior não dissolvido. Trata-se de saber se tal reconhecimento impõe a verificação cumulativa destas duas condições, no sentido de ser necessário que os companheiros vivam em união de facto, por período superior a dois anos, sempre no estado de não casados. Ou se, pelo contrário, poderá ser contabilizado neste prazo o tempo em que viveram juntos naquelas condições, muito embora ainda “dependentes” de casamento anterior não dissolvido de um deles. Parece que devemos optar por esta segunda hipótese. Na verdade, o legislador apenas pretende evitar o reconhecimento de eficácia se algum dos membros da união de facto ainda se encontrar casado, sobretudo por razões de ordem moral e social. Por isso, bastará o trânsito em julgado da sentença que decreta o divórcio (ou separação judicial de pessoas e bens) para que se possa *aproveitar* todo prazo já decorrido desde o início da união, para que esta possa produzir os seus efeitos, pois nessa altura já desapareceu o fundamento impeditivo”.

2. Mas há outros fatores a atender neste sentido.

O recente desaparecimento do prazo internupcial como impositivo de dilação no tempo entre dois casamentos³¹ vem vincar que o casamento instituição se precariza na sua significância axiológica.

E se, como vimos, duas pessoas separadas consecutivamente há um ano podem comprovar rutura do casamento, que o mesmo é dizer, que um prazo de um ano de cessação de vida comum fundamenta um divórcio sem que isto tenha qualquer consequência jurídica negativa para o cônjuge que intenta a ação, pois que é uma realidade juridicamente entendida como pautada por critério de normalidade, razoabilidade e eticamente admissível por isso, como argumentar que duas pessoas separadas consecutivamente há muito mais tempo (mais de cinco anos, na ótica do Acórdão) vejam impender sobre si um juízo de desvalor que incide sobre o modo de vida pessoal pelo qual optaram entretanto?

3. A Reforma de 77, ao impor mais de seis anos consecutivos de separação dos cônjuges (não separados judicialmente de pessoas e bens)³², muito embora integrando (também) por este fundamento causas objetivas de dissolução do casamento, não concebia a decisão judicial de aferição de facto, que “independentemente da culpa do agente”, mostrasse a rutura definitiva do casamento, como agora sucede, por força do artigo 1781.º d, CC.

³¹ Assim, o artigo 2.º da Lei:

“(Norma revogatória):

São revogados:

a) A alínea b) do artigo 1604.º, o artigo 1605.º e o n.º 1 do artigo 1650.º do Código Civil;

b) A alínea c) do n.º 1 e o n.º 3 do artigo 12.º e o artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, que opera a transferência de competência decisória em determinados processos de jurisdição voluntária dos tribunais judiciais para o Ministério Público e as conservatórias do registo civil e Notariado”.

c) A alínea c) do ponto 3.4 do artigo 18.º do Decreto-Lei n.º 322-A/2001, de 14 de dezembro, que aprova o Regulamento Emolumentar dos Registo e Notariado.

³² O prazo então exigido correspondia ao prazo necessário para que fosse instaurada ação de divórcio sem culpa.

Estipulava então o artigo 1781.º CC, na redação do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro:

“(Ruptura da vida em comum)

São ainda fundamentos do divórcio litigioso:

a) A separação de facto por seis anos consecutivos;

b) A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a quatro anos;

c) A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de seis anos e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum”.

Por outras palavras. Há uma diferença jurídica entre a consideração legislativa dos prazos. Não é só o encurtamento significativo que se evidencia. Evidencia-se, igualmente, que o prazo de separação é um prazo que impõe ao intérprete/aplicador a dispensa de qualquer valoração, para todo e qualquer efeito, dos fundamentos e das circunstâncias da separação dos cônjuges³³.

4. A Reforma de 77 estipulava ainda, no artigo 1782.º, n.º 2, CC, com a redação então vigente:

“Na acção de divórcio com fundamento em separação de facto, o juiz deve declarar a culpa dos cônjuges, quando a haja, nos termos do artigo 1787.º”.

E a culpa relevava; rezava o n.º 1 deste artigo 1787.º CC:

“Se houver culpa de um ou de ambos os cônjuges, assim o declarará a sentença; sendo a culpa de um dos cônjuges consideravelmente superior à do outro, a sentença deve declarar ainda qual deles é o principal culpado”.

Conclui-se que a culpa acompanhava a aferição do comportamento de quem se separava na constância do casamento. O prazo de separação abria as portas ao divórcio, mas não despedia as consequências deste de considerações sobre o comportamento. A apreciação do comportamento do cônjuge separado existia; e sempre carregada de consequências.

5. No momento em que a lei bane a culpa como fundamento da ação de divórcio, exclui qualquer juízo sobre os comportamentos durante a separação. E, sendo assim, perde todo o sentido jurídico-familiar repriminá-los, para qualquer finalidade que seja.

³³ Importa ter em conta que o prazo de separação requerido pela Reforma de 77 para efeito de divórcio litigioso foi encurtado pouco tempo depois. Assim, rezava o artigo 1781.º CC, após a entrada em vigor da Lei n.º 47/98, de 10 de agosto:

“(Ruptura da vida em comum)

São ainda fundamento do divórcio litigioso:

a) A separação de facto por três anos consecutivos;

b) A separação de facto por um ano se o divórcio for requerido por um dos cônjuges sem oposição do outro;

c) A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de três anos e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum;

d) A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a dois anos”.

Do que agora se trata, é de assumir o afastamento dos cônjuges em pura objetividade, sem considerações acerca dos motivos que a ditaram, que permitiram a sua continuação, porventura, que evitaram a reunião do casal. Se assim acontece, o modo de vida durante a separação perde toda a relevância jurídica.

E se não recai “pecado” sobre ele, muito menos poderá recai “pecado” sobre outros que com este cônjuge conviveram: a qualquer título que isso tenha acontecido³⁴.

A liberdade do cônjuge separado sobreleva quaisquer considerações e pretere consequências jurídicas nefastas quanto ao seu exercício. Sendo assim, quem com ele conviva, partilhe a vida íntima está implicado no mesmo *nó assético*, isento, pois, de consequências jurídicas nefastas.

6. A culpa pela separação, durante a separação, não tem qualquer significado. É a inviabilidade da vida conjugal que agora se sobrepõe e todas as outras possíveis considerações jurídicas se anulam. Sobreleva a perda de sentido da vida conjugal e ao juiz cabe, isso sim, verificar se este sentido efetivamente desapareceu.

Sendo assim, como conceber, na atual ordem jurídica, consequências sancionatórias para o exercício da liberdade depois da separação de facto? Não vemos forma de o sustentar.

É por demais evidente que a norma perdeu sentido técnico porque perdeu, desde logo, fundamento de Direito; fundamento no Direito da Família.

7. Para além disso, a sua aplicação suscita o que precisamente se pretendeu evitar com a sua vigência, tanto no Código de Seabra como no atual: a imoralidade, a natureza antiética dos comportamentos.

À época, compreendia-se a proeminência do casamento em razão do seu valor jusfamiliar singularíssimo: era a instituição familiar única, desejada pela lei e pela sociedade, suscetível de ser construída pela vontade de duas pessoas, os nubentes³⁵.

À época, o casamento era tendencialmente indissolúvel em vida.

³⁴ Usando/ousando uma comparação com outra latitude jurídica. Basta, para que o divórcio seja decretado e dispensando qualquer juízo valorativo sobre causas e consequências da separação, que o cônjuge tenha uma “posse” do estado de separado de facto, à qual se imputaria, na linguagem dos Direitos Reais, a paz (“posse pacífica do estado de separado”) e a boa fé (“posse do estado de separado com a consciência de que ela se pode desenvolver segundo o pleno exercício do direito à liberdade de não regressar”).

³⁵ Observa Teresa PIZARRO BELEZA: “[a] família não é uma realidade social espontânea que se apresenta ao Estado pré-definida como entidade privada e autónoma a ser respeitada e preservada [...]. O Direito estadual teve e tem um papel decisivo na consagração de papéis e estatutos [...]”. *Mulheres, Direito, Crime ou a perplexidade de Cassandra*, Lisboa, AAFDL, 1993, p. 375.

À época da Reforma de 77, quando as sucessivas alterações à lei do divórcio, muito em particular as que entraram em vigor a partir de 1975 (a lei do divórcio permitida pelo Protocolo Adicional à Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa, assinado no Vaticano em 15 de Fevereiro de 1975 primeiro, e a viabilização de um divórcio remédio, sempre que a sociedade conjugal se mostrasse inviável por um período relevante), perdia o sentido ao olhar de pelo menos um dos cônjuges, olhar esse reflexivo do olhar da sociedade sobre o casamento, cujos tempos de duração se viam, cada vez mais distantes dos tempos em que se concebia o casamento para a vida.

À época, mesmo em 1977, quando a Reforma civilista tomou em mãos a introdução do princípio da igualdade perante a lei nas leis da família e das sucessões, o abrandamento do crime do cônjuge que surpreendia o outro cônjuge em flagrante adultério deixara de ser punido, mas o crime de adultério persistia, e persistiria durante mais alguns anos, até à entrada em vigor do Código Penal de 1982.

Por isso, bem se compreende que a Reforma tenha retirado da indisponibilidade sucessória o tempo de separação judicial dos cônjuges compatível com a proposição de uma ação de divórcio sem a vontade de um deles, mas haja mantido, ainda assim, a indisponibilidade de princípio resultante de uma situação que jurídico-criminalmente configurava adultério.

§ 4.º A história do adultério e as suas consequências sobre a aferição do artigo 2196.º do Código Civil à luz do Direito contemporâneo

I. Um crime de adultério com tipos diferentes em razão do género. O gravame para as mulheres

1. O exame do crime de adultério, que só foi revogado em toda a sua extensão incriminadora com a entrada em vigor do Código Penal de 1982, leva a concluir que situações como a apreciada e decidida no Aresto raramente configurariam fundamento de aplicação do artigo 2196.º CC, mesmo ao tempo da incriminação.

Vejamos em perspetiva histórica que assim era.

Ao tempo da vigência do Código Penal de 1852, e depois dele, da Reforma Penal de 1886, que subsistiu na nossa ordem jurídica durante alguns anos depois do advento da Constituição de 76 e do espírito e principais leis conformadoras do Estado de Direito emergente da Revolução de 25 de Abril, o adultério constituía crime para ambos os cônjuges, mas o seu maior desvalor insidia sobre o adultério da mulher; e, quando surpreendido em flagrante delito

e objeto da represália do cônjuge, a ponto de retirar a vida ao/à, adúltero/a, a pena aplicável ao cônjuge ofendido era muito branda, mas as situações alvo deste abrandamento soçobravam afinal, devido à construção diferenciada dos dois adultérios em razão do sexo, por beneficiar essencialmente o marido da adúltera.

2. Dissemos que o maior desvalor insidia sobre o comportamento da mulher. Isto resulta logo da tipificação desigual que então se encontrava na lei.

Pois configurava adultério da mulher qualquer comportamento de infidelidade por ela praticado, ou seja, qualquer comportamento isolado. E a circunstância em que ocorria o adultério era indiferente aos olhos do legislador, ao invés do que sucedia para o adultério do marido.

Assim, se o homem adúltero era apenas aquele que tivesse, na casa conjugal, uma mulher com quem praticasse relacionamento íntimo, a mulher adúltera não precisava de levar o homem com quem se relacionasse intimamente para o seu domicílio, e muito menos, de lhe dar aí guarida habitacional para que a lei qualificasse o seu comportamento como criminoso.

Seria, aliás, muito inverosímil admiti-lo a lei: o domicílio conjugal era o domicílio do chefe da família, a quem a mulher devia obediência.

3. O adultério era um crime contra as pessoas (Livro II, Capítulo III), inserido no Capítulo IV (Secção III, Dos crimes contra a honestidade).

Era paradigmaticamente concebido pelo legislador como um crime praticado contra a pessoa do marido, contra a sua condição de homem casado. Assim se entende que o perdão e a reconciliação com a mulher pusessem fim à legitimidade marital para intentar a ação de adultério. Tratava-se, coerentemente, de um crime particular³⁶.

³⁶ Lia-se no Código Penal de 1886:

“Art.º 401.º

O adultério da mulher será punido com prisão maior celular de dois a oito anos, ou, em alternativa, com degredo temporário.

§ 1.º *O co-réu adúltero, sabedor de que a mulher é casada, será punido com a mesma pena, ficando obrigado às perdas e danos que devidamente se julgarem.*

§ 2.º *Somente são admissíveis contra o co-réu adúltero as provas do flagrante delito, ou as provas resultantes de cartas ou outros documentos escritos por ele.*

§ 3.º *Não poderá impor-se pena por crime de adultério, senão em virtude de querela e acusação do marido ofendido.*

§.º 4.º *O marido não poderá querelar senão contra ambos os co-réus, se forem ambos vivos.*

Art.º 402.º:

O marido não poderá querelar, se perdoou a qualquer dos co-réus, ou se se reconciliou com a mulher.

4. E também se compreende a articulação do crime com a pré-compreendida debilidade feminina levasse doutrina importantíssima a criticar a disposição punitiva da mulher, louvando-se no entendimento de que só o co-autor deveria ser punido.

Comentava, de forma muito crítica, Silva Ferrão: “[s]e a mulher tem contra si a maior violação do dever, tem por outro a fraqueza do sexo, e que não pode impor-se-lhe castigo, sem que este se vá mais ou menos refletir-se na pessoa do marido, dos filhos e da família. Nenhuma destas causas milita a favor do co-réu adúltero, se é solteiro”³⁷.

Nos termos do artigo 372.º da Reforma Penal:

“O homem casado que achar sua mulher em adultério, cuja acusação lhe não seja vedada, nos termos do artigo 404.º § 2.º e nesse ato matar ou a ela ou ao adúltero, ou ambos, ou lhes fizer alguma das ofensas corporais declaradas nos artigos 360.º n.ºs 3.º a 5.º, 361.º e 366.º, será desterrado para fora da comarca por seis meses.

*§.º 1.º Se as ofensas forem menores, não sofrerá pena alguma*³⁸.

§.º 2.º O As mesmas disposições se aplicarão mulher casada, que no ato declarado neste artigo matar a concubina tida e mantida pelo marido na casa conjugal, ou ao marido ou ambos, ou lhes fizer as referidas ofensas corporais”.

§.º Único. Todo o procedimento cessará pela extinção da acusação do marido, e do mesmo modo o efeito da condenação de ambos os co-réus cessará, perdoadando o marido a qualquer deles ou tornando a viver com a mulher”.

Por outro lado – e regime não menos curioso ao olhar jurídico atual – a lei determinava que a circunstância de o tribunal não decretar o divórcio em caso de não comprovação do adultério (sentença absolutória da mulher) prejudicava a legitimidade para intentar ou continuar a ação criminal por este crime (art.º 403.º).

Diferente e muito mais brando era o regime do adultério do marido. Assim, o artigo 404.º:

“O homem casado, que tiver manceba teida e manteúda na casa conjugal, será condenado na multa de três meses a três anos” (destaque nosso).

A diferença não residia somente na pena aplicável, mas na circunstância em que o adultério do marido era menos sancionado: tratava-se de relação mantida com outra mulher no domicílio conjugal. E não se tratava de qualquer relação esporádica (estas ficavam, placidamente, fora do tipo penal) mas sim de uma relação constante, reiterada, em afronta flagrante ao cônjuge feminino, sem dúvida, potencialmente conhecida e ostentada no seio de toda a família e de terceiros que habitassem com o casal.

³⁷ SILVA FERRÃO, *Theoria do Direito Penal Aplicada ao Código Penal Portuguez comparado com o Código do Brasil, leis patrias, códigos e leis criminaes antigos e modernos*, vol VII, Lisboa, Imprensa Nacional 1857, p. 270.

³⁸ Por comodidade de leitura, atualizou-se a ortografia do preceito.

II. O olhar da doutrina sobre a desigualdade

1. A disposição, neutra em razão do sexo na sua formulação, como afirmámos já, era destinada paradigmaticamente à defesa da honra do marido da adúltera: qual a mulher que ousaria matar o próprio cônjuge em adultério na casa conjugal?³⁹

Silva Ferrão alertava para a índole perigosa desta norma, que deferia o *jus vitae et necis* à mulher, argumentando a facilidade com que o cônjuge masculino e a concubina poderiam estruturar um ardil, a ficção de que se haviam desentendido e impedindo assim a prova da verdade. Na prática, a mulher ofendida acabaria por não beneficiar da atenuação da pena, caso não se comprovasse a circunstância de flagrante adultério em que atuara, o que se tornava muito difícil. Ocorre, aliás, perguntar quem, portas adentro da casa conjugal, afrontaria a versão apresentada pelo cônjuge masculino, a quem socialmente era complexo contraditar⁴⁰.

III. A desigualdade entre a lesão da honra do marido e da mulher por via da prática de adultério: o busílis da diferença

1. Compreende-se que a complacência para com a aplicação da pena à mulher representasse um mal estratégico. Representava um mal estratégico, porque a prova da desonra do marido e as perturbações na família se sobrepunham, na axiologia preponderante, como bem a proteger, silenciando o crime e evitando a punição.

Na prática, a simetria da justiça privada entre marido adúltero e mulher adúltera não se verificava, em razão dos pressupostos muito mais exigentes que a lei impunha à prática do adultério criminoso masculino. Era, como resultou do exposto, um crime reiterado, praticado na casa conjugal, face ao qual se tornava bem menos suscetível de provar o flagrante delito⁴¹.

³⁹ E todavia, repudiando a norma vetusta das Ordenações cujo sentido o Código Penal de alguma forma ripristinou, escreveu Pascoal José de MELLO FREIRE. “Achando o marido a sua mulher em adultério, nem por isso a poderá matar ou ao adúltero: e fazendo-o perderá todos os seus bens para o herdeiro do morto, e servirá nas galés por cinco anos”. *Ensaio do Código Criminal a que mandou proceder a Rainha Fidelíssima D. Maria I*, Lisboa, 1823, título 11 §º 21.

⁴⁰ *Código Penal...*, p. 143.

⁴¹ A norma do artigo 372.º CP foi revogada como vimos *supra*, pouco depois de 25 de Abril de 1974. Lê-se no Decreto-Lei n.º 262/75, de 27 de Maio, promulgado em 15 de Maio de 1975 pelo Presidente da República Portuguesa, Francisco da Costa Gomes:

“O artigo 372.º do Código Penal, ao estabelecer a pena de desterro para fora da comarca por seis meses ao homem casado que, achando sua mulher em adultério, a matar a ela ou ao adúltero, ou

Ferrão escrevia contra a maré legislativa, criticando a norma com acerto: “[A] infidelidade do marido, praticada em qualquer lugar e em qualquer tempo, é um adultério, como o é o mesmo facto praticado pela mulher”⁴².

Vimos que a norma do abrandamento da pena pelo homicídio ou ofensas à integridade física do cônjuge do adúltero foi a primeira norma criminal a ser revogada a seguir a 25 de abril de 1974. Tal circunstância deixa ressaltar que o objetivo do legislador, banindo a justiça privada aplicada sob um verdadeiro alibi da causa de justificação da legítima defesa (legítima defesa da honra do marido, na prática) foi muito claramente evitar a contemporização com aquilo que a segunda metade do século XX considerava, na ordem de valores, um puro e duro crime de homicídio de que eram vítimas as mulheres e só elas.

IV. A história jusfamiliar. O adultério e a invalidade das liberalidades a favor do cúmplice do cônjuge adúltero no Código de Seabra

1. Ao tempo do Código de Seabra, o testamento a favor do cúmplice do cônjuge adúltero tinha, como se viu, sentido penal indefetível, mas diminuto interesse prático.

A lei afirmava então o seguinte a propósito de outras liberalidades, a saber, as doações, sempre que se verificasse adultério por parte do doador e a donatária fosse a sua companheira extraconjugal:

“Artigo 1480.º

São nulas as doações feitas por homem casado a sua concubina. Essa nulidade, porém, só pode ser declarada a requerimento da mulher do doador ou dos herdeiros legítimos dela, não podendo todavia a respetiva ação ser intentada senão dentro de dois anos depois de dissolvido o casamento”.

Resulta com meridiana evidência que o legislador atendia, a propósito das doações, ao adultério criminoso, legalmente tipificado, praticado pelo marido e relativamente, portanto, à sua “concubina”.

a ambos, ou lhes fizer qualquer ofensa grave, à mulher casada que praticou os mesmos fatos nas pessoas do marido e da concubina «teúda e manteúda pelo marido na casa conjugal», e, bem assim, nas mesmas condições, aos pais a respeito de suas filhas menores de 21 anos e dos corruptores delas, por que abstrai inteiramente da verificação de emoção violenta que aos agentes podem eventualmente produzir tais factos, confere um autêntico direito de matar”.

⁴² *Idem*, comentário ao artigo 404.º, p. 284.

V. O entendimento da doutrina do Código de Seabra

1. Doutrinava José Dias Ferreira a propósito da norma que exclusivamente visava as doações feitas pelo marido à amante:

“A concubina do homem casado nada pode receber deste por doação; mas pode receber por testamento, não tendo sido provado judicialmente o adultério antes da morte do testador, art.º 1771.º”⁴³.

No Código Civil de 66, o artigo 953.º aplicou às doações o regime das deixas testamentárias inválidas dos artigos 2192.º a 2198.º CC.

Sobre as deixas testamentárias, lia-se no artigo 1771.º do Código de Seabra:

“O cônjuge adúltero não pode dispor a favor do seu cúmplice, se o adultério tiver sido provado judicialmente antes da morte do testador”.

Ao tempo, a prova do adultério seria a prova criminal ou a que decorresse de ação de divórcio.

Escrevia José Dias Ferreira: “O adultério que pode existir sem concubinato porque não depende da persistência de relações ilícitas, só exclui da sucessão por morte quando tiver sido julgado em vida do testador, talvez para evitar que se vá devassar a honra das famílias e infamar a memória de pessoas que já não existem, e há-de ser feita em vida do testador a prova, não só do adultério, mas também do adúltero, conquanto muitos sustentem que bem pode provar-se depois da morte do testador quem foi o adúltero quando na causa intentada em vida não tenha sido declarado o nome dele”⁴⁴.

2. Ressalta do excerto que de adultério criminoso de tratava. Pois a aplicação da norma pressupunha uma ação judicial, intentada em vida do adúltero, e, de acordo com entendimento que o Autor sustenta, se, e apenas se, a identificação do adúltero tivesse ocorrido em vida deste. É da ação criminal que se trata; é nela que se pensa, sempre, quer se defenda a prova depois da morte, quer a prova tão só produzida em vida.

Cunha Gonçalves acentuava também que o fundamento da invalidade da deixa testamentária era um comportamento criminoso e, indo mais longe, apontava a incorreta qualificação jurídica do colaborador no adultério como “cúmplice”.

⁴³ Cf. José DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez Anotado*, segunda edição, Volume III, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1898, p. 101.

⁴⁴ Cf. José DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez* cit., p. 319.

Escrevia: “Nesta disposição, é manifestamente imprópria a palavra ‘cúmplice’, com que se designa a amante do testador casado ou o amante da testadora. Em ambos os casos, trata-se de *co-autor* do adultério; pois o cúmplice seria qualquer pessoa que instigou, favoreceu ou facilitou o mesmo adultério”⁴⁵.

Se a forma global e neutra em razão do sexo está aqui presente, não é menos verdade que a norma do artigo 1771.º CS surge condicionada pelas dificuldades probatórias que os penalistas assinalavam relativamente ao adultério masculino. E, afastada a possibilidade de identificação judicial do adúltero *post mortem*, ressaltava a vocação quase semântica do preceito.

3. A conjugação das duas disposições (artigo 1480.º e artigo 1771.º CS) e da doutrina que se lhes dirige demonstra à saciedade duas coisas da maior importância para a compreensão das implicações jusfamiliares do adultério.

a) Em primeiro lugar, que não era a mera ilicitude que determinava a aplicação da lei (e, acrescenta-se, muito menos o era a mera imoralidade da prática) mas a comprovação em juízo, determinada por elementos probatórios e por uma condenação que implicaria sempre a não exclusão judicial da culpa. Ou seja, implicava a avaliação do caso concreto.

b) Em segundo lugar, que a verve sancionatória de disposições vertidas na lei civil recaía bem mais acintosamente sobre as doações feitas à concubina, pois que a mulher casada se encontrava incapacitada para fazer doações sem a autorização do marido, diferentemente do que sucedia quanto à capacidade para testar.

Reiteramos assim que a lei civil aplicava a nulidade testamentária a deixa em caso de adultério do marido e da mulher, desde que provado o mesmo adultério judicialmente e só nesse caso.

VI. Da incriminação por adultério ao entendimento dos seus efeitos sucessórios nos Trabalhos Preparatórios do Código Civil de 66

1. A inaplicabilidade do crime de adultério e as suas corresponsivas implicações civis no domínio sucessório, aí onde a lei invalidava a disposição feita a favor do cúmplice do cônjuge adúltero condenado por esse crime⁴⁶ cala fundo no entendimento de Inocência

⁴⁵ Cf. *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, Vol. IX, Coimbra, Coimbra Editora, Limitada, 1935, pág. 671.

⁴⁶ Assim, o artigo 1771.º do Código de Seabra: “[O] cônjuge adúltero não pode dispor a favor do seu cúmplice, se o adultério tiver sido provado judicialmente antes da morte do testador”. A norma surgia em sintonia com a natureza particular do crime de adultério. Com efeito, permitir a prova do

Galvão Telles, que propõe, nos Trabalhos Preparatórios do Livro das Sucessões do Código Civil de 1966, a não exigência da condenação (em vida) do adúltero. Pois, deste modo, a norma ficaria como era e estava, ou seja, ficaria sem aplicação. E isso sobretudo importava.

2. Qual a mulher que testava até então a favor do seu companheiro extraconjugal?

No plano jurídico, a mulher não dispunha dos seus bens e não podia igualmente praticar qualquer ato sem autorização do marido (artigos 1115.º, 1117.º, 1193.º e 1194.º todos do CS), sob pena de nulidade. Nos termos do artigo 1189.º a administração de todos os bens do casal pertencia ao marido e excepcionalmente à mulher, na ausência deste, sendo, contudo, confinados os poderes de administração de que era titular. Socialmente, este testamento seria severamente censurado, ou mesmo, alvo de tentativa de invalidação, por alegado vício da vontade da sua autora...

VII. O entendimento de Inocêncio Galvão Telles

1. Inocêncio Galvão Telles abole, no texto da norma que propõe, a prova do adultério para efeito de invalidação de disposição a favor do cúmplice do cônjuge adúltero, em nome do princípio da não devassa da esfera privada depois da morte.

É muito coerente com a prática disseminada: a uma disposição fadada à inaplicabilidade pouco interessava rodear de exigências complexas.

Mas a norma olhava de novo o adultério do marido.

Lê-se nos trabalhos preparatórios a afirmação de Galvão Telles: “O que a lei pretende é evitar a imoralidade de à mesma herança concorrerem a viúva do testador e a concubina”⁴⁷.

§º 5º O regime em vigor. Análise das ressalvas à aplicação da nulidade da deixa testamentária

I. A desadequação jurídica da imposição de prazo de separação de facto entre os cônjuges por mais de seis anos

1. O legislador de 1977 veio admitir, como se viu *supra*, duas ressalvas para a perda de direitos.

adultério depois da morte do adúltero representava uma devassa da sua vida privada e da vida familiar dos seus mais próximos, que o legislador assim evitava.

Argumentando neste sentido, DIAS FERREIRA cit., p. 319.

⁴⁷ GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões, Anteprojecto de uma Parte do futuro Código Civil Português*, separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.º 54, p. 302.

Por um lado, a relação do cônjuge autor do testamento com terceiro/a que exista uma vez decretada há mais de seis anos a separação judicial de pessoas e bens.

Por outro lado, os casos em que as deixas testamentárias visem a simples prestação de alimentos.

Importa observar ambas.

A separação judicial de pessoas e bens veio, em 1977, tempo em que o adultério era ainda crime, tornar a norma do artigo 2196.º CC compatível com um espírito mais adaptado à época e também com os efeitos que vinha reconhecer aos unidos de facto em caso de morte de um deles, através da alteração introduzida no artigo 2020.º CC. Assim, determinou que não só o divórcio e a separação judicial de pessoas e bens excluía a invalidade da deixa testamentária, como ainda a separação de facto por mais de seis anos.

Afinal, era este o tempo agora requerido para que uma ação de divórcio pudesse ser intentada mesmo sem o consentimento do outro cônjuge (mútuo acordo).

2. Sublinha-se a grande dificuldade de aplicação da norma.

O decretamento da separação judicial de pessoas e bens será sempre rodeado de álea.

Uma pessoa pode, nos termos do artigo 1781.º, b), CC, intentar a ação de divórcio e nem por isso terá qualquer controlo sobre a data exata em que a alteração do seu estado civil vai ocorrer.

E, caso aconteça que a alteração referida ocorra na véspera, ou mesmo minutos antes da morte do autor do testamento, a sanção patrimonial deixa de ter lugar.

Do mesmo passo, e por maioria de razão, a separação de facto por mais de seis anos consecutivos e exatamente contados é de grande dificuldade probatória. Assim se explica em boa parte que o legislador tenha, nos anos subsequentes à Reforma, procedido a encurtamentos deste prazo para efeito de proposição da ação de divórcio sanção.

Hoje, o prazo de separação requerido para propor uma ação por divórcio rutura é de um ano⁴⁸.

⁴⁸ A separação dos cônjuges por um ano consecutivo não deixa, ela própria, pese o encurtamento do prazo legal ora exigido pela lei, de ser muitas vezes de difícil comprovação.

Ilustra-o a verve argumentativa exarada no bem recente Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 21 de fevereiro de 2019, processo n.º 3/18.9T8SXL.L1-2:

“[n]o caso dos autos, o autor provou que, apesar de estarem casados desde 1975 e de, à data da propositura da acção, 02/01/2018, ainda viverem na mesma casa, nunca trocaram lembranças entre

II. Consequências a extrair do encurtamento do prazo de separação dos cônjuges para efeito de acesso ao divórcio no entendimento da “indisponibilidade relativa” do artigo 2196.º do Código Civil

1. Daqui se deverá concluir que, uma vez que foi alterada esta lei, e no sentido de encurtar o prazo de separação dos cônjuges para que a ação de divórcio possa ser intentada, a boa hermenêutica do preceito implica que seja este novo prazo a ser tido em conta na norma, posto que esta estivesse em vigor, o que, como sustentamos, não se verifica.

O Acórdão, louvando-se na tese de que uma e outra coisa não ocorrem, aplica direito revogado⁴⁹.

si nem compraram em conjunto prendas para qualquer membro da família e fizeram sempre a passagem do ano separados um do outro e, desde pelo menos 2015, dormem em quartos separados, não tomam as refeições juntos, todas as semanas o autor leva a sua roupa a lavar numa lavandaria e começou a sentir que a vida com a ré lhe era insuportável, sendo que, à data da petição, não faziam férias em conjunto (o que necessariamente implica mais do que uma ocasião de férias), nem faziam qualquer tipo de actividade em conjunto.

Há aqui uma série de factos que, não havendo prova de factos contrários, permite a conclusão, tirada na sentença, de que não há entre estes cônjuges qualquer comunhão de vida e isso, pelo menos, desde 2015, portanto há muito mais do 1 ano exigido por lei”. Disponível em dgsi.pt.

⁴⁹ A questão da longevidade do prazo superior a seis anos, inscrita na norma, foi apreciada pelo STJ no plano da constitucionalidade. Com efeito, o recorrente alegou 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”.

A constitucionalidade das restrições a doações a favor de cúmplice do cônjuge adúltero» foi apreciada pelo Tribunal Constitucional, por alegada violação do direito de propriedade, enquanto possível violação do direito de dispor por morte. O TC indeferiu a inconstitucionalidade: “O que decorre da lei é, apenas, que o doador não pode dispor de um direito do qual é titular a favor de determinada pessoa, em razão da relação entre eles, previamente existente; não existe, sequer, uma indisponibilidade absoluta desse direito – e, muito menos, qualquer incapacidade jurídica”.

Cf. Acórdão n.º 425/2000/T. Const, Diário da República n.º 287/2000, Série II de 2000-12-14. No caso do Aresto em apreciação, foi antes invocada a violação do princípio da proporcionalidade. Mas o fundamento utilizado para indeferir a aplicação do artigo 2196.º CC ao caso não se nos afigura atingir a questão essencial; pois, como vimos demonstrando, é a própria invalidade da deixa testamentária que se revela desconforme à ordem jurídica.

2. A norma que apõe este prazo louva-se num critério técnico. Esta tecnicidade, por natureza formal, é incompatível com a argumentada importância valorativa que o Acórdão dela pretende retirar.

Tem o regime vertido pela Reforma de 77, de acordo com o qual a invalidez da deixa não se aplica desde que os cônjuges não separados judicialmente de pessoas e bens estejam separados de facto há mais de seis anos, fundamento jurídico atual?

Não tem, uma vez que o divórcio litigioso pode ser intentado desde que os cônjuges estejam separados de facto há um ano consecutivo, diferentemente do que ocorreu ao tempo da entrada em vigor da Reforma de 77, que dilatou para seis anos o prazo de separação que viabiliza a ação de divórcio sem mútuo acordo ou verificação de culpa (então vigente).

A conceção jurídica acerca do casamento, e bem assim, da sua longevidade, é muito diferente, bem mais de quarenta anos decorridos sobre a Reforma do Código Civil⁵⁰.

3. Este ponto tem a maior importância na aferição dos pressupostos de afastamento da invalidez da disposição testamentária, mesmo na ótica, que se arreda totalmente, da sua subsistência dentro de certos limites.

Vimos recordando que a lei admite a proposição de ação por divórcio rutura sempre que os cônjuges se encontrem ininterruptamente separados há um ano⁵¹.

⁵⁰ Sustentam a identidade entre o prazo de separação de facto ora vigente para efeito de ação de divórcio e o prazo do artigo 2196.º CC PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, que escrevem a propósito: “[n]ão parece justificada a exigência de seis anos de separação de facto desde que a al. a) do art. 1781.º (na nova redação que lhe deu a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro) se contenta com um ano de separação de facto para poder ser pedido o divórcio litigioso”, in *Curso de Direito da Família, Vol. I, Introdução. Direito Matrimonial*, 5.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, pág. 85.

Observa-se que os autores não questionam a vigência da norma do artigo 2196.º CC, mas sim, a exigência da dilação temporal aí exigida para que a nulidade da deixa testamentária tenha lugar.

⁵¹ Importa a este propósito ter em conta que o prazo de um ano requerido para efeito da obtenção do divórcio se inscreve no espírito da Lei n.º 61/2008 já referenciada por várias vezes. O que com ela se pretendeu, foi abolir a culpa como fundamento do divórcio e, ao mesmo tempo, agilizá-lo, sempre que se reconheça judicialmente que a vida comum dos cônjuges perdeu existência/sentido. Assim, o corpo do artigo 1781.º CC

“(Ruptura do casamento)

São fundamento do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges:

a) A separação de facto por um ano consecutivo;

b) A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum;

c) A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano;

d) Quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento”.

Isto significa que é entendimento legislativo que a ausência de relacionamento conjugal por este período indicia de forma clara que a vida conjugal perdeu o sentido; e se o perdeu e abre portas à dissolução unilateral do casamento, nada justifica, e tudo repudia, na atual ordem jurídica familiar, que o período relevante para uma separação de facto seja superior a um ano – precisamente, o tempo necessário e suficiente aos olhos da lei para que se reconheça que a sociedade conjugal perde fundamento de subsistência, posto que um dos cônjuges assim o entenda.

III. A validade das deixas a título de alimentos e suas consequências na *ratio* do preceito

1. O entendimento de que a ressalva da atribuição de alimentos ao companheiro do testador, a título de deixa testamentária, consagrada na alínea b), obrigou ela própria a rever a fundamentação da invalidade inscrita no artigo 2106.º CC não é igualmente tido em consideração pelo Acórdão.

Com efeito, a Reforma de 77, aquiescendo, como se afirmou, na manutenção do artigo 2196.º CC, teve a preocupação de esbater alguns dos seus efeitos civis mais nefastos.

Se bem se pode reconstituir o pensamento legislativo que lhe presidiu nesta sede, tratou-se de, não deixando de atribuir consequências sucessórias a uma situação que a lei penal (ainda) incriminava, adaptar a extensão de tais efeitos aos novos pressupostos que norteavam já a flexibilização do divórcio e às pré-compreensões inerentes (um prazo longo de separação dos cônjuges suscetível de pôr fim à vida conjugal deveria ter correspondente contemporização com a vida comum de qualquer dos cônjuges com outra pessoa, sem que isso trouxesse efeitos patrimoniais na esfera sucessória).

E esta outra exceção contemplada na lei em 1977 é profundamente relevante para a hermenêutica do artigo 2196.º CC a partir de então.

2. E, mesmo ainda durante a vigência da incriminação do adultério, a nova solução legislativa deixara cair um dos mais importantes fundamentos, senão o fundamento essencial, do artigo 2196.º CC: a convergência em testamento e subsequente processo de partilha, do cônjuge sobrevivente e de terceiro/a com quem o cônjuge decesso mantivera relacionamento íntimo duradouro.

Nestes Trabalhos Preparatórios não se verificou, contudo, unanimidade sobre a manutenção da indisponibilidade relativa ao cúmplice do cônjuge adúltero.

Com efeito, Vaz Serra propôs a eliminação invocando que – e citamos o texto dos Trabalhos Preparatórios – “pode acontecer, em certas circunstâncias, que o

adultério não seja moralmente tão reprovável que justifique a nulidade da disposição; ao tribunal competiria decidir, caso a caso, se a deixa a favor do adúltero representava ou não uma imoralidade [e na hipótese afirmativa, poderia declará-la com base no art.º 207.º do Anteprojeto, que determina a invalidade da disposição feita por motivo ilícito”⁵².

3. Voltamos ao Anteprojeto e à discussão que ele exara, para melhor elucidar sobre as questões que sobretudo preocuparam a Comissão e a sua compaginação com a atualidade.

A solução preconizada, que não vingou, tem o enorme interesse de evidenciar que era à sanção de uma imoralidade que se tratava de atender. Vaz Serra cometia a decisão de sancionar ou não o adúltero ao tribunal, num *case law curioso* (admite-se que sob o manto do critério de equidade).

E em linha argumentativa diametralmente oposta, pois que se bateu pela manutenção incondicional da sanção, Gomes da Silva venceu também a égide moralista da norma. Ainda segundo os Trabalhos Preparatórios, verifica-se que este Professor afirma que se trata de “[u]ma indignidade. Nunca o adultério pode justificar-se. E não é preciso que seja o motivo da deixa; basta que tenha ocorrido”⁵³.

4. Sobre as ressalvas a atender na norma (dissolução do casamento ou simples separação judicial de pessoas e bens) a discussão é também elucidativa.

No entendimento de Pires de Lima, a ressalva da sanção deve contemplar os casos em que tenha ocorrido “dissolução do casamento no momento da abertura da sucessão, por pré-morte ou divórcio, ou se houver separação de pessoas e bens”⁵⁴.

Mas Braga da Cruz esgrime contra esse argumento afirmando que “[A] separação judicial funciona como prémio ao adúltero: o ofendido pede separação e o adúltero responde instituindo como herdeiro o cúmplice”⁵⁵.

Também neste outro plano, das situações jurídicas que se possam considerar extintivas da sanção sucessória, o juízo moral evidencia-se como fundamento carregado.

A Comissão discute em que medida um casamento não dissolvido, mas encontrando-se os cônjuges separados judicialmente de pessoas e bens, poderá ainda sustentar a nulidade da deixa testamentária. E se bem que esta solução não tenha

⁵² *Idem*, p. 301.

⁵³ *Idem*, loc. cit.

⁵⁴ *Idem*, p. 303.

⁵⁵ *Idem*, p. 303.

vingado, a sua sustentação (vencida) e a discussão que gerou vincam forte a índole ético-jurídica que sustenta a nulidade em questão.

5. Também logo por aqui ocorre evidenciar a insusceptibilidade de adaptação das causas de exclusão da invalidade aos nossos dias. Pois é por demais claro, nos termos da lei em vigor – a Lei n.º 7/2001, de 11 de maio, revista e republicada pela Lei n.º 23/2010, de 30 de agosto, relativa ao regime jurídico da união de facto⁵⁶ – que esta união granjeia relevância jurídica a partir do momento em que os companheiros se encontram separados judicialmente de pessoas e bens há dois anos (artigo 1.º, n.º 2).

Ora, se assim acontece, é porque o atual entendimento legislativo consolida, através de efeitos legais algo densos já (tanto a nível pessoal como patrimonial), uma situação constituída a partir da decisão judicial de separação de pessoas e bens dos cônjuges.

E, concorde-se ou não com este efeito da separação judicial de pessoas e bens como necessário para ser gerador de uma união de facto juridicamente relevante – e parece-nos que a lei deveria ter sido mais exigente quanto a este ponto, como observámos noutras ocasiões⁵⁷ – o certo é que a lei atual se sustenta na ponderação positiva dos casamentos não dissolvidos mas cujos efeitos pessoais mais relevantes se encontram suspensos judicialmente, o que indefere dúvidas sobre situações que a lei clarifique como suscetíveis de produzir efeitos pessoais⁵⁸.

6. A doutrina, porém, opera uma cada vez mais intrincada interpretação do que deva entender-se por adultério hoje e agora. Assim, escrevem Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira:

“Menos claro é saber quando é que o doador ‘cometeu adultério’. Tomada a disposição legal à letra, bastaria um ato isolado de adultério, uma relação accidental e esporádica,

⁵⁶ Com efeito, lê-se no artigo 1.º da Lei n.º 23/2010, já citada:

“2 – A união de facto é a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivem em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos”.

⁵⁷ Maria Margarida SILVA PEREIRA, *Reminiscências de um Direito penal da família face ao actual Direito da família, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Pamplona Corte-Real, Coimbra, Almedina, 2016*, pp. 159-175.

E por último, *Temas de Direito da Família e das Sucessões* cit., pp. 177-194.

⁵⁸ Em sentido diferente doutrina Jorge DUARTE PINHEIRO: “[A] invalidade da disposição da pessoa com quem o autor cometeu adultério funda-se já na protecção da ordem matrimonial”. *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 4.ª edição, Lisboa, AAFDL, 2020, p. 90.

*para tornar nula a doação que o cônjuge adúltero fizesse ao seu cúmplice; mas parece justificar-se uma interpretação restritiva do preceito, que só quererá abranger situações de união de facto ou concubinato duradouro*⁵⁹.

A opinião dos Autores evidencia bem a complexidade inerente à norma.

Com efeito, nos tempos correntes, tão grave pode ser considerada, na ótica do cônjuge, uma relação extraconjugal esporádica como uma relação duradoura. E, sendo a violação dos deveres conjugais apenas aferível na esfera privada (um cônjuge pode não lhe assacar quaisquer consequências, como pode intentar uma ação de divórcio por esse motivo, invocando insuscetibilidade de subsistência da vida conjugal, posto que a situação ocorrida tenha ferido profundamente a sua confiança no outro cônjuge, ou a autoestima, etc.), é muito problemático impor um padrão de infidelidade como fundamentador da invalidade.

E os mesmos Professores, que fundam a invalidade da liberalidade em concubinato duradouro ou “união de facto”, sustentavam, nessa mesma edição do *Curso de Direito da Família*, que a união de facto constitui uma relação familiar⁶⁰, apenas como tal designada quando cumpre os requisitos legais, ou seja, quando emerge de relação entre duas pessoas separadas judicialmente de pessoas e bens.

7. O que sobra afinal, hoje e agora, do juízo jurídico antieticamente fundado sobre as relações entre as pessoas?

Há trinta e sete anos que este crime não existe em Portugal.

Há quase treze anos que a Lei 31/2008, de 31 de outubro, veio considerar que um ano de separação consecutiva basta para que um casamento se dissolva a pedido judicial de um dos cônjuges. Há onze anos que a lei considera que as pessoas do mesmo sexo e de sexo diferente que vivem em união de facto têm uma situação análoga à dos cônjuges, nos termos em que a lei entende a vida conjugal.

E poderemos compreender a aplicação do conceito de adultério do Código Penal de 1886, das Ordenações⁶¹ também, aos casais do mesmo sexo, reconhecidos em 2010 pela lei?

Quem entenda que o artigo 2196.º CC está em vigor considera certamente que sim; e aplica um conceito cujo étimo é penal e obedece, hoje, ao princípio da

⁵⁹ Cf. *Curso...* cit., pp. 85-86.

⁶⁰ Assim, escrevem: «A união de facto é a relação cuja qualificação como relação familiar tem sido mais controvertida; embora seja razoável pensar que, se não for considerada ainda como tal, parece estar a caminho de consolidar essa natureza». *Idem Curso...*, p. 56.

⁶¹ A punição do adultério por retaliação privada (sem pena pública, portanto) remonta a D. Dinis e permanece nas várias Ordenações do Reino.

intervenção mínima, a uma realidade que nem as Ordenações, nem o Código de 1852, nem a sua Reforma de 1886, nem a versão inicial do Código Civil de 66 anteviram.

O que subsiste então desta norma?

Quando a vemos ser aplicada⁶², a preocupação é muito grande.

No caso decidido, a sua aplicação implicou um gravame para a mulher que viveu mais de cinco anos consecutivos com alguém que tentara divorciar-se e o não conseguira, por entraves levantados pelo cônjuge. Para a mulher que em união, não relevante como união de facto por isso mesmo, cuidou do seu companheiro durante doença longa. Para a mulher que certamente viveu momentos de grande sofrimento e partilhou solidariedade. Para a mulher que foi apodada por um Tribunal português de autora de comportamento imoral. E viu recair sobre si um juízo não fundamentado de intenções patrimoniais ilegítimas, imorais.

IV. Do fim do labirinto penal e civil na hermenêutica do artigo 2196.º do Código Civil

1. A luz da irracionalidade/ilegitimidade contemporânea da nulidade da deixa a favor do “cúmplice do cônjuge adúltero” tem, à primeira vista e sobretudo, étimo penal. Por isso surge tão evidente aos olhos do intérprete a sua indevida aplicação: o adultério não é crime, e um comportamento que não é criminoso não tem nenhum co-autor ou cúmplice criminoso.

A sanção do direito sucessório, que emerge com a indisponibilidade vertida no art.º 2196.º CC, é assim um contrassenso.

Todavia, mergulhando no sentido das fontes da lei sucessória atual e dos seus antecedentes legislativos, a perplexidade acentua-se ainda mais.

Pois nem o legislador penal de oitocentos concordava com a falta de sinalagma do crime em razão dos sexos, nem o legislador civil de então, nem o do Livro das Sucessões do Código de 66 eram coerentes com a punição do criminoso para efeito de benefício do cônjuge sobrevivente. Não o foi o Código de Seabra quanto às doações

⁶² Lê-se no também muito recente Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de fevereiro de 2019, processo n.º 3607/17.3T8BRR.L1-6, disponível em www.dgsi.pt:

a) Andou bem, Tribunal “a quo” ao considerar nula a deixa testamentária em discussão nos autos.
b) O testamento celebrado pelo testador pai da Recorrida é nulo atento o disposto no artigo nº 1 do artigo 2196º, por ter sido feito em favor da pessoa com quem o testador casado cometeu adultério.
c) Não se encontra verificada a exceção prevista no art. 2196, nº2 al. a) do CPC.
d) Interpretar o art. 2196º do CC como pretende a Recorrente, ofende os princípios ético-morais que este visa defender e preservar”.

à participante no adultério e deixou de o ser o legislador de 66 quanto às deixas aos participantes do/a adúltero/a.

V. *Pullus ad margaritam...*

1. Assim, entendemos dever restaurar-se a pérola da honra do “cúmplice” do testador “adúltero”.

No caso do Acórdão, que trouxemos à apreciação para melhor escorar a incongruência de uma norma obsoleta, importa, contra ele, assumir a redenção da mulher que deu tudo: amor, solidariedade, haveres, durante anos a fio. E apagar a injustiça da aplicação da lei, a qual recaiu sobre o filho, assim como se afirma por vezes recaírem sobre os filhos os pecados dos pais.

O que entendeu o STJ no caso?

Citamos outra vez⁶³, com mais desenvolvimento agora, um esclarecedor excerto da inusitada decisão:

“[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 perceções 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”.

2. Ou seja: sobrelevou na decisão um aleatório entendimento da ética social o valor indiscutível da solidariedade. E sobrelevou esse entendimento presente na decisão a obrigação de atender ao artigo 9.º, n.º 1, CC, que só por isso se afigura oportuno recordar, com igualmente oportuno itálico no ponto que se salienta a este propósito:

“[A] interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, *as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada*”.

⁶³ Cf. *supra*, nota 18.

É que, olhada a lei da família contemporânea e a sua alegada indiferença à moral (?) que subsiste, nela se encontra o argumento de fundo que, sem dúvida, determina que a norma do artigo 2196.º CC seja revogada.

Pois concluímos que não censura a lei da família contemporânea quem se separa do seu cônjuge. Ao invés, respeita-lhe incondicionalmente a liberdade e a vontade. A culpa é irrelevante para efeito de divórcio e por isso não tem como ser relevante para sancionar os comportamentos coerentes e lícitos de quem vive singrando no caminho do divórcio que porventura pretende, ou pelo menos deseja, ver decretado.

3. Assentimos nas palavras de Martha Fineman. Que escreve: “[a] questão suscitada por Louis Henkins no seu artigo de 1963, ‘Moral e Constituição: o pecado da obscenidade’, continua a ser a correta: qual é o propósito secular, utilitário ou social de uma lei?

Por outras palavras, como é que nós, sociedade, definimos legitimamente o dano? Ainda mais importante (...) é a questão de saber quem é que nesta sociedade define o que representa dano e o demarca de formas de expressão da liberdade? Uma vez que existem realidades diferentes que evocam respostas e interpretações muito diferentes, a quem incumbe a titularidade da perspetiva que conta”⁶⁴

A perspetiva que conta, sustentamos, na esteira da Autora, é a da aferição da dimensão dos danos e do contributo juscientífico e legislativo para os apontar e eliminar. O dano de quem não acede a património por via testamentária por estigma de mais do que discutível imoralidade praticada e absoluta desconformidade de decisão judicial com o Direito positivo é um dano que representa um mal social e um erro jurídico. Importa evitar que se perpetue noutras decisões.

Uma norma iníqua e desfasada que corrói, pelas consequências que impõe, os princípios de Direito em que nos sustentamos como sociedade moderna, não é legítima.

A lei que respeita a liberdade e a autonomia da vontade é o bem mais precioso para quem procura justiça. Para quem não fecha os olhos à insustentável vulnerabilidade em que leis anquilosadas colocam os cidadãos.

Aos outros, pouco importará. Do mesmo passo que não é com o contributo destes outros que o Estado de Direito e a igualdade de oportunidades, a igualdade de género, avançam. Não é com esse contributo que o Direito, nas palavras do Salmo, se cumpre.

⁶⁴ Cf. *Gender and Sexual License: The Plot Might Change but the Message Remains the Same (A Response to William Nelson)*, Yale Journal of Law and the Humanities, Vol. 5, Iss. 2 [1993], Art. 3, p. 349.

O que se afigura resultar do que vem de ser referido é a instância com que se impõe a revogação da norma do artigo 2196.º do Código Civil.

Que a tenha em rápida conta a XIV Legislatura!

§º 6.º Conclusões

a) Não sendo hoje o adultério crime, desde logo, nos termos discriminatórios em razão do género (ostensivamente discriminatórios, como se observou) nem por forma alguma, ponto que se louva no novo entendimento de que entre os valores fundamentais da convivência lesáveis penalmente não figura, por certo, a infidelidade conjugal, nada justifica a aplicação de uma sanção em Direito das Sucessões, na modalidade da sucessão testamentária – qual sanção civil inusitada – a quem viola o dever de fidelidade e a quem configura a contraparte num comportamento que, pela sua natureza, não é suscetível de singularidade na prática. A invalidade das disposições testamentárias a favor de terceiro, com quem a infidelidade de um cônjuge ocorreu, perdeu totalmente o sentido.

b) O entendimento, desconforme à lei, de que o “cúmplice do testador adúltero” é mais do que algo relegado para a história do Direito português e pode ser retomado, em jeito de pesadelo que recorda aquilo que a incriminação do adultério foi na prática – uma forma de discriminação muito evidente em razão do género – sempre teria de ser interpretado à luz da outra parte do direito da família que claramente despediu na letra da lei a valoração de um prazo longo como prova da cessação da vida comum e abertura corresponsável à produção de efeitos de prazos bem mais curtos de cessação da vida comum. Em nenhuma circunstância um prazo de seis anos deveria ser trazido a decisão judicial, em tempo de vigência da lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, que permite a proposição de ação de divórcio, posto que estejam os cônjuges separados de facto há um ano consecutivo.

c) Se mais dúvidas sobrassem de que, ainda ao tempo da incriminação do adultério (ao tempo da Reforma de 77) a razão de ser do artigo 2186.º CC deixara de se poder louvar num juízo, essencialmente ético, negativo da “promiscuidade sucessória” entre o cônjuge do decesso e outro seu parceiro sexual, a alínea b) do n.º 2 mostrava a evidência que assim não acontecia. A partir daí, este parceiro/a passou a poder receber por via testamentária alimentos da herança.

E podendo-o, é muito clara a nova conceção de família que emerge. Uma família compatível com consequências inclusivas a nível patrimonial e solidária com aqueles que, no plano da autonomia da vontade, inquinam a família inicial.

O relacionamento íntimo entre as pessoas não se compadece com sanções patrimoniais aleatórias doravante. A autonomia da vontade, o exercício do direito à liberdade – no caso, à liberdade de testar – implicam o direito de dispor da quota disponível.

d) Se objeções pudessem ainda esgrimir-se de que a lei utiliza, no artigo 2196.º CC, a figura do cúmplice do cônjuge adúltero de forma atual, porque lhe assigna um sentido não jurídico-criminal, elas esboroar-se-iam em razão do juízo que imputa ao ainda cônjuge consequências (no caso, consequências negativas) pelo seu comportamento na esfera pessoal.

Esse juízo não é consentâneo com a liberdade de aceder ao divórcio após um tempo de separação de facto sem que daí provenham consequências resultantes da avaliação do comportamento ocorrido durante esse período de separação.

Se a ordem jurídica banuiu a culpa pelo divórcio, não subsiste qualquer legitimidade para avaliar juridicamente, em nenhuma perspetiva, o comportamento que determina a separação, como não existe legitimidade para proceder a qualquer avaliação do comportamento após a separação.

Ora, é isso que está subjacente à sanção que recai sobre o cônjuge adúltero e o seu cúmplice no famigerado artigo 2196.º CC: o princípio de que, na ótica do casamento que ainda subsiste (na ótica corresponsiva do outro cônjuge) há afrontas que podem ocorrer; e que a vida em comum com terceiro/a constitui uma tal afronta.

Não o entende assim a lei do divórcio e, não o entendendo, perdem toda a legitimidade jurídica consequências sancionatórias para tais comportamentos.