

SEGUNDO CICLO DE ESTUDOS
CIÊNCIAS JURÍDICO-PRIVATÍSTICAS

O princípio da igualdade como um possível limite ao exercício da autonomia privada no âmbito testamentário

Maria Correia Marques

M

2024



AGRADECIMENTOS

Um primeiro agradecimento é devido à Professora Doutora Rute Teixeira Pedro, pela orientação, pela ajuda e oportunidade.

De igual modo, estendo o meu agradecimento à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, aos seus professores e colaboradores, pelo percurso que realizámos nestes anos de licenciatura e mestrado.

Deixo também um agradecimento à minha família e aos meus amigos, pelo carinho e apoio incondicional.

RESUMO: Com a presente dissertação pretendemos questionar qual o papel do princípio da igualdade no âmbito da sucessão testamentária e se tal princípio pode, ou não, constituir um limite à autonomia privada que é assegurada neste domínio. Sabemos quão relevante é a autonomia privada nos testamentos, pelo que a nossa abordagem consistirá, primeiramente, num estudo deste princípio. Analisando alguma jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, concluímos pela influência do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana na sucessão testamentária que conduz à nulidade dos testamentos em causa por serem discriminatórios. Assim, procuramos refletir acerca da possibilidade de imposição do respeito por este princípio, no âmbito de relações privadas, passando pelo estudo relativo ao modo de aplicação dos direitos fundamentais no seio destas relações. A nossa análise incidirá na ponderação das várias posições em confronto, de forma a concluirmos pela perspectiva que mais se coaduna com a Constituição da República Portuguesa e com o Direito Civil.

Palavras-Chave: princípio da igualdade, sucessão testamentária, autonomia privada, dignidade da pessoa humana, discriminação, relações privadas.

ABSTRACT: With this dissertation we intend to question the role of the principle of equality in the context of testamentary succession and whether or not this principle can constitute a limit to the private autonomy that is guaranteed in this area. We know how important private autonomy is in wills, so our approach will first consist of a study of this principle. By analyzing some case law from the European Court of Human Rights, we conclude that the principle of equality and the dignity of the human person influence testamentary succession and that this leads to the nullity of the wills in question on the grounds that they are discriminatory. Thus, we seek to reflect on the possibility of imposing respect for this principle in the context of private relationships, by studying how fundamental rights are applied within these relationships. Our analysis will involve reflecting on the various positions in confrontation, in order to conclude on the perspective that is most in line with the Constitution of the Portuguese Republic and Civil Law.

Keywords: principle of equality, testamentary succession, private autonomy, dignity of the human person, discrimination, private relations.

ÍNDICE

OBSERVAÇÕES INTRODUTÓRIAS	6
CAPÍTULO I: CONSIDERAÇÕES SOBRE AS ESPÉCIES DE SUCESSÃO <i>MORTIS CAUSA</i> , EM ESPECIAL A SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA	7
1.1. As espécies de sucessão.....	7
1.2. A sucessão testamentária como subespécie de sucessão voluntária	9
CAPÍTULO II: A DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA COMO UM ESPAÇO PARA O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA E DA LIBERDADE NEGOCIAL.....	11
2.1. A proteção constitucional da autonomia privada.....	11
2.2. A autonomia privada no âmbito testamentário.....	15
2.3. Os limites à autonomia privada e à liberdade testamentária	20
CAPÍTULO III: O PRINCÍPIO DA IGUALDADE COMO UM POSSÍVEL LIMITE À AUTODETERMINAÇÃO SUCESSÓRIA	23
3.1. A apresentação de uma hipótese prática e a identificação da problemática em análise	23
3.2. A proteção jurídica do princípio da igualdade e a eficácia mediata ou imediata dos direitos fundamentais	24
3.3. A problemática em análise na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos	30
3.4. As posições defensáveis perante a problemática em análise e a sua fundamentação.....	35
3.5. Posicionamento perante a problemática em análise	47
OBSERVAÇÕES CONCLUSIVAS	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52
REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS TEDH	57

SIGLAS E ABREVIATURAS

CC – Código Civil

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos Humanos

CRP – Constituição da República Portuguesa

Ed. – edição

Ibid. – Ibidem

n.º – número

Ob. cit. – Obra citada

p./pp. – página/páginas

reimp. – reimpressão

rev. – revista

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Vol. – Volume

OBSERVAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A sucessão testamentária, enquanto espécie de sucessão *mortis causa*, caracteriza-se pela ampla liberdade de disposição que é atribuída ao testador. O testamento é a via principal através da qual o *de cuius* manifesta, no Direito das Sucessões, a sua autonomia privada, tal como é assegurada pela Constituição da República Portuguesa. Contudo, encontramos dificuldades relativamente à compatibilidade desta ampla autonomia com os princípios constitucionais, nomeadamente, com o princípio da igualdade. Afigura-se como plausível considerar a violação do princípio da igualdade e da não discriminação como uma limitação da autodeterminação sucessória.

Assim, esta dissertação abordará a questão de saber se é efetivamente possível, tendo em atenção os princípios assegurados pela CRP e as bases do Direito Civil, impor o respeito pelo princípio da igualdade a um particular na elaboração da sua disposição testamentária, sabendo que este é um espaço onde deve ser garantida a expressão da vontade privada do testador. Por conseguinte, importa averiguar se fará sentido, em relação aos testamentos, que estes possam ser impugnados por terceiros não designados, mas que entendam que o devem ser, por serem titulares de um direito fundamental à não discriminação.

Deste modo, começaremos, no primeiro capítulo, por esclarecer sumariamente quais as espécies de sucessão *mortis causa* presentes na lei portuguesa, para de seguida nos concentrarmos na sucessão testamentária, apresentando uma breve explanação acerca dos seus principais contornos.

No segundo capítulo, passaremos ao estudo do princípio da autonomia privada, designadamente, expondo a controvérsia relativa ao artigo da CRP em que se insere a proteção deste princípio. Tendo estabelecido a tutela constitucional da autonomia privada, seguiremos para a aplicação concreta do princípio no testamento, determinando-se de que forma é que ele se manifesta na sucessão testamentária e quais os seus limites.

No terceiro capítulo, examinaremos mais detidamente a problemática, apresentando uma hipótese prática. Seguidamente, passaremos à análise da proteção jurídica do princípio da igualdade, para além da controvérsia acerca da eficácia mediata ou imediata dos direitos fundamentais. Além disso, analisaremos alguma jurisprudência do TEDH, que nos comprovará a importância do estudo em causa. Por fim, demonstraremos as várias posições defensáveis, bem como o nosso posicionamento perante a problemática.

CAPÍTULO I: CONSIDERAÇÕES SOBRE AS ESPÉCIES DE SUCESSÃO *MORTIS CAUSA*, EM ESPECIAL A SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

1.1. As espécies de sucessão

Neste trabalho centrar-nos-emos numa categoria específica das sucessões *mortis causa*. A morte do *de cuius* vai provocar a abertura da sucessão e, conseqüentemente, a vocação sucessória, isto é, o chamamento e subingresso de determinadas pessoas à titularidade das relações jurídicas em causa¹, ficando, assim, assegurada a sua continuidade. Os designados sucessórios não-deferir-se somente no momento da abertura da sucessão, uma vez que, até lá, podem surgir novos sucessíveis ou desaparecer outros².

É possível referir várias espécies de sucessão tendo em conta os diversos títulos de vocação sucessória a que alude o artigo 2026.º do CC. Desde logo, distinguem-se duas grandes espécies: a sucessão legal e a sucessão voluntária.

Nos termos do artigo 2027.º³, no que concerne à sucessão legal, em que o título é a própria lei, devemos distinguir a sucessão legitimária (que é imperativa e respeita a uma quota indisponível de que o *de cuius* não pode dispor) e a sucessão legítima, que é supletiva e se aplica aos bens de que o *de cuius*, podendo fazê-lo, não dispôs válida e eficazmente (refere-se à quota disponível, quando existem herdeiros legitimários, ou a toda a herança quando não existem herdeiros legitimários). Sendo a primeira imperativa, não podendo ser afastada pela vontade do *de cuius*, a segunda, apesar de deferida por lei, pode ser afastada por este, segundo o artigo 2131.º. Aqui, a designação sucessória dá-se em virtude das relações de parentesco ou de casamento que possam existir.

Assim, não havendo, no caso concreto, herdeiros legitimários, tal como elencados no artigo 2157.º, tem o autor da sucessão total liberdade de disposição, pois não existe qualquer fração da herança que seja imperativamente deixada a determinados sucessores. Caso não disponha, todavia, serão os seus bens atribuídos, então, aos herdeiros legítimos, segundo a ordem do artigo 2133.º.

Relativamente à porção de bens de que o *de cuius* pode dispor, esta varia, caso exista sucessão legitimária, consoante os herdeiros legitimários em causa que concorram à sucessão.

¹ DIAS, CRISTINA M. ARAÚJO – *Lições de Direito das Sucessões*, 7ª ed. reimp., Coimbra, Almedina, 2021, p. 59.

² *Ibid.*, p. 101.

³ Todos os artigos referidos neste capítulo sem indicação do diploma a que pertencem são normas do Código Civil.

As regras referentes à parcela da legítima encontram-se previstas nos artigos 2158.º e seguintes do CC e delimitam, desta forma, a quota disponível.

Além da sucessão legal, existe a sucessão voluntária que se baseia num ato de vontade (negócio jurídico) do autor da sucessão. O ato *mortis causa*, que tem a natureza de uma liberalidade, pode não se restringir à indicação dos sucessíveis, podendo apresentar um conteúdo diversificado. Na verdade, é consentido ao *de cuius*, no exercício da sua autonomia, estabelecer uma autorregulação das suas relações jurídicas, completando ou modificando a regulamentação legal, naquilo que não for impreterível, nomeadamente, estabelecendo cláusulas acessórias, condições ou termos (vejam-se os artigos 2229.º e seguintes), entre outros⁴.

A sucessão voluntária pode ser concretizada através de ato unilateral, tal como o testamento, sendo este fruto da vontade exclusiva do *de cuius*, ou por contrato, que inclui no mesmo ato a aceitação do respetivo beneficiário. No primeiro caso, estamos perante a sucessão testamentária e, no segundo, perante a sucessão contratual, que é admitida apenas a título excepcional nos termos do artigo 2028.º, n.º 1 do CC, após a abertura da sucessão, podendo o sucessível repudiar (artigos 2062.º e seguintes e 2249.º) ou alienar (artigos 2124.º e seguintes) a sua herança ou legado.

No caso da sucessão contratual, não sendo admitidos com grande amplitude, é permitida a realização de pactos sucessórios nas convenções antenupciais, numa perspetiva de *favor matrimonii*, de acordo com os artigos 1700.º e seguintes do CC, tendo estes carácter vinculativo e prevalente em relação à sucessão testamentária. Fora estes casos, graças ao seu carácter irrevogável e no sentido de preservar a liberdade de disposição dos bens do *de cuius*, os contratos sucessórios são nulos, exceto se convertidos *ope legis* em disposições testamentárias, observando as devidas formalidades, segundo o artigo 946.º, n.º 2⁵.

Importa salientar que todas estas espécies de sucessão podem coexistir, no sentido em que, por um lado, várias pessoas podem ser chamadas em razão de títulos distintos, havendo, por exemplo, herdeiros legitimários e herdeiros contratuais relativamente à mesma sucessão, e, por outro lado, pode uma única pessoa ser chamada por efeito de diferentes títulos, sendo esse sujeito, simultaneamente, herdeiro legitimário e herdeiro testamentário, por exemplo⁶.

⁴ TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO – *Direito das Sucessões: Noções Fundamentais*, 6ª ed. rev. act., Lisboa, Coimbra Editora, 1991, pp. 117-118.

⁵ DIAS, CRISTINA M. ARAÚJO, *ob. cit.*, p. 66.

⁶ *Ibid.*, p. 64.

1.2. A sucessão testamentária como subespécie de sucessão voluntária

Concretamente, a sucessão testamentária, subespécie de sucessão voluntária, vem regulada nos artigos 2179.º e seguintes do CC. Através dela dá-se a possibilidade ao testador de, querendo, mediante um negócio jurídico unilateral (e com as características que desenvolveremos no próximo capítulo), dispor livremente dos seus bens para depois da sua morte. Esta liberdade é reconhecida de forma ampla, ainda que a mesma se encontre restringida por algumas limitações. Desde logo, havendo herdeiros legitimários, as disposições testamentárias não podem afetar a legítima, dado que a sucessão legitimária é imposta por lei e a legítima é protegida quantitativa e qualitativamente.

Por ser muito restrito o espaço concedido para o funcionamento da sucessão contratual, a sucessão testamentária apresenta-se como expressão máxima da liberdade no seio do Direito das Sucessões e como meio primordial para o autor da sucessão manifestar a sua vontade privada, estando o testamento na sua inteira disponibilidade (daí a sua livre revogabilidade, garantida pelo artigo 2179.º do CC e de que falaremos *infra*).

Esta espécie de sucessão encontra fundamento no artigo 62.º da CRP, preceito constitucional que tutela o direito de propriedade e que atribui ao seu titular o poder de transmissibilidade do património, por vida ou por morte, situando-se, neste último caso, o testamento. Este constitui o elemento essencial na fixação do regime jurídico da sucessão testamentária⁷.

Não obstante o testamento ser, segundo a definição legal, um ato de disposição de bens a título gratuito, aquele negócio jurídico destaca-se, igualmente, pelo seu eventual conteúdo atípico, na medida em que pode o testador fazer, exclusivamente ou não, disposições de carácter não patrimonial, tais como disposições a favor da alma (artigo 2224.º), perfilhações (artigo 1853.º, alínea b)), designação ou revogação de tutor (artigo 1983.º, n.º 3), entre outras, ainda que não expressamente previstas na lei⁸.

A disposição testamentária é um ato individual e pessoal, insuscetível de realização conjunta (artigo 2181.º) e por meio de representante (artigo 2182.º), devendo espelhar a vontade própria e integral do testador. Assim, a liberdade que é atribuída ao testador apenas é assegurada

⁷ FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO – *Lições de Direito das Sucessões*, 4ª ed. rev. act., Lisboa, *Quid Juris*, 2012, p. 447.

⁸ COELHO, FRANCISCO PEREIRA – *Direito das Sucessões: lições ao curso de 1973-1974, actualizadas em face da legislação posterior*, Coimbra, 1992, pp. 331-332.

quando se garante que este não foi alvo de ascendente ou influência e que pode revogar livremente o testamento⁹.

No mesmo sentido, é exigível que o consentimento dado no testamento seja perfeito, livre e esclarecido, não devendo existir faltas ou vícios de vontade, segundo os artigos 2199.º e seguintes do CC, que determinam a anulabilidade da disposição.

Assim sendo, porquanto se trata de um ato volitivo, vigora na sucessão testamentária o princípio da liberdade de testar e da autonomia privada, que abordaremos de seguida, e que será ponto de partida para a análise da problemática em questão.

⁹ Ibid., p. 333.

CAPÍTULO II: A DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA COMO UM ESPAÇO PARA O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA PRIVADA E DA LIBERDADE NEGOCIAL

2.1. A proteção constitucional da autonomia privada

O princípio da autonomia privada é aceite unanimemente enquanto princípio fundamental do Direito Civil, estando presente em todos os seus domínios, embora com extensões diferentes. Na medida em que este se propõe a uma função de modelação social e contém a disciplina das relações intersubjetivas, dos Homens em relação, o Direito Civil realiza-se numa perspetiva de autonomia e liberdade individuais¹⁰. Aí, a vontade assume um papel crucial na concretização das intenções pessoais e na produção dos respetivos efeitos jurídicos. Saliencia-se, sobretudo, no domínio das relações patrimoniais, em que há visivelmente uma ordenação espontânea dos interesses das pessoas, e com menos intensidade no domínio das relações pessoais e familiares, onde vigoram diversas normas jurídicas de carácter imperativo¹¹.

Segundo o princípio da autonomia privada, os particulares têm o poder de autorregular os próprios interesses e conformar a suas relações jurídicas, de acordo com a sua vontade individual. De facto, é esta a manifestação de uma ideia de liberdade positiva de cada ser humano, presente no Estado de Direito Democrático. Aliás, tal como afirma MAFALDA MIRANDA BARBOSA: “(...) a liberdade positiva concretiza-se, não pelo afastamento dos demais relativamente à nossa esfera de domínio, mas pela possibilidade de autodeterminação, isto é, de, optando entre diversas alternativas de ação, elevarmo-nos ao estatuto de definidores do rumo que seguimos.”¹². Neste sentido, destaca-se a dimensão da autonomia privada que se manifesta enquanto direito subjetivo, isto é, enquanto poder de composição dos interesses individuais e de escolha livre¹³. Este direito subjetivo constitui um espaço de ação do particular, espaço este, em princípio, de livre exercício.

A conformação da esfera jurídica pelos particulares, em relações paritárias na sua vida de convivência, manifesta-se, igualmente, na possibilidade de celebrar negócios jurídicos,

¹⁰ MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO; PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA; PINTO, PAULO MOTA – Teoria Geral do Direito Civil, 5ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2020, p. 58.

¹¹ Ibid., pp. 103-104.

¹² BARBOSA, MAFALDA MIRANDA – *Lições de Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Gestlegal, 2021, p. 32.

¹³ CARVALHO, ORLANDO DE – Teoria Geral do Direito Civil, 4ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2021, pp. 103-105.

através de declarações de vontade dirigidas à produção de efeitos. O negócio jurídico e a liberdade contratual são, indubitavelmente, o instrumento primordial da autonomia privada. Trata-se da modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nelas participam, constituindo-as, modificando-as, extinguindo-as, obrigando-se eles próprios ao cumprimento e respeito das normas por si criadas. Essa relação jurídica concreta é definida pelo poder de autodeterminação, poder este indisponível. Nestes negócios com que se regem, são os próprios sujeitos privados que definem o seu regime e as suas consequências jurídicas, tendo em consideração as fronteiras em que se encerra a autonomia privada. Dentro das limitações impostas por lei e pela natureza, os sujeitos privados têm um poder jurisdicção, de criação de Direito¹⁴.

A autonomia privada encontra-se protegida constitucionalmente, sendo essa uma verdade irrefutável. Todavia, não obstante esta concordância geral, não é pacífica a questão de saber qual o artigo da Constituição da República Portuguesa que oferece essa tutela, já que não é possível encontrar na nossa lei fundamental qualquer norma que expresse incontestavelmente esse princípio. Tendo, então, o princípio da autonomia privada dignidade constitucional, divide-se a doutrina, essencialmente, entre os artigos 26.º e 62.º da CRP, sendo estes os seus fundamentos mais evidentes, ainda que implicitamente.

Para alguns, por um lado, da consagração do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, patente no artigo 26.º da CRP, é possível extrair-se uma proteção da autonomia privada. Desde logo, sendo o direito referido neste artigo um direito de liberdade, uma das suas dimensões basilares é a tutela da liberdade geral de ação, o que compreende, logicamente, a autonomia privada. Como defende PAULO MOTA PINTO¹⁵, a autonomia privada funda-se na liberdade geral da pessoa, particularmente na liberdade jurídica, incluída nos direitos de personalidade. Note-se que o respeito pela identidade pessoal e pelo desenvolvimento da personalidade de cada um, exigido pelo artigo em análise, requer o reconhecimento de um espaço de liberdade e autodeterminação no qual os particulares se possam expressar. O princípio da autonomia privada é, assim, numa conceção ampla, visto como expressão do princípio da liberdade, sendo permitido tudo o que não é proibido ou imposto¹⁶.

¹⁴ VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE; VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE – *Teoria Geral do Direito Civil*, 9ª ed., Coimbra, Almedina, 2019, p. 17.

¹⁵ PINTO, PAULO MOTA – *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais - Estudos*, Coimbra, Gestlegal, 2018, p. 152.

¹⁶ FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO – *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I e II, 5ª ed. rev. act., Lisboa, Universidade Católica, 2010, p. 94.

Além disso, é possível afirmar que o artigo 26.º da CRP constitui expressão direta da dignidade da pessoa humana¹⁷, o que sempre exigirá uma autonomia do indivíduo. A dignidade da pessoa humana surge no artigo 1.º da CRP enquanto valor básico e fundamental da República Portuguesa e este apenas se poderá consolidar na medida em que seja reconhecida autonomia jurídica a todo o ser humano. A autonomia privada é o espaço de liberdade que é imposto pela dignidade humana, liberdade esta originária¹⁸. Reivindicando-se uma defesa da personalidade, igualdade e dignidade, reclama-se, do mesmo modo, o reconhecimento da autonomia da pessoa humana¹⁹. Desta forma, sendo o artigo 26.º uma cláusula aberta, parece razoável a inclusão da proteção constitucional da autonomia privada, no sentido de tutela de toda e qualquer forma de lesão de bens de personalidade e, consequentemente, da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, outros sustentam que, não obstante ser um meio de composição de interesses privados, uma vez que a autonomia privada e a liberdade negocial não são um instrumento posto exclusivamente ao serviço dos particulares²⁰, não é possível afirmar que a sua proteção deriva do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, como um mero desdobramento da personalidade humana. Desde logo, a vontade privada não é fonte direta de efeitos jurídicos, estando sim dependente da legitimação da ordem jurídica, que lhe impõe limites. Na verdade, estes autores admitem que, se a autonomia privada fosse expressão da tutela da pessoa, nos termos do artigo 26.º da CRP, os sujeitos privados apenas se subordinariam às regras que livremente se autoimpunham²¹, o que não é o caso, porquanto o reconhecimento da liberdade não é desordenado e ilimitado. Mesmo quando é reconhecido aos particulares o poder de constituir negócios jurídicos, ao abrigo da sua liberdade negocial, estes sempre estarão subordinados à mediatização da lei, que lhes oferecerá, ou não, os respetivos efeitos, conforme os particulares atuem dentro ou fora do círculo de poder que lhes é conferido.

Sendo isto evidente, também é claro que o próprio artigo 26.º da CRP, que protege o direito ao livre desenvolvimento e a liberdade geral de ação²², possui os seus limites, pelo que, se se considerasse que a autonomia privada encontrava tutela neste artigo, esta também não seria ilimitada.

¹⁷ MIRANDA, JORGE e MEDEIROS, RUI – Constituição Portuguesa Anotada, Vol. I, 2ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, p. 442.

¹⁸ VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE; VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *ob. cit.*, p. 428.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 16-17.

²⁰ PRATA, ANA – A Tutela Constitucional da Autonomia Privada, Coimbra, Almedina, 1982, pp. 23-24.

²¹ *Ibid.*, p. 86.

²² MIRANDA, JORGE e MEDEIROS, RUI, *ob. cit.*, p. 446.

Defendem, igualmente, alguns autores, como por exemplo ANA PRATA, que a autonomia privada não expressa a liberdade considerada no geral, representada, nomeadamente, no artigo 26.º da CRP, mas somente a liberdade negocial²³, como mero instrumento de realização livre de negócios jurídicos. Para estes, a autonomia privada é vista num sentido estrito, enquanto espaço de liberdade atribuído aos sujeitos privados para autogerirem os seus interesses através da celebração de negócios jurídicos²⁴.

Assim, propõem uma tutela indireta através do artigo 62.º da Constituição e do direito de propriedade privada²⁵. É o caso, a título de exemplo, de ANA PRATA²⁶, segundo a qual da análise ao princípio da autonomia privada e à respetiva história e origem resulta uma notória ligação entre este princípio e a propriedade privada. Na medida em que a propriedade de cada um delimita a sua esfera de poder e o âmbito da sua liberdade individual, ela representará um espaço de autonomia privada e de não intromissão de terceiros. A propriedade privada é vista como uma projeção da autonomia pessoal²⁷, como uma dimensão da realização da personalidade do indivíduo²⁸ e, como tal, é protegida constitucionalmente. Fala-se, nesse sentido, de uma dimensão subjetiva deste direito, enquanto instrumento indispensável para a realização da vontade individual, livre de constrangimentos e ingerências externas²⁹.

Além disso, integrada no direito de propriedade está a possibilidade de disposição dos bens, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, o que será exercido através de negócios jurídicos. Tendo o particular o poder de dispor dos seus bens, ele avulta enquanto titular de um poder soberano de decisão, graças à sua autonomia privada, tal como definida anteriormente. O n.º 1 do artigo 62.º da CRP evidencia a importância do poder de transmissão dos direitos patrimoniais, requerendo-se, para tal, a existência de liberdade contratual. A propriedade e a liberdade negocial surgem, então, como instrumentos jurídicos atribuídos aos sujeitos privados de tutela dos seus próprios interesses. Mais uma vez, a autonomia privada assume um papel crucial de expressão da vontade dos particulares, estando desta forma presente no artigo 62.º da CRP.

Importa referir que, apesar de se encontrar previsto no elenco dos direitos económicos, sociais e culturais, o direito de propriedade reconduz-se a um direito de natureza análoga à dos

²³ PRATA, ANA, *ob. cit.*, p. 13.

²⁴ VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE; VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *ob. cit.*, p. 17.

²⁵ Neste sentido, por exemplo, de DIAS, CRISTINA M. ARAÚJO, *ob. cit.*, p. 28.

²⁶ PRATA, ANA, *ob. cit.*, p. 7.

²⁷ MIRANDA, JORGE e MEDEIROS, RUI, *ob. cit.*, p. 899.

²⁸ BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *ob. cit.*, p. 128.

²⁹ MIRANDA, JORGE e MEDEIROS, RUI, *ob. cit.*, p. 901.

direitos, liberdades e garantias³⁰, nos termos do art 17.º da CRP, graças à sua conexão essencial com o valor fundamental da liberdade. Assim sendo, garante-se uma tutela segura do princípio da autonomia privada.

Em suma, parece razoável aceitar que, independentemente do artigo da Constituição da República Portuguesa por que optamos, o princípio da autonomia privada tem, efetivamente, uma ampla tutela constitucional. Da liberdade preconizada pela autonomia individual, decorre uma ampla esfera do domínio de cada um, a qual não deve ser sujeita a intromissões heterónomas. Este princípio constitui, invariavelmente, base fundamental de todo o Direito e valor essencial para todo o ser humano e, como tal, deve ser protegido.

2.2. A autonomia privada no âmbito testamentário

A autonomia privada representa uma parte fundamental do fenómeno sucessório português, tendo em conta o modelo de organização em que este se insere. Antes de mais, importa ter presente os distintos sistemas sucessórios, no sentido de demonstrar o espaço que é garantido à autonomia privada no âmbito testamentário.

Em conformidade com a relevância dada à propriedade, à família ou ao Estado, é possível identificar três diferentes modelos de base, sendo eles o modelo individualista ou capitalista, o modelo familiar e o modelo socialista, respetivamente³¹.

Em Portugal, encontramos um sistema misto, compreendendo elementos dos vários sistemas³², mas com destaque para as conexões com a propriedade e a família³³. Na sucessão voluntária, isto é, na sucessão contratual e testamentária, destaca-se o princípio da autonomia privada e da propriedade privada, aproximando-se do modelo individualista, com origem no Direito Romano³⁴, e que defende uma ampla liberdade de disposição dos bens. Aqui, o *de cuius* determina o destino dos seus bens de acordo com a sua vontade individual, prevalecendo esta sucessão sobre a sucessão legítima³⁵.

³⁰ Ibid., p. 898.

³¹ COELHO, FRANCISCO PEREIRA, *ob. cit.*, p. 39. DIAS, CRISTINA M. ARAÚJO, *ob. cit.*, p. 24.

³² Luís Carvalho Fernandes defende uma predominância do sistema capitalista, graças à correlação existente entre a propriedade privada e o fenómeno sucessório, bem como com o desaparecimento da ideia de património familiar, *Teoria...*, *ob. cit.*, p. 104 e *Lições...*, *ob. cit.*, p. 32.

³³ DIAS, CRISTINA M. ARAÚJO, *ob. cit.*, p. 25.

³⁴ COELHO, FRANCISCO PEREIRA, *ob. cit.*, p. 39.

³⁵ DIAS, CRISTINA M. ARAÚJO, *ob. cit.*, p. 24. COELHO, FRANCISCO PEREIRA, *ob. cit.*, p. 40.

A par desta, assume grande relevância a sucessão legitimária, que, por sua vez, evidencia a conexão com a família e a proximidade ao sistema familiar, proveniente do Direito Germânico³⁶. Esta sucessão tem por objeto a legítima, isto é, a porção de bens de que o *de cuius* não pode dispor e que é atribuída necessariamente aos herdeiros legitimários. Assim, não há possibilidade de exercício da autonomia privada, na medida em que os bens da quota indisponível são atribuídos, invariavelmente, aos herdeiros legalmente definidos, que são familiares, manifestando-se a função social da propriedade privada³⁷. A sucessão legitimária sustenta-se na ideia de um património familiar para que todos concorreram, fazendo-se, deste modo, permanecer os bens do *de cuius* no seio da sua família³⁸.

Ora, ainda que se possa afirmar uma prevalência da sucessão legal³⁹, é possível comprovar a existência de uma tensão entre o sistema individual e o sistema familiar, já que as sucessões testamentária e a legitimária se limitam reciprocamente⁴⁰. O modelo português figura como uma solução de compromisso, assumindo uma tutela do núcleo familiar, mas permitindo, ainda assim, alguma autonomia privada. O testador pode dispor por morte do seu património com plena liberdade, seja a membros da sua família ou não, através do testamento, sem afetar, todavia, a quota reservada aos herdeiros legitimários, seus familiares, quando os haja.

De todo o modo, o princípio da autonomia privada encontra-se altamente presente no espaço atribuído ao testamento nas sucessões *mortis causa*. Concluimos anteriormente que a conformação da esfera jurídica através da autonomia privada se manifesta, desde logo, na possibilidade de celebrar negócios jurídicos, tal como a disposição testamentária.

Como tal, importa, antes de mais, precisar a noção de negócio jurídico, conceito geral e abstrato, amplamente utilizado. Este inclui o negócio jurídico unilateral e o contrato, compostos por uma ou mais declarações de vontade dirigidas à realização de certos efeitos, que possam os particulares conceber nas suas relações privadas. Sendo entendido como um ato volitivo e de liberdade, o negócio jurídico evidencia a autonomia privada dos sujeitos que o elaboram e desenvolvem, pois a sua formação está somente dependente da vontade das partes, que se autovinculam.

³⁶ COELHO, FRANCISCO PEREIRA, *ob. cit.*, p. 40.

³⁷ TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO – *Direito...*, *ob. cit.*, p. 267.

³⁸ DIAS, CRISTINA M. ARAÚJO, *ob. cit.*, p. 24-25. MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO; PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA; PINTO, PAULO MOTA, *ob. cit.*, p. 171.

³⁹ Francisco Pereira Coelho sustenta, pelo contrário, que “Fora daquele âmbito em que se admite a sucessão legitimária, porém, o modelo individualista ajusta-se melhor que o familiar às soluções do nosso direito.”, em COELHO, FRANCISCO PEREIRA, *ob. cit.*, p. 46.

⁴⁰ DIAS, CRISTINA M. ARAÚJO, *ob. cit.*, p. 28. FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO – *Lições...*, *ob. cit.*, p. 30.

Neste sentido se fala da liberdade de celebração de negócios jurídicos, que reitera uma livre decisão das partes de celebrar ou não celebrar. Os sujeitos são livres de realizar os negócios que entenderem, com quem desejarem, bem como de realizá-los somente se essa for a sua vontade. Uma vez que o negócio não é um ato que é imposto, ao concluírem negócios jurídicos, estes tomam a iniciativa de se vincular de certo modo, cessando a sua inatividade jurídica por vontade própria⁴¹.

Além desta, é de salientar a liberdade de estipulação do conteúdo do negócio jurídico, isto é, o poder dos sujeitos de determinar os termos da sua vinculação. De modo geral, as partes são livres de estabelecer os moldes em que o seu negócio vai regular as suas relações. Também desta forma se destaca a autonomia privada dos particulares, no sentido de conformação da sua esfera jurídica.

Não obstante esta autodeterminação, é certo que a liberdade não é ilimitada, pelo que deve ser exercida dentro das fronteiras estabelecidas pela lei. A medida em concreto da liberdade negocial é delimitada de modo a que seja compatibilizada com a ordem pública. No seio do negócio jurídico encontramos uma relação entre a autonomia e a heteronomia, um diálogo entre a liberdade individual de cada pessoa e o bem comum da comunidade, tal como, de resto, em todo o Direito⁴². Na verdade, o Direito deve atender, não só às preferências de cada indivíduo, mas também aos interesses gerais da sociedade, e o negócio jurídico não pode ser um instrumento alheio a estas considerações. Haverá maior ou menor autonomia conforme os negócios sejam, ou não, socialmente neutros, sendo certo que esta destriça pode ser complexa. Deste modo, existirá liberdade negocial se e na medida em que a lei o permita.

Ainda assim, é possível afirmar que o espaço atribuído à autonomia privada, na sua vertente de liberdade negocial, é amplo no Direito Civil português e, em particular, no âmbito testamentário. Desde logo, deve realçar-se o facto de o testamento ser o típico negócio jurídico unilateral, de acordo com o artigo 2179.º, n.º 1 do CC, aplicando-se-lhe os artigos 217.º e seguintes do CC em tudo o que não estiver especialmente regulado⁴³. Contudo, contendo apenas uma única declaração de vontade, são inaplicáveis os artigos 405.º e seguintes do CC, relativos aos contratos.

Ora, os negócios jurídicos unilaterais são atos de autonomia privada constituídos pela declaração negocial de uma só pessoa, vinculando-a. Estes negócios não são admitidos em

⁴¹ VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE; VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *ob. cit.*, p. 422.

⁴² *Ibid.*, p. 426.

⁴³ DIAS, CRISTINA M. ARAÚJO, *ob. cit.*, p. 239.

geral, de acordo com o princípio da taxatividade previsto no artigo 457.º do CC, segundo o qual a declaração unilateral é reconhecida como fonte de obrigações somente nos casos especificados na lei. Segundo ANTUNES VARELA, isto deve-se ao facto de “(...) não ser razoável (fora dos casos especiais previstos na lei) manter alguém *irrevogavelmente obrigado* perante outrem, *com base numa simples declaração unilateral de vontade*, visto não haver conveniências práticas do tráfico que o exijam, nem quaisquer expectativas do beneficiário dignas de tutela, anteriormente à aceitação, que à lei cumpra salvaguardar.”⁴⁴.

Apesar disso, admite-se com amplitude a celebração do testamento. Este é um negócio jurídico unilateral não receptício, o que significa que a declaração de vontade do testador não tem de ser dirigida ou levada ao conhecimento de certa pessoa para produzir efeitos, tornando-se imediatamente eficaz. A perfeição do negócio depende somente da declaração unilateral da parte que a realiza⁴⁵. Tal como nos negócios plurilaterais, há uma modelação voluntária das relações jurídico-privadas, mas, aqui, já que se trata de uma autoria singular, os restantes sujeitos envolvidos podem submeter-se à regulação jurídica imposta por esse indivíduo⁴⁶. Todavia, sendo igualmente relevante a autonomia desses terceiros, essa vinculação dependerá, em princípio, da sua aceitação, constituindo esta declaração um negócio jurídico unilateral autónomo. A autonomia privada destes não será afetada, na medida em que possam rejeitar os efeitos na sua esfera jurídica criados por outrem⁴⁷.

Além do mais, o testamento é também o típico negócio jurídico *mortis causa*, adquirindo eficácia somente após a morte do testador, sendo esta a causa jurídica da produção dos efeitos a que se dirige o negócio. Isto permite-lhe revogar a disposição testamentária a todo o tempo⁴⁸, segundo o artigo 2179.º do CC, ficando o testamento na sua inteira disponibilidade, sendo esta faculdade irrenunciável, nos termos do artigo 2311.º do CC. Assim, os respetivos herdeiros ou legatários apenas alcançam um verdadeiro direito subjetivo sobre os bens deixados posteriormente à morte do *de cuius*⁴⁹, não logrando de uma tutela significativa.

⁴⁴ VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES – *Das Obrigações em geral*, Vol. I, 9ª ed., Coimbra, Almedina, 1996, p. 453.

⁴⁵ OLIVEIRA, GUILHERME DE – “O Testamento – Apontamentos”, in *Temas de Direito da Família*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 8-9.

⁴⁶ VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE; VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *ob. cit.*, p. 500.

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 502-504.

⁴⁸ SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE – *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, 4ª ed. renovada, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 167.

⁴⁹ DIAS, CRISTINA M. ARAÚJO, *ob. cit.*, p. 239. SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE – *Lições de Direito... ob. cit.*, p. 167.

Tendo tudo isto em consideração, realça-se que a disposição testamentária é integrada por uma declaração de vontade, a que a lei atribui efeitos jurídicos de acordo com a intenção expressa pelo testador. O testamento é o modo através do qual este assegura os seus interesses pós-morte, acomodando os seus bens tal como entender, tendo por base as suas relações pessoais e familiares. Destinando-se a regular a disposição dos bens após a morte do declarante, e segundo a sua vontade, tal como é garantido no artigo 62.º, n.º 1 da CRP, o testamento tem funções negociais e insere-se na categoria de negócio jurídico unilateral⁵⁰. A propriedade privada fica, assim, assegurada ao admitir-se a sua transmissibilidade. Sendo certo que a tutela jurídica atribuída ao testamento incluirá sempre o respeito pela personalidade humana, o facto do testador ter direito a dispor do seu património e regulamentar a sua situação patrimonial depois da morte possibilita o cumprimento da sua autonomia privada⁵¹.

No entanto, é de sublinhar o facto de o testamento não ser unicamente um meio de disposição de bens, mas, igualmente, uma via para realizar disposições de carácter não patrimonial, nos termos do artigo 2179.º, n.º 2 do CC. Ademais, é possível a inclusão de meras instruções, podendo “(...) constituir um acto de *determinação de modos de agir (...)*”⁵².

Uma vez que o testador assume uma posição de especial conhecimento em relação à sua situação e aos bens a dispor, este será a melhor pessoa para definir o testamento e o adequar às suas finalidades. A vontade do testador será, assim, fundamental, daí que se atribua este espaço de autonomia no domínio da regulamentação sucessória. São de salientar os artigos 2204.º e seguintes do CC, que vêm prescrever a forma da disposição testamentária. De facto, os formalismos exigidos visam sobretudo garantir que esta evidencia a efetiva pretensão do autor da sucessão⁵³. É por isso que se considera o testamento enquanto negócio de orientação subjetivista, devendo este ser sempre interpretado dando prevalência à vontade real do testador⁵⁴, nos termos do artigo 2187.º do CC, já que se trata de uma liberalidade deste⁵⁵.

A diversidade do conteúdo do testamento denota, desde logo, este espaço de autonomia. A lei não impõe um objeto específico à disposição testamentária, porquanto se trata da ordenação futura do património em relação a outros, o que pode ser algo complexo, podendo

⁵⁰ Há quem defenda a possibilidade de a forma testamentária poder cobrir vários negócios ou atos de conteúdo atípico, no sentido de diversas disposições para cada relação patrimonial. É o caso de Maria de Nazareth Lobato Guimarães, em “Testamento e autonomia”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XVIII, Coimbra, 1971, p. 43.

⁵¹ XAVIER, RITA LOBO – *Manual de Direito das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 2022, p. 156.

⁵² TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO – *Sucessão Testamentária*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 16.

⁵³ GUIMARÃES, MARIA DE NAZARETH LOBATO, *ob. cit.*, p. 65. XAVIER, RITA LOBO, *ob. cit.*, 157.

⁵⁴ DIAS, CRISTINA M. ARAÚJO, *ob. cit.*, pp. 240-241.

⁵⁵ Como defende Capelo de Sousa, em *Lições de Direito... ob. cit.*, pp. 171-172, e de acordo com o artigo 237.º, n.º 1 do CC.

apresentar um conteúdo variado, sendo este um sinal da sua negociabilidade⁵⁶. A indeterminação do seu conteúdo permite que o testamento seja fundamento de relações jurídicas diversas, sejam elas reais, familiares ou obrigacionais⁵⁷. Inclusive, os herdeiros ou legatários determinados no testamento podem ser de categorias diversas, não tendo de se tratar de familiares do autor da sucessão, nem mesmo de pessoas singulares⁵⁸.

Além disso, pode o testador evitar, em certa medida, os efeitos da sucessão atribuídos por lei, no sentido em que preencherá a quota disponível e impedirá, dessa forma, a abertura da sucessão legítima, como é visível no artigo 2131.º do CC. A designação sucessória vai-se dar de acordo com o declarado pelo testador e apenas quando ele não o fizer é que a lei imporá os seus efeitos e chamará os herdeiros legítimos.

Assim sendo, concluímos que a sucessão testamentária assenta na propriedade privada e, essencialmente, é a concretização do princípio da autonomia privada⁵⁹. No sentido em que pode o autor da sucessão expressar a sua vontade individual na disposição testamentária, esta realça-se enquanto modo de autoconformação dos seus interesses. Como salienta GALVÃO TELLES, evidencia-se “(...) a natureza do acto *mortis causa* como acto de *regulamentação sucessória*, que poderá completar e adaptar a abstractamente contida na lei ou modificá-la naquilo em que ela não for imperativa, em harmonia com o princípio da autonomia da vontade.”⁶⁰.

2.3. Os limites à autonomia privada e à liberdade testamentária

Não obstante o incontestável valor da autonomia privada no Direito Civil e, em particular, no Direito Sucessório, este princípio apresenta alguns limites. Desde logo, o livre exercício de direitos pelos particulares pode ser condicionado pelo facto de aqueles serem atribuídos também no interesse de terceiros, tendo de haver uma compatibilização⁶¹. Ou, ainda, a hipótese de, numa relação jurídica, existirem distintos direitos subjetivos, havendo uma possível colisão de direitos e, por conseguinte, uma restrição dos interesses em jogo⁶².

⁵⁶ GUIMARÃES, MARIA DE NAZARETH LOBATO, *ob. cit.*, p. 6.

⁵⁷ FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO – *Teoria...*, *ob. cit.*, p. 74.

⁵⁸ FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO – *Lições...*, *ob. cit.*, p. 31.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 30.

⁶⁰ TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO – *Direito...*, *ob. cit.*, p. 118.

⁶¹ FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO – *Teoria...*, *ob. cit.*, p. 95.

⁶² *Ibid.*, p. 95.

Para além disso, é fundamental ter em conta os limites impostos pela lei, que baliza o espaço de liberdade de ação que é atribuído aos particulares. São vários os preceitos legais que limitam a liberdade de ação e a liberdade contratual, preceitos estes imperativos e que não podem ser violados. A lei assume uma posição hierarquicamente superior aos negócios jurídicos⁶³, que são produto do princípio da autonomia privada. Aliás, não só tais negócios apenas adquirem eficácia quando a lei lhes reconhece efeitos, como também é necessário considerar os interesses gerais da comunidade protegidos por ela.

Ainda, uma figura importante a ter em consideração é a do abuso do direito⁶⁴, no sentido em que o exercício discricionário de direitos subjetivos é ilegítimo nos termos do artigo 334.º do CC. Assim, devem os particulares atender aos limites impostos pela boa fé e bons costumes, a fim de não violarem os valores protegidos pela lei.

Mais concretamente, também a liberdade de testar se encontra limitada, apesar do espaço que é reconhecido à autonomia privada no âmbito testamentário. A sua maior restrição é a legítima ou quota indisponível, de acordo com o artigo 2156.º do CC. Sendo as regras da sucessão legitimária imperativas, não pode o testador desrespeitá-las ou afastá-las, o que tornaria a disposição testamentária, neste caso, nula. Se, por exemplo, fizer disposições que atinjam a legítima, operará a redução por inoficiosidade, nos termos do artigo 2168.º e seguintes do CC. Esta operação permite controlar a intangibilidade da legítima, assegurando-se uma grande proteção aos herdeiros legitimários, sendo as disposições testamentárias as primeiras atingidas nesta redução, segundo o artigo 2171.º do CC.

Importa referir, igualmente, as eventuais limitações ao conteúdo do testamento, uma vez que este, apesar de poder apresentar variados temas, não pode, desde logo, violar os requisitos gerais constantes do artigo 280.º do CC. Estabelece esta norma os requisitos de licitude do objeto dos negócios jurídicos e aplica-se, nesse sentido, ao testamento, na falta de norma especial⁶⁵.

É de destacar o artigo 2186.º do CC, que determina a nulidade da disposição testamentária quando resulta uma motivação ilícita do testador. Neste caso, não é necessariamente o objeto do negócio que é ilícito, mas sim a sua causa subjacente, quando o

⁶³ VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE; VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *ob. cit.*, p. 428.

⁶⁴ FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO – *Teoria...*, *ob. cit.*, p. 95.

⁶⁵ OLIVEIRA, GUILHERME DE, *ob. cit.*, p. 41.

fim do testamento é contrário à lei ou ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes⁶⁶. É esta uma norma paralela à do artigo 281.º do CC aplicável aos negócios *inter vivos*⁶⁷.

Prevê, ainda, o legislador múltiplos preceitos, nos artigos 2192.º e seguintes do CC, segundo os quais fica o autor da sucessão impedido de testar a favor de certas pessoas, tais como, o acompanhante ou o administrador legal de bens, médicos, enfermeiros e sacerdotes, entre outros. São os denominados casos de indisponibilidade relativa, que surgem no sentido de defender o testador, o qual se encontra numa posição de especial inferioridade face a esses específicos beneficiários, protegendo-se a liberdade de testar⁶⁸.

Por fim, admite-se a oposição de condições à instituição de herdeiro ou nomeação de legatário, de acordo com o artigo 2229.º do CC, mas também estas serão proibidas e considerar-se-ão como não escritas se forem física ou legalmente impossíveis, contrárias à lei, ordem pública ou bons costumes, segundo o artigo 2230.º do CC. No artigo 2131.º e seguintes do CC, exemplifica o legislador determinadas condições que se têm como contrárias à lei, em que os eventos condicionantes não são em si mesmos ilícitos, mas o facto de se tratarem de atos livres, que se tornariam forçosos, torna-os ilícitos. Tal atingiria a liberdade de ação do chamado à sucessão, exercendo-se pressão sobre a sua vontade, e, assim, não poderiam ser aceites pela ordem jurídica⁶⁹.

⁶⁶ VARELA, ANTUNES; LIMA, PIRES DE – *Código Civil Anotado*, Vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 301-302.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 301.

⁶⁸ OLIVEIRA, GUILHERME DE, *ob. cit.*, pp. 21-22.

⁶⁹ VARELA, ANTUNES; LIMA, PIRES DE, *ob. cit.*, p. 369.

CAPÍTULO III: O PRINCÍPIO DA IGUALDADE COMO UM POSSÍVEL LIMITE À AUTODETERMINAÇÃO SUCESSÓRIA

3.1. A apresentação de uma hipótese prática e a identificação da problemática em análise

Como concluímos anteriormente, é irrefutável o papel fulcral da autonomia privada e da vontade do *de cuius* na delimitação da sua sucessão. No âmbito testamentário, é o autor da sucessão quem assume a função primordial de regulamentação das relações jurídicas, de acordo com os seus próprios interesses, que devem, em princípio, ser respeitados, ressalvando-se, em regra, apenas os limites legalmente previstos e que traduzem áreas de indisponibilidade.

Na verdade, se essa é a regra, coloca-se, no entanto, a questão de saber se o princípio da autonomia privada deve valer sem mais, ou seja, se outros princípios gerais do Direito Civil devem ser desconsiderados, oferecendo total liberdade ao testador, ou se, ao invés, devem ser igualmente ponderados na concretização da disposição testamentária e, nessa medida, limitar de algum modo aquela vontade. Falamos, concretamente, do princípio da igualdade, que, em termos gerais, impõe um tratamento igual de todos os seres humanos e proíbe diferenciações discriminatórias.

A título de exemplo, podemos imaginar a hipótese simplificada de um pai com dois filhos, um do género masculino e outra do género feminino, e que deixa em testamento, no âmbito da sua quota disponível, uma casa e um carro ao filho homem e nada à filha. Será isto legalmente admissível? Pressupomos que não há qualquer afetação da legítima reservada aos herdeiros legitimários. Estará o pai simplesmente a exercer o direito de disposição dos seus bens de acordo com a sua autonomia privada? Ou estará a violar o princípio da igualdade? E se o pai, na sua disposição testamentária, assume expressa e inequivocamente que não pretende deixar nada à filha dado esta representar o “sexo mais fraco”?

Perante hipóteses como estas, iremos interrogar-nos: i) se podemos afirmar que há uma violação do princípio da igualdade, ii) em que casos tal afirmação é cogitável e, iii) para além disso, que implicações a afirmação da violação daquele princípio terá quanto à disposição testamentária em causa. Na nossa reflexão, consideraremos contributos de grande relevo que extraímos da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. No fundo, questionamos se devemos impor o respeito pelo princípio da igualdade a um privado, nomeadamente quando ele elabora o seu testamento, passando, portanto, o princípio a constituir um limite à autodeterminação sucessória e, dessa forma, impugnando-se o testamento por violar

direitos fundamentais das pessoas preteridas. Pretendemos, pois, saber se pode o testador dispor dos seus bens sem este tipo de considerações, segundo a sua vontade, ou se, pelo contrário, afinal, a autonomia privada no âmbito testamentário é limitada por aquele princípio e esses testamentos deverão ser invalidados.

3.2. A proteção jurídica do princípio da igualdade e a eficácia mediata ou imediata dos direitos fundamentais

Antes de avançarmos para as respostas às questões colocadas, cumpre abordar, sumariamente, a tutela jurídica que é oferecida ao princípio da igualdade no ordenamento jurídico português.

Desde já, é da maior importância destacar o artigo 13.º da CRP, que proclama um princípio fundamental do Estado de Direito e que “(...) constitui um dos elementos estruturantes do constitucionalismo (...)”⁷⁰. Consagra este artigo, no seu número 1, uma igualdade de todos os cidadãos perante a lei, tendo como premissa a dignidade da pessoa humana, já que, se todos têm a mesma dignidade, a todos e de igual modo devem ser aplicados os direitos e deveres da ordem jurídica. Ora, tudo isto vinculará o legislador ordinário a assumir uma tutela legal contra toda a forma de discriminação.

Assim, evidencia-se a dignidade da pessoa humana, consagrada no artigo 1.º da CRP, enquanto valor essencial do Estado de Direito e suporte de todos os direitos fundamentais⁷¹. Da proclamação da dignidade resulta, desde logo, o reconhecimento de personalidade jurídica e a igualdade de todos os seres humanos entre si, garantindo-se o seu livre desenvolvimento. Daí que surja a referência no artigo 13.º, n.º 1 da CRP à dignidade social que possuem todos os cidadãos, condição necessária à convivência digna.

Naturalmente, incluem-se nesta asserção de igualdade as diferenciações positivas que possam existir, a fim de colmatar as desigualdades de facto e adaptar a aplicação da lei de forma a que exista, efetivamente, uma verdadeira paridade entre os cidadãos. Serão legítimas essas diferenciações quando se baseiam em razões racionais e objetivas e se revelem o único modo de alcançar a igualdade material que é exigida pelo artigo em análise. Fará sentido que assim

⁷⁰ MIRANDA, JORGE e MEDEIROS, RUI, *ob. cit.*, p. 160.

⁷¹ ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 2019, p. 251.

seja, porquanto a igualdade é um conceito relativo⁷², tendo de ser aferida sempre por comparação entre pelo menos duas situações, e não em abstrato.

No entanto, relativamente às discriminações arbitrárias, estas serão categoricamente vedadas. Veja-se, desde logo, o número 2 do artigo 13.º da CRP que vem elencar diversas características que podem conduzir a uma diferenciação fortuita e ilegítima. O seu sentido é o de enumerar, exemplificativamente, fatores em função dos quais é proibido qualquer cidadão ser prejudicado ou beneficiado em relação aos outros, uma vez que isso violaria de forma cabal a dignidade da pessoa humana⁷³. Assim, o objetivo precípua do princípio da igualdade é negativo, de proibição de discriminações entre os sujeitos, para além da proteção destes contra essas discriminações exigida pelo artigo 26.º, n.º 1, *in fine*, da CRP⁷⁴.

Importa referir que a Constituição não se limita a afirmar a igualdade no seu artigo 13.º, mas aplica-o em diversas normas ao longo do texto constitucional, enquanto corolários do princípio. Isto porque não basta reiterar uma igualdade perante a lei e proibir discriminações, tendo de haver uma aproximação a situações específicas de especial desequilíbrio, de modo a garantir a existência de igualdade material entre os sujeitos em causa, o que acontece, nomeadamente no âmbito familiar (artigo 36.º, n.º 3 e n.º 4 da CRP). Neste domínio dos “direitos de igualdade”, a sua estrutura é positiva, no sentido de conduzir o Estado a adotar condutas contrárias à discriminação, bem como à promoção ativa da igualdade⁷⁵.

Para além desta proteção constitucional, também a Convenção Europeia dos Direitos Humanos⁷⁶, a que Portugal se encontra vinculado, apresenta uma tutela da igualdade no seu artigo 14.º com o princípio da não discriminação, vedando o tratamento diferenciado sem qualquer justificação racional. Considerando que existem normas emanadas das instituições europeias que têm aplicação direta na ordem jurídica portuguesa, e que iremos explorar alguma

⁷² ALBUQUERQUE, MARTIM DE – *Da Igualdade: introdução à jurisprudência*, Coimbra, Almedina, 1993, p. 75.

⁷³ CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES – “Dignidade e Constitucionalização da Pessoa Humana”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. II, 2012, p. 286.

⁷⁴ MIRANDA, JORGE – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 6ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 326-327.

⁷⁵ SILVA, JORGE PEREIRA DA – *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, p. 379.

⁷⁶ A “Convenção Europeia dos Direitos Humanos” ou “Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais” foi aprovada pelo Conselho da Europa a 4 de novembro de 1950, tendo entrado em vigor em Portugal no dia 9 de novembro de 1978. Em 1992, através do Tratado de Maastricht, é a vez da União Europeia aderir à Convenção. O seu grande objetivo é a proteção e desenvolvimento de direitos e liberdades fundamentais dos seres humanos. Para mais desenvolvimentos, veja-se DIJK, PIETER VAN – *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Fourth edition, Antwerpen, Intersentia, 2006, pp. 2-93.

jurisprudência europeia, cumpre analisar igualmente o modo como o princípio da igualdade é salvaguardado no seio da União Europeia.

Ora, tendo o princípio da não discriminação como base o princípio da igualdade, o primeiro realizar-se-á através do reconhecimento das diferenças existentes entre as pessoas, de modo a que estas sejam tratadas de forma igualitária⁷⁷. Daí que o artigo 14.º da CEDH estabeleça, tal como a CRP, uma enumeração de algumas características diferenciadoras, também elas exemplificativas, que podem provocar uma discriminação arbitrária.

Também aqui o princípio se refere à igualdade dos sujeitos perante a lei, tratando-se de uma incumbência das autoridades públicas, que devem garantir uma aplicação análoga dos direitos e liberdades previstas na CEDH.

Não obstante a sua clara pertinência, importa sublinhar que este artigo tem um âmbito de aplicação secundário, na medida em que a sua funcionalidade decorre da sua relação com outros direitos consagrados na Convenção, sendo remetido para um papel auxiliar. Assim surge o Protocolo n.º 12 à Convenção, pretendendo-se com ele assegurar uma tutela independente da igualdade⁷⁸.

Este princípio é igualmente densificado através de direitos específicos de igualdade, tais como, artigo 3.º e 5.º do Protocolo Adicional ou artigo 6.º da CEDH, por exemplo⁷⁹.

De qualquer modo, sabemos que o princípio da não discriminação tem uma importância primordial no quadro dos direitos humanos, estando presente em todos os instrumentos normativos internacionais que proclamam a defesa destes direitos⁸⁰.

Em conclusão, é possível afirmar que o princípio da igualdade é um princípio básico do Direito, presente nas diferentes ordens jurídicas e sujeito às constantes evoluções do contexto jurídico, mas inerente e indispensável ao bom funcionamento do Estado de Direito Democrático, porquanto através dele se salvaguarda a dignidade da pessoa humana.

Ora, tendo em consideração a problemática em questão e sabendo que tal questão não foi regulada pelo legislador ordinário, surge como sendo da maior pertinência o debate acerca da eficácia mediata ou imediata dos direitos fundamentais no contexto das relações entre

⁷⁷ PEREIRA, MARGARIDA SILVA – “Proibição de discriminação em função do género”, *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Vol. II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2019, p. 1961.

⁷⁸ DIJK, PIETER VAN, *ob. cit.*, p. 1028.

⁷⁹ ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE – *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Vol. I, Lisboa, Universidade Católica, 2019-2020, p. 19.

⁸⁰ AMAYUELAS, ESTHER ARROYO I; GARCIA, DAVID BONDIA – “¿Interpretación de Testamento Contraria a los Derechos Humanos? El caso «Pla & Puncernau vs. Andorra» (STEDH, 13 julio de 2004), *Derecho Privado y Constitución*, n.º18, 2004, p. 64.

particulares, concretamente do princípio da igualdade e da não discriminação⁸¹. A dúvida é a de saber, sinteticamente, se as normas constitucionais e os direitos fundamentais podem, ou não, ser invocados diretamente pelos indivíduos nas suas relações privadas, com outros particulares e em que não há desequilíbrio de poderes, ou se esses direitos são talhados para as relações entre os sujeitos privados e o Estado. Neste último caso, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares dar-se-ia mediante a regulação legislativa do Direito Privado. Em suma, a grande diferença entre a tese da eficácia imediata ou mediata assenta na possibilidade de a ingerência do juiz ser mais ampla num caso em relação ao outro, respetivamente.

De acordo com o número 1 do artigo 18.º da CRP, as normas relativas aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis perante entidades públicas e privadas, pelo que poderia aparentar que o problema em questão já estaria resolvido pela Constituição. Segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, essa aplicação direta “(...) transforma a Constituição em estatuto fundamental da ordem jurídica geral, das relações sociais em geral e não apenas da ordem jurídica do Estado e das suas relações com a sociedade.”⁸². Todavia, não se conclui por aqui em que termos é que se dá a vinculação das entidades privadas.

Então, por um lado, quem reconhece a teoria da eficácia mediata, vem defender os direitos fundamentais enquanto direitos de defesa da liberdade dos particulares contra o Estado. Assim, os preceitos constitucionais atuam quando estavam em causa relações desiguais. Por conseguinte, “Submeter a actividade dos sujeitos privados aos mesmos vínculos que limitam a acção do Estado significaria transformar os direitos em deveres, invertendo o seu sentido”⁸³, e alargando-se o poder do Estado para além do domínio da atividade privada, que perdia a sua autonomia⁸⁴. Nesta perspetiva, a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais no seio das relações interprivadas revela-se inaceitável na medida em que é incompatível com a autonomia e o livre desenvolvimento da personalidade, fundamentos estes que pautam o Direito Privado⁸⁵.

⁸¹ Importa referir que estas reflexões surgem como pertinentes, na medida em que não há um preceito legal que resolva definitivamente a questão, não só, em geral, da eficácia mediata ou imediata dos direitos fundamentais, mas também, concretamente, em relação à autodeterminação sucessória e ao princípio da igualdade. O legislador ordinário é competente para, com relativa margem de liberdade, estabelecer o espaço de liberdade dos indivíduos nas relações interprivadas, algo que não fez para estes casos concretos.

⁸² CANOTILHO, GOMES; MOREIRA, VITAL – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 3ª ed rev., Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 145.

⁸³ ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *ob. cit.*, p. 232.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 232.

⁸⁵ MACCRORIE, BENEDITA – *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 24-25.

De acordo com esta tese, apoiada, designadamente, por PAULO MOTA PINTO⁸⁶ e VIEIRA DE ANDRADE⁸⁷, sendo certo que o Estado deve igualmente proteger os direitos perante constrangimentos de entidades privadas, evidencia-se a importância dos direitos fundamentais nas relações entre particulares somente de modo indireto, mediante a moderação de um poder público, isto é, através de conceitos indeterminados e cláusulas gerais próprias do Direito Privado, que, por sua vez, seriam interpretados de acordo com as normas constitucionais. Veja-se, neste sentido, as palavras de VIEIRA DE ANDRADE quando afirma que: “o tratamento discriminatório numa disposição testamentária só determinaria a invalidade do testamento se fosse contra os bons costumes, tal como já são entendidos em direito privado (...). Não basta, portanto, a um valor ser constitucional para automaticamente integrar a cláusula; é preciso que seja intolerável para a consciência jurídica da comunidade que a discriminação (p. ex.) se faça entre particulares”⁸⁸.

Por outro lado, a teoria da eficácia imediata, sustentada, nomeadamente, por GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, admite que alguns direitos fundamentais devem valer para toda a ordem jurídica, aplicando-se diretamente nas relações entre particulares, já que são os sujeitos privados igualmente capazes de atentar contra esses direitos e de outra forma ficaria a dignidade da pessoa humana dos indivíduos desprotegida. Além disso, não se verificando qualquer restrição legal no texto da Constituição, não fará sentido distinguir entre a aplicação dos direitos a entidades públicas ou privadas⁸⁹. Os direitos fundamentais seriam, então, vistos também enquanto ordenadores da vida social⁹⁰ e direitos subjetivos oponíveis a outros particulares⁹¹. Deste modo, teriam os direitos plena eficácia nas relações paritárias, não sendo necessário para tal a intervenção do poder público, nomeadamente, do poder legislativo.

Ainda assim, numa perspetiva mais moderada, como defende JORGE REIS NOVAIS, a interferência do juiz deve existir, sem que este se substitua ao legislador, somente quando não for possível ou não se afigure suficiente recorrer à lei ou ao preenchimento de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, o que, compreensivelmente, coloca problemas relativamente aos

⁸⁶ PINTO, PAULO MOTA, *ob. cit.*, pp. 133-134.

⁸⁷ ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *ob. cit.*, p. 247.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 235.

⁸⁹ CANOTILHO, GOMES; MOREIRA, VITAL, *ob. cit.*, pp. 147-148.

⁹⁰ BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *ob. cit.*, p. 101.

⁹¹ NOVAIS, JORGE REIS – *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 75.

limites da atuação do poder judicial⁹². Nestes casos, deve o juiz aplicar os princípios da harmonização e da ponderação, atuando com uma maior margem de liberdade.

Relativamente à CEDH e aos direitos humanos aí consagrados, sendo a Convenção omissa quanto à questão da eficácia mediata ou imediata desses direitos, assume particular relevância o TEDH⁹³, na medida em que vai definindo, caso a caso, a orientação mais conforme à CEDH.

Assim, segundo jurisprudência do Tribunal, os direitos humanos dirigem-se, essencialmente, aos Estados, que, com uma certa margem de discricionariedade têm, ainda assim, a obrigação de os proteger. Isto significa que tal encargo, imposto pela Convenção, pode implicar a adoção de medidas positivas, garantindo o exercício efetivo dos direitos⁹⁴, mesmo nas relações entre privados⁹⁵, que violam também esses fundamentos, dependendo dos direitos em causa.

Além disso, concluímos pela análise dos acórdãos do TEDH que são os Estados em causa eles próprios responsabilizados por violarem indiretamente um direito fundamental de um indivíduo, isto é, ao aceitarem o desrespeito de um direito por um sujeito privado em relação a outro são os Estados culpabilizados por não assegurarem o exercício efetivo dos direitos fundamentais. Este dever dos Estados contratantes pode eventualmente ser retirado do artigo 1.º ou do 17.º ou ainda do artigo 13.º da CEDH⁹⁶. De qualquer modo, como observamos na jurisprudência pelo menos relativamente a alguns direitos, este dever existe e o seu incumprimento acarreta consequências para os Estados. Desde logo, a revisão de sentenças nacionais que não sejam compatíveis com os direitos da Convenção⁹⁷. Nesses casos, a discriminação é judicial⁹⁸, sendo realizada pelos tribunais nacionais dos Estados.

Desta forma, ao conceber este dever aos Estados de garantirem eficazmente o exercício dos direitos fundamentais por parte dos sujeitos privados, está o TEDH a assumir a existência de uma eficácia horizontal desses direitos, preocupando-se somente com o equilíbrio de interesses de duas partes privadas ao invés de as confrontar com o interesse geral da

⁹² Ibid., p. 107.

⁹³ CHEREDNYCHENKO, OLHA – “Towards the Control of the Private Acts by the European Court of Human Rights?”, *Maastricht journal of European and Comparative Law*, Vol. 13, No. 2, 2006, p. 197.

⁹⁴ AMAYUELAS, ESTHER ARROYO I; GARCIA, DAVID BONDIA, *ob. cit.*, p. 62. CHEREDNYCHENKO, OLHA, *ob. cit.*, pp. 198-199.

⁹⁵ AMAYUELAS, ESTHER ARROYO I; GARCIA, DAVID BONDIA, *ob. cit.*, p. 59. CLAPHAM, ANDREW – *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 345.

⁹⁶ CHEREDNYCHENKO, OLHA, *ob. cit.*, p. 200.

⁹⁷ Ibid., p. 203.

⁹⁸ ROSÉS, FERNANDO CAROL – “Reflexiones sobre la Libertad de Testar y la STEDH de 13 julio de 2004”, *Revista de Derecho UNED*, nº12, 2013, pp. 141-142.

comunidade que não está aqui em causa⁹⁹. Aceitando-se isto como sendo verdadeiro, na hipótese concreta de impugnação de um testamento, deve o Tribunal ter em conta não só o direito de propriedade e de autonomia privada do *de cuius*, mas também os interesses dos excluídos da sucessão testamentária que se sustentam no princípio da não discriminação do artigo 14.º da CEDH. Então, em casos como estes, estando em causa a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tem o TEDH uma ampla margem de apreciação.

Apesar disto, os direitos contra o poder público não poderão ser aplicados de igual modo contra os privados, pelo que deve ser feita uma distinção¹⁰⁰. O problema reside em saber qual o âmbito de intervenção dos Estados e dos Tribunais ao interferir em questões privadas que afetam a autonomia da vontade. Para tal, deve-se atender ao equilíbrio dos interesses privados, bem como da comunidade, através de critérios de proporcionalidade e da margem de discricionariedade do poder público¹⁰¹.

Tendo tudo isto em consideração, seguimos a perspetiva de MARGARITA HERRERO OVIEDO de acordo com a qual, mais do que indagar se os direitos são eficazes direta ou indiretamente nas relações privadas, é fundamental a questão de saber qual dos direitos fundamentais em causa deve prevalecer quando a compatibilização entre eles seja impossível, qual dos direitos se torna um limite intransponível para o outro no âmbito testamentário. Desde logo porque “*el derecho que prevalece habrá supuesto una aplicación inter privados directa puesto que ha de ser respetado por el otro particular; en cambio, el derecho «perdedor» no habrá tenido ningún tipo de eficacia.*”¹⁰².

3.3. A problemática em análise na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Não obstante a ainda deficiente jurisprudência nacional neste domínio, entendemos ser de extrema importância a apreciação de alguma jurisprudência já existente do TEDH, que faz a sua interpretação da CEDH, à qual Portugal está vinculado, e na medida em que se verifica

⁹⁹ CHEREDNYCHENKO, OLHA, *ob. cit.*, p. 202.

¹⁰⁰ CLAPHAM, ANDREW, *ob. cit.*, p. 298.

¹⁰¹ AMAYUELAS, ESTHER ARROYO I; GARCIA, DAVID BONDIA, *ob. cit.*, p. 60.

¹⁰² Em português: “o direito que prevaleça significará uma aplicação interprivada direta, uma vez que deve ser respeitada pelo outro indivíduo; por outro lado, o direito “perdedor” não terá tido qualquer tipo de eficácia”. OVIEDO, MARGARITA HERRERO – “El testamento, la filiación adoptiva y la aplicación inter privados de los Derechos Fundamentales”, *InDret*, 2012, p. 20.

uma tendência jurisprudencial europeia no sentido de privilegiar o princípio da igualdade e da não discriminação no Direito das Sucessões e, em particular, na sucessão testamentária.

Para além disso, os Acórdãos que se seguem servirão de exemplo para a explanação da problemática em análise, já que se tratam de situações em que a decisão do Tribunal representa uma ingerência numa esfera privada, nomeadamente fazendo revogar atos de vontade, como um testamento, por estes contrariarem o princípio da igualdade e serem, de algum modo, discriminatórios. Assim, observamos a influência deste princípio e a sua importância e a forma como este pode ser limitativo da autonomia privada dos particulares no âmbito sucessório.

Começamos pelo caso *Fabris v. France*¹⁰³, de 7 de fevereiro de 2013, em que estava em causa uma partilha *intervivos*, realizada pelo Sr. e Sra. M, dividindo a sua propriedade pelos seus herdeiros. Trata-se de uma *donation-partage*, que, de acordo com o direito francês, significa uma divisão dos bens, em vida, com efeitos na herança por morte do doador. Ora, deixam os seus bens aos seus dois filhos legítimos, J.L. e A., afirmando serem estes os seus únicos descendentes.

Mais tarde, o Tribunal de Montpellier vem declarar o Sr. Henry Fabris como filho “ilegítimo” da Sra. M, numa altura em que a lei francesa fazia ainda essa distinção. Em sequência disso, em 1998, o filho nascido de adultério vem requerer uma parte da herança da mãe, após a sua morte, igual à dos irmãos, intentando uma ação contra estes. Importa referir que em 2001 é aprovada em França a lei que passa a conceder aos filhos nascidos de adultério direitos sucessórios idênticos aos filhos nascidos na constância do casamento. Assim, num acórdão de 2004, o Tribunal de Béziers acolhe o pedido do requerente, considerando que a lei anterior e também a doação-partilha em causa eram discriminatórias, uma vez que eram contrárias ao artigo 14.º da CEDH, pelo que o Sr. Henry Fabris teria os mesmos direitos sucessórios relativamente à herança da mãe, tal como os seus irmãos.

Consequentemente, o irmão J.L. e os herdeiros de A., entretanto falecido, recorrem da decisão e o Tribunal de recurso de Montpellier anula, em 2006, o julgamento do tribunal de primeira instância, aplicando a lei que vigorava ao tempo da doação-partilha e afirmando que esta decisão não conflituava com o princípio da igualdade de direitos independentemente do nascimento, garantido pelo artigo 14.º da CEDH, entre outros. Desta decisão, recorre novamente o Sr. Henry Fabris, recurso este indeferido pelo Tribunal por considerar não

¹⁰³ Caso *Fabris v. France*, nº. 16574/08, 7 de fevereiro de 2013. Disponível na versão inglesa em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-105773%22%7D>.

aplicável a lei nova de 2001 que assegura a igualdade entre os filhos legítimos e os filhos nascidos de adultério.

Por fim, esta questão acaba por chegar ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Este vem, então, decidir que terá havido uma violação do artigo 1.º do Protocolo n.º 1, tornando, assim, aplicável o artigo 14.º da CEDH. O Tribunal não vislumbrou qualquer justificação material razoável para a diferenciação de tratamento entre os filhos, declarando que o facto de ser filho nascido de adultério foi razão para terem negado ao requerente o direito de solicitar a divisão *intervivos* assinada pela mãe.

Ora, ainda que não se trate, no caso em análise, de um testamento, que é o tema central do nosso trabalho, é possível observar, aqui, a influência do princípio da igualdade e da não discriminação no âmbito sucessório. De facto, estamos perante um ato onde vigora a autonomia privada e onde a vontade do declarante é determinante, o que, ainda assim, não impediu o TEDH de se envolver e estipular que também o Sr. Henry Fabris teria direito à sua quota parte da propriedade da mãe, contrariamente ao declarado por esta.

É de salientar que este caso apresenta contornos próprios, como a alteração da lei e questões relativas à aplicação da lei no tempo, que não iremos aprofundar, já que ultrapassam o âmbito desta dissertação¹⁰⁴. Além disso, decidiu o TEDH que o princípio da não discriminação deveria ser respeitado pelos Tribunais ao interpretar a referida doação-partilha, no sentido de não permitirem que tal disposição de vontade conflituasse com a CEDH e com o princípio da igualdade. Ainda assim, sendo certo que não vem o TEDH impor diretamente um respeito do princípio por parte dos particulares, também estes se veem envolvidos e obrigados a respeitá-lo, porquanto, não o fazendo, podem pôr em risco as suas disposições e serem afetados na sua autodeterminação sucessória.

No mesmo sentido, destaca-se a decisão do TEDH no caso *Pla & Puncernau v. Andorra*¹⁰⁵, de 13 de julho de 2004, decorrente do pedido apresentado por Antoni Pla Puncernau e a sua mãe adotiva Roser Puncernau Pedro. Aqui, estava em causa uma disposição testamentária realizada pela avó paterna de Antoni, em que esta aparentemente excluía os descendentes adotivos dos seus filhos. Uma das cláusulas do testamento estipulava que o seu

¹⁰⁴ Para desenvolvimento desses pontos, veja-se PEDRO, RUTE TEIXEIRA – “O princípio da proibição da discriminação dos filhos nascidos fora do casamento e o seu impacto no âmbito sucessório: comentário breve às decisões do TEDH sobre o caso Fabris c. França”, in *Antidiscriminação no TEDH: uma análise transdisciplinar das intervenções do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque*, coordenação por Soraya Nour, UCP Editora, 2024, pp. 39 a 64 (no prelo).

¹⁰⁵ Caso *Pla & Puncernau v. Andorra*, n.º. 69498/01, 13 de julho de 2004. Disponível na versão inglesa em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-61900%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61900%22]}).

filho Francesc-Xavier Pla Pujol, pai adotivo de Antoni, deveria transmitir a sua herança para um filho ou neto “de um matrimónio legítimo e canónico”, pelo que, em caso de incumprimento, a herança deveria passar para os descendentes das filhas da testadora.

Ora, Francesc-Xavier deixa, então, os bens que havia recebido pela herança ao seu filho Antoni. Todavia, a 18 de maio de 2000, o Supremo Tribunal de Justiça de Andorra decidiu que Antoni, como filho adotivo, não poderia ser considerado como sendo “filho legítimo” e, assim, não poderia herdar os bens da avó, decisão que foi confirmada pelo Tribunal Constitucional de Andorra. Este Tribunal concluiu, ainda, que não se verificava uma violação da Constituição, na medida em que uma eventual discriminação resultaria, não de uma decisão do Supremo Tribunal de Justiça, mas sim da testadora no exercício livre da sua autonomia¹⁰⁶.

Em consequência, Antoni Pla Puncernau e a sua mãe interpõem ação no TEDH, afirmando que as decisões judiciais anteriores eram discriminatórias, tendo por base o artigo 8.º e 14.º da CEDH. O Tribunal verificou que a natureza legítima e canónica do casamento entre os pais de Antoni era indiscutível e que nada sugeria, diretamente, no testamento em causa que a testadora apenas queria incluir os descendentes biológicos e excluir os adotivos.

O TEDH entendeu que: “(...) o Tribunal não era, em teoria, obrigado a resolver litígios de natureza puramente privada. Dito isto, no exercício do seu papel de supervisor Europeu, o Tribunal não poderia permanecer passivo quando a interpretação de um ato jurídico por um Tribunal Nacional aparentava ser irracional, arbitrária ou, como no caso dos requerentes, flagrantemente incompatível com a proibição de discriminação estabelecida pelo Artigo 14.º e mais amplamente com os princípios subjacentes à Convenção.”¹⁰⁷.

Deste modo, o TEDH subscreveu a tese dos demandantes, não vislumbrando nenhum motivo legítimo ou justificação objetiva e razoável que determinasse a decisão anterior, entendendo que um filho adotivo se encontrava na mesma posição legal que um filho biológico. Conclui, assim, que houve uma violação do artigo 14.º da CEDH por parte do Tribunal *a quo* e que tinha Antoni direito, afinal, à herança da sua avó.

¹⁰⁶ MORAIS, DANIEL DE BETTENCOURT RODRIGUES SILVA – “A (irr)relevância do princípio da igualdade na autodeterminação sucessória”, *Atas das Jornadas Internacionais “Igualdade e Responsabilidade nas Relações Familiares”*, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2020, p. 259.

¹⁰⁷ *Caso Pla & Puncernau v. Andorra*, tradução da nossa autoria. No original em inglês: “(...) the Court was not in theory required to settle disputes of a purely private nature. That being said, in exercising its European supervisory role, the Court could not remain passive where a national court’s interpretation of a legal act appeared unreasonable, arbitrary or, as in the applicants’ case, blatantly inconsistent with the prohibition of discrimination established by Article 14 and more broadly with the principles underlying the Convention.”.

Mais uma vez, colocava-se neste caso a questão da aplicação da lei no tempo, na medida em que, no momento da feitura do testamento, a lei de Andorra fazia ainda uma distinção entre filhos “legítimos” e “ilegítimos”, sendo razoável supor que a testadora queria, efetivamente, fazer essa diferenciação. Contudo, no momento da abertura da sucessão a lei já havia sido alterada. Apesar disso, considera o TEDH que não é necessária qualquer interpretação da cláusula testamentária em questão, uma vez que a testadora não excluía, de forma clara, os descendentes adotivos do seu filho.

Além do mais, estamos perante um caso em que a violação do princípio da não discriminação é imputada aos tribunais e não diretamente aos particulares, sendo, todavia, estes que podem ser prejudicados na sua autonomia privada. Na verdade, é possível indagar se, neste caso, a testadora pretendia incluir, ou não, o seu neto adotivo e, não o tendo desejado, sublinha-se uma interferência do poder judicial na esfera de um sujeito privado. Desta forma, surge a questão de saber se devem os tribunais intervir para salvaguardar o princípio da igualdade.

A este propósito, é conveniente considerar o voto de vencido do Juiz Garlicki no caso em apreço. Este aborda a problemática da eficácia horizontal dos direitos e liberdades previstos na CEDH e questiona a obrigação dos particulares de considerar os direitos fundamentais dos outros sujeitos quando praticam atos privados. Consequentemente, interroga-se se o Estado, e o poder judicial em concreto, têm a incumbência de fiscalizar esses mesmos atos.

Ora, para este Juiz, sendo certo que deve o Estado adotar medidas de tutela dos direitos da CEDH, mesmo que no âmbito de relações intersubjetivas, o nível de proteção de um ato privado não deve ser o mesmo que o de um ato de um poder público, tal como resulta da seguinte afirmação: “O próprio facto de que, sob a Convenção, o Estado pode ser proibido de tomar certas ações, [...] não significa que pessoas privadas sejam igualmente impedidas de tomar tal ação. Noutras palavras, o que é proibido para o Estado não precisa necessariamente de ser proibido também para indivíduos.”¹⁰⁸.

Então, considera o Juiz Garlicki que, sendo o testamento um espaço de liberdade e de potenciais discriminações, afastando-se do sistema sucessório legal, deve o Estado respeitar esse ato, a não ser em circunstâncias excepcionais em que a disposição testamentária seja totalmente repugnante face à CEDH. No caso em análise, o seu entendimento é o de que, de facto, havia uma discriminação por parte da testadora em relação aos descendentes adotivos,

¹⁰⁸ Caso *Pla & Puncernau v. Andorra*, tradução da nossa autoria. No original em inglês: “*The very fact that, under the Convention, the State may be prohibited from taking certain action [...] does not mean that private persons are similarly precluded from taking such action. In other words, what is prohibited for the State need not necessarily also be prohibited for individuals.*”.

que, não sendo gritante, deveria ter sido respeitada pelo TEDH, contrariamente ao que aconteceu. Concorde, em parte, o Juiz Sir Nicolas Bratza, como é visível igualmente no seu voto de vencido.

Tendo tudo isto em consideração, é possível concluir que existe, na prática jurídica, uma discussão acerca da aplicação do princípio da igualdade e da não discriminação no âmbito da autodeterminação sucessória, âmbito este onde, em tese, vigora a vontade privada. Aliás, é isso que observamos nos casos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos apresentados, onde verificamos que este tema é já um tópico atual. Assim, é premente a controvérsia a respeito da aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada, nomeadamente, no campo testamentário.

De seguida, iremos, então, expor as diversas teses defensáveis a este respeito.

3.4. As posições defensáveis perante a problemática em análise e a sua fundamentação

Com este pano de fundo, importa agora apresentar alguns dos fundamentos viáveis quanto a esta problemática, ou seja, a de saber se o princípio da igualdade, enquanto direito fundamental, representa, ou não, um limite à autodeterminação sucessória dos particulares no âmbito testamentário.

Concluimos anteriormente que tanto o princípio da autonomia privada como o princípio da igualdade são tutelados constitucionalmente, pelo que é possível afirmar que estamos perante um conflito. Na verdade, tal como a proibição de discriminação resulta da Constituição da República Portuguesa, também a liberdade de testar é protegida pelo texto constitucional. Assim, a questão que se coloca é a de saber, no confronto entre os dois princípios, qual deve prevalecer, sabendo que não é sempre possível o exercício pleno de ambos em simultâneo.

Apesar disso, tal como concluiremos mais à frente, a resolução desse conflito deverá ser tarefa do juiz e não do legislador, a partir da consideração dos interesses em jogo, já que as circunstâncias do caso concreto são essenciais para a determinação de uma solução materialmente justa e razoável¹⁰⁹.

Ora, em primeiro lugar, defensores da primazia do princípio da igualdade poderiam apontar para o facto de a liberdade de testar não ser incondicional, no sentido em que não deve uma disposição testamentária contrariar um preceito constitucional, facto que levaria à limitação da autodeterminação sucessória. Sendo certo que deve ser protegida a vontade do

¹⁰⁹ É, também, este o entendimento de Margarita Herrero Oviedo, *ob. cit.*, pp. 23-24.

testador, esta deve ser conforme aos princípios constitucionais, designadamente à dignidade da pessoa humana, pilar da Constituição, a fim de proporcionar ao testamento alguma dignidade jurídica. Aliás, poder-se-ia considerar que uma discriminação inconstitucional concretizada na disposição testamentária seria um abuso do direito do autor da sucessão de dispor livremente dos seus bens, ultrapassando, assim, os limites do exercício desse direito.

Deste modo, e enquanto ato jurídico, o testamento deve ser coadunável com instrumentos normativos de hierarquia superior, como é o caso da CRP. Como defende ANA NEVARES: “não é possível conceber o Direito Civil sem uma análise de sua compatibilidade com a normativa constitucional; sem a apreensão dos novos contornos advindos de uma releitura baseada na tutela à dignidade da pessoa humana (...) e nos princípios que a realizam (...)”¹¹⁰. Consequentemente, estando em causa uma violação de um preceito constitucional, nomeadamente, de uma norma que tutela um princípio fundamental do ordenamento jurídico português como é o princípio da igualdade, deve o poder judicial fazer cumprir a lei.

Este entendimento foi seguido pelo Juiz brasileiro Milton Biagioni Furquim, num julgamento no Tribunal de 1.^a instância de Guaxupé, a 16 de julho de 2018, num caso em que a testadora não contemplou na sua disposição duas netas “ilegítimas”¹¹¹. Defendendo a ideia da “constitucionalização” do Direito Privado¹¹², argumenta o Juiz que a não discriminação e a igualdade não podem ser ignoradas no âmbito das relações privadas, pelo que um ato jurídico deve sempre exprimir os cânones constitucionais. Assim, a tarefa de interpretação da atividade privada por parte do poder judicial tem de favorecer o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em conta o interesse geral da comunidade e o bem comum. Sob este pretexto, determinou o Juiz que a herança fosse distribuída também pelas duas netas nascidas fora do matrimónio, que tinham sido alvo de discriminação, contrariamente à vontade da testadora.

Por outro lado, surge contra esta posição o argumento de que o testador atua numa esfera de autodeterminação, que é a da sucessão voluntária, sendo a liberdade de disposição por morte um cânone fundamental do Direito das Sucessões e um direito protegido constitucionalmente. Tal como já foi referido *supra*, o Direito Civil é norteado pela autonomia privada, a liberdade

¹¹⁰ NEVARES, ANA LUIZA MAIA – *A Função Promocional do Testamento – Tendências do Direito Sucessório*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 22.

¹¹¹ Decisão disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pr/processo-testamento-guaxupe.pdf>.

¹¹² Relativamente à “constitucionalização” do Direito Privado na Europa, ver CHEREDNYCHENKO, OLHA, *ob. cit.*, pp. 195-196.

é um valor essencial da ordem jurídica. Daí que a sucessão legítima seja subsidiária e a vontade do testador assuma uma função primordial¹¹³.

Com efeito, a lei é imperativa no que respeita à sucessão legítima¹¹⁴, quando exista, pelo que quando é atribuído um espaço de autonomia sucessória este deve ser, efetivamente, um campo de liberdade¹¹⁵. Além disso, é sabido que o legislador dotou a sucessão testamentária de inúmeras garantias, anteriormente mencionadas, que visam tutelar a vontade livre e esclarecida do testador, nomeadamente, a livre revogabilidade (artigo 2179.º do CC), a proibição de testamentos de mão comum (artigo 2181.º do CC) ou todas as formalidades exigidas¹¹⁶, entre outros.

Então, na medida em que os condicionamentos surgem já com a legítima e com os outros limites já referidos, vigentes no sistema sucessório, não devem existir outras restrições que não constam expressamente da lei no âmbito da quota disponível, mesmo que advindas de princípios constitucionais¹¹⁷.

Na verdade, a lei impõe uma estrita igualdade formal no âmbito sucessório ao estabelecer, como regra, o princípio da sucessão por cabeça no artigo 2134.º do CC (aplicável à sucessão legítima *ex vi* do artigo 2157.º do CC), segundo o qual a herança se divide, em partes iguais, por tantos quantos são os seus herdeiros. Tal princípio pode, de facto, revelar-se inadequado às particularidades do caso concreto, já que, desconhecendo a lei as verdadeiras necessidades dos familiares, as relações afetivas e pessoais do testador não serão necessariamente asseguradas com igualdade através deste princípio¹¹⁸. Ora, quando nos referimos à sucessão voluntária, é garantida ao testador uma ampla autonomia para este poder conformar, do modo mais compatível com o caso concreto, a disposição dos seus bens,

¹¹³ SIMÃO, JOSÉ FERNANDO – O Testamento Magistral: uma figura criada em Guaxupé (Parte 2); disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/processo-familiar-testamento-magistral-figura-criada-guaxupe-parte> (consultado em 4/03/2024).

¹¹⁴ Aliás, tem sido posta em causa a relevância atual da sucessão legítima, desde logo, pelo seu caráter imperativo e limitativo da autonomia privada. Veja-se, a título de exemplo, a recente modificação legal, pela Lei n.º 48/2018, de 14 de agosto, que veio permitir a renúncia recíproca à condição de herdeiro legítimo na convenção antenupcial (artigos 1700.º e 1707.º-A, ambos do CC). Por aqui observamos uma tentativa de minimizar a importância que é dada a esta espécie de sucessão no Direito português, tornando-a mais flexível. Neste sentido, denota-se uma tendência para uma maior valorização da liberdade de disposição por morte e da sucessão voluntária em geral.

¹¹⁵ GIMÉNEZ, GEMA DÍEZ-PICAZO – “Dos Recientes Sentencias del Tribunal Constitucional acerca del Derecho de Sucesiones”, *Estudios de derecho de sucesiones*, Madrid, La Ley, 2014, p. 359.

¹¹⁶ LÓBO, PAULO – “Saisine e Liberdade de Testar: a Experiência Brasileira”, *Revista Brasileira de Direito Comparado*, nº48, Rio de Janeiro, 2015, p. 44.

¹¹⁷ MORAIS, DANIEL DE BETTENCOURT RODRIGUES SILVA, *ob. cit.*, p. 260.

¹¹⁸ AGUILAR RUIZ, LEONOR; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO – “Autonomia Privada, Familia y Herencia en el Siglo XXI. Cuestiones Actuales y Soluciones de Futuro”, *Revista Aranz de Derecho Patrimonial*, nº 33, Espanha, 2014, p. 110.

mitigando-se a rigidez da disciplina legal da sucessão. É esta a posição de DANIEL MORAIS¹¹⁹. O *de cuius* surge como a melhor pessoa para gerir o seu próprio património e determinar os seus destinatários de acordo com as suas relações pessoais e familiares¹²⁰, pelo que se deve aceitar as suas escolhas.

Seria possível afirmar que todo o Direito Civil, incluindo o Direito Sucessório, está sujeito ao crivo constitucional, respeitando-se, assim, o princípio da unidade do ordenamento jurídico¹²¹. Não obstante este Direito tratar de questões patrimoniais, afeta, indubitavelmente, posições jurídicas individuais e pessoas cujos direitos devem ser respeitados, nomeadamente, os direitos dos beneficiários da sucessão. Na atualidade, a liberdade de disposição por morte através do testamento está subordinada a uma função social que deve ser tida em conta, implicando a consideração dos vários princípios constitucionais e garantias dos sucessores, e não apenas dos interesses individuais do *de cuius*¹²².

No entanto, é igualmente verosímil o entendimento de que ninguém tem direito a uma liberalidade, pelo que não haverá qualquer direito à herança que se oponha à liberdade de testar¹²³. Efetivamente, não têm os designados testamentários, ou qualquer interessado, nenhuma expectativa jurídica de vir a adquirir determinados bens do *de cuius*, até porque a designação sucessória é muito instável, ainda que lhes seja dada uma proteção jurídica nos termos do artigo 2308.º e seguintes do CC, podendo arguir a nulidade ou anulabilidade do testamento¹²⁴. Assim, as disposições constitucionais não se aplicam quando o ato em causa é fruto da livre apreciação do testador, que opta por deixar, ou não, determinados bens a determinadas pessoas, não precisando de seguir princípios de justiça ou de equidade. É que a disposição por morte através do testamento permite conceder benefícios a quem nem teria a eles direito.

Embora se possa defender uma superação do modelo individualista, através da qual a autonomia privada tem vindo a ser limitada nalguns contextos, essas restrições ter-se-ão manifestado no âmbito da liberdade contratual, que implica com direitos subjetivos das várias partes, mercedores, de igual modo, de tutela¹²⁵. Ora, tratando-se a liberdade de testar de uma

¹¹⁹ MORAIS, DANIEL DE BETTENCOURT RODRIGUES SILVA, *ob. cit.*, p. 246.

¹²⁰ GUIMARÃES, MARIA DE NAZARETH LOBATO, *ob. cit.*, p. 30.

¹²¹ ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *ob. cit.*, pp. 230-231.

¹²² LÓBO, PAULO, *ob. cit.*, pp. 35 e 44-45. Ainda que referente ao Direito brasileiro, parece adequar-se, igualmente, ao Direito português. TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO – *Direito...*, *ob. cit.*, p. 277.

¹²³ OVIEDO, MARGARITA HERRERO, *ob. cit.*, p. 22.

¹²⁴ COELHO, FRANCISCO PEREIRA, *ob. cit.*, pp. 139-140. DIAS, CRISTINA M. ARAÚJO, *ob. cit.*, pp. 99-100.

¹²⁵ OVIEDO, MARGARITA HERRERO, *ob. cit.*, pp. 25-26.

esfera privada da pessoa, e não existindo um direito à herança, tais limites só podem existir quando o legislador assim o defina, o que não é o caso. Neste sentido, ainda que no âmbito da liberdade contratual possam existir limites determinados pelos princípios fundamentais do sistema, tal não será o caso quando se trate da liberdade de disposição por morte.

Particularmente para quem defende que a tutela constitucional da autonomia privada se encontra ligada ao livre desenvolvimento da personalidade, pode-se advogar que não podem existir restrições à livre escolha individual do testador, tal como tais limites não existem para escolha do destinatário de uma liberalidade *inter vivos*¹²⁶. Essa escolha representará, assim, o respeito pela identidade pessoal e pelo desenvolvimento da personalidade de cada um.

Na verdade, há quem considere que, perante relações puramente patrimoniais ou económicas, a autonomia privada terá menor relevância. Ao invés, quando se tratem de relações pessoais, em que se evidencia uma dimensão pessoal e afetiva da personalidade, como é o caso do testamento e da escolha que este opera, o peso atribuído à autonomia privada será maior quando ponderado com outros interesses¹²⁷.

Como foi referido anteriormente, a autonomia privada é o poder de manifestar uma vontade individual e autorregular os próprios interesses, é o poder de fazer escolhas, o que inclui fazer diferenciações. Ora, a liberdade do autor da sucessão permite-lhe eleger os destinatários do testamento, não de acordo com critérios objetivos, como seria a igualdade, mas segundo a sua livre vontade¹²⁸. Efetivamente, a “liberdade do homem individual inclui necessariamente uma margem de arbítrio, é também uma liberdade emocional.”¹²⁹. De facto, pode o testador ter legítimas razões para as distinções que faz, por exemplo, o simples facto de ter uma relação mais próxima com um filho em detrimento de outro.

Naturalmente, engloba-se neste espaço de liberdade e espontaneidade a própria possibilidade de não revelar a razão ou o propósito da diferenciação¹³⁰. Tal como na celebração de contratos, não é relevante para a verificação da validade do negócio jurídico a apreciação dos motivos que levaram à celebração daquele ato concreto¹³¹. E, tal como a liberdade de contratar ou não contratar, segundo a qual podem os sujeitos optar por celebrar um negócio com

¹²⁶ NEVARES, ANA LUIZA MAIA, *ob. cit.*, p. 230.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 182.

¹²⁸ PINTO, PAULO MOTA, *ob. cit.*, p. 153.

¹²⁹ ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *ob. cit.*, p. 255.

¹³⁰ PINTO, PAULO MOTA, *ob. cit.*, p. 155.

¹³¹ SIMÃO, JOSÉ FERNANDO – O Testamento Magistral: uma figura criada em Guaxupé (Parte 2); disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/processo-familiar-testamento-magistral-figura-criada-guaxupe-parte> (consultado em 4/03/2024).

determinada pessoa ou não, tem o testador a possibilidade de decidir beneficiar, através do testamento, uma pessoa em detrimento de outra, inexistindo um dever de contratar¹³².

Quem defende a tese da eficácia mediata dos direitos fundamentais afirma que, no domínio do Direito Privado, não valem considerações de igualdade, uma vez que se o tratamento desigual implicasse sempre uma violação do princípio da igualdade, não existia uma verdadeira liberdade. O campo de autodeterminação atribuído aos sujeitos privados seria inexistente caso os direitos fundamentais fossem aplicados, sem mais, nas relações entre particulares. Na opinião de VIEIRA DE ANDRADE, o princípio da autonomia privada deve operar enquanto regra geral da CRP no âmbito das relações entre indivíduos, porquanto o intuito dos direitos fundamentais é, em primeira linha, a defesa da liberdade geral e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade dos cidadãos, isto é, da “dignidade de homens livres”^{133_134}. Além disso, independentemente da aplicação mediata ou imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, tal não será equivalente à aplicação nas relações com o Estado, na medida em que, atendendo às especificidades do Direito Civil, a autonomia privada e a liberdade negocial assumem aqui um papel preponderante¹³⁵.

O princípio da igualdade preconiza que todas as pessoas são iguais perante a lei, o que significa que o legislador não pode operar discriminações, mas o mesmo já não se estende para os privados. Sendo certo que o poder público está sujeito a determinados limites constitucionais, tais limites não se aplicam de igual modo aos particulares. Ora, o princípio da igualdade não se pode sobrepor genericamente, neste domínio, à liberdade¹³⁶.

Por outro lado, para quem vê a autonomia privada como um direito patrimonial, associada à propriedade privada e liberdade negocial, não parece razoável fazer prevalecer este princípio sobre a igualdade, partindo do critério geral aplicável à colisão de direitos (artigo 335.º, n.º 2 do CC), segundo o qual um direito pessoal, como é a igualdade, é superior a um direito patrimonial¹³⁷.

¹³² BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *ob. cit.*, p. 104.

¹³³ ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *ob. cit.*, pp. 251-252.

¹³⁴ Na perspetiva inversa, defendida por GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, os sujeitos privados estariam, por norma, subordinados aos direitos fundamentais, incluindo ao princípio da igualdade, sendo que estes apenas seriam afastados quando tal prejudicasse de modo intolerável a liberdade e a autonomia privada do indivíduo. *Ob. cit.*, p. 148.

¹³⁵ BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *ob. cit.*, p. 103.

¹³⁶ PINTO, PAULO MOTA, *ob. cit.*, p. 138.

¹³⁷ FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO – *Teoria...*, *ob. cit.*, p. 618. NOVAIS, JORGE REIS – *Direitos...*, *ob. cit.*, pp. 77-78.

Além disso, é possível afirmar que, uma vez que os atos de disposição testamentária projetam os seus efeitos sobre outras pessoas e não sobre o testador, porquanto se trata de um negócio *mortis causa*, distanciando-se assim do domínio puramente individual, talvez não possamos aceitar uma discriminação atentatória da dignidade da pessoa humana e uma autonomia privada quase incondicional. Tratando-se de uma relação jurídica privada, é fundamental atentar aos interesses daqueles que fazem parte e dos que são afetados por ela, os sucessores¹³⁸. O testamento não é uma continuação da personalidade, mas sim uma regulamentação dos interesses e relações dos vivos, visando-se, através dele, a manutenção das relações jurídicas patrimoniais do *de cujus*¹³⁹. Os efeitos do testamento destinam-se aos terceiros beneficiários, pelo que se podem encontrar novos limites à autodeterminação sucessória para além daqueles explanados na lei que tutelam a transmissão da herança mais do que a tutela dos sucessores¹⁴⁰.

No caso de um filho ser prejudicado por causa do seu género, ou de ter nascido fora do casamento, e este ser, de facto, o critério de diferenciação expressamente mencionado pelo testador, não podemos aceitar isto como sendo juridicamente admissível. Veja-se, desde logo, o artigo 36.º, n.º 4 da CRP no que respeita aos filhos nascidos fora do casamento, vindo proibir qualquer discriminação com base neste facto. Ora, um negócio jurídico que opere uma discriminação deste teor terá que ser nulo e o princípio da proibição de discriminações atuará enquanto limite externo à liberdade contratual, entendida em sentido amplo¹⁴¹.

Cumprе recordar que o artigo 2186.º do CC determina a nulidade da disposição testamentária quando da interpretação do testamento resulte que foi essencialmente determinada por um fim contrário à lei ou à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes. Note-se que a intenção do testador releva e pode conduzir à cominação de nulidade. Neste sentido, é possível afirmar que não é totalmente irrelevante a motivação do autor da sucessão no momento da feitura do testamento, desde que, claro, essa intenção seja a principal e resulte da interpretação do contexto do testamento¹⁴².

Evidencia-se, igualmente, o artigo 2232.º do CC, que determina, exemplificativamente, o que são condições contrárias à lei, algumas que podem revelar as motivações discriminatórias do *de cujus*. Seria a hipótese, por exemplo, de alguém deixar determinado bem a outrem apenas

¹³⁸ NEVARES, ANA LUIZA MAIA, *ob. cit.*, p. 5.

¹³⁹ GUIMARÃES, MARIA DE NAZARETH LOBATO, *ob. cit.*, pp. 4-5.

¹⁴⁰ NEVARES, ANA LUIZA MAIA, *ob. cit.*, p. 23.

¹⁴¹ SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE – *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 53.

¹⁴² MORAIS, DANIEL DE BETTENCOURT RODRIGUES SILVA, *ob. cit.*, pp. 282-283.

no caso de este nunca se casar com um muçulmano. Também estas condições poderiam conduzir à nulidade do testamento caso se demonstrasse que todo ele assentava no objetivo discriminatório patente na condição, salvaguardando-se, assim, a liberdade dos beneficiários e sancionando-se o testador¹⁴³.

Então, se resulta do testamento que o intuito principal é discriminar, se se trata de atuações arbitrárias ou injustificadas, estamos perante um limite à autodeterminação sucessória. Isto é assim se o testador pretende de facto prejudicar determinadas pessoas graças às características que as diferenciam, mais do que beneficiar as outras¹⁴⁴. Deste modo, não basta estar em causa uma das características enumeradas no artigo 13.º, n.º 2 da CRP para se considerar imediatamente como sendo uma discriminação injustificada¹⁴⁵. Desde logo, a dignidade da pessoa humana que pode estar em causa e se manifesta através do princípio da igualdade não pode ser considerada automaticamente violada pelo facto desse princípio fundamental ser limitado por outro que merece igual proteção¹⁴⁶.

O problema surge se o fim ilícito não resulta claramente da disposição testamentária, isto é, se é o próprio julgador a fazer uma interpretação no sentido da discriminação. Tomamos como exemplo a hipótese em que um pai deixa os seus bens a alguns dos seus filhos, excluindo os filhos nascidos fora do casamento, sem, todavia, o referir expressamente. Num caso como este, adotamos a expressão utilizada por JOSÉ FERNANDO SIMÃO, Professor na Faculdade de Direito de São Paulo, que afirma que, na medida em que o magistrado se substitui ao testador, podemos falar de um “testamento magistral”¹⁴⁷. Se o autor da sucessão se limita a determinar os beneficiários do seu testamento, sem justificar as suas escolhas, o que não é obrigado a fazer, e é o juiz que entende que essa escolha foi feita com base em critérios discriminatórios, não podemos daqui concluir pela nulidade do testamento.

A este propósito, JOSÉ FERNANDO SIMÃO assinala alguns exemplos que provam que poderia sempre ser descortinado um fator discriminatório que punha em causa a disposição testamentária, e que, por conseguinte, seria atentatório da liberdade de testar¹⁴⁸. Por exemplo, se a quota disponível fosse atribuída a um amigo caucasiano e não a um amigo negro,

¹⁴³ Ibid., p. 286.

¹⁴⁴ Ibid., p. 284.

¹⁴⁵ ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *ob. cit.*, p. 258.

¹⁴⁶ NOVAIS, JORGE REIS – *A Dignidade da Pessoa Humana*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2015, p. 61.

¹⁴⁷ SIMÃO, JOSÉ FERNANDO – O Testamento Magistral: uma figura criada em Guaxupé (Parte 2); disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/processo-familiar-testamento-magistral-figura-criada-guaxupe-parte> (consultado em 4/03/2024).

¹⁴⁸ Ibid.

simplesmente porque o testador tinha uma relação mais próxima com o primeiro, o juiz podia daqui concluir que o testamento seria nulo por racismo. Ou se deixasse os seus bens a um amigo heterossexual e não ao amigo homossexual, a disposição seria nula por homofobia. De facto, são estas algumas hipóteses extremas através das quais compreendemos que não fará sentido o juiz tentar justificar a escolha do testador, quando não conhece as relações pessoais e afetivas deste, indo para além dos factos que lhe são apresentados.

A par deste argumento surge outro no sentido de que os tribunais não se devem imiscuir na esfera de autodeterminação dos particulares. Como vimos, se assim fosse permitido, o juiz poderia invocar a todo o momento, com uma ampla margem de liberdade, a violação de direitos fundamentais e princípios constitucionais em relação a atos em que vigora a autonomia privada de cada um. Aliás, DANIEL MORAIS defende que tal ingerência poderia pôr em causa o princípio da separação de poderes¹⁴⁹, assegurado constitucionalmente no artigo 111.º da CRP, no sentido em que o poder judicial ultrapassaria, em larga medida, as suas incumbências, porquanto atuava num campo de autonomia privada. Tal como afirmam JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS: “O controlo da igualdade deve ser um controlo meramente negativo, não sendo legítimo aos tribunais invocar o princípio da igualdade para orientar em concreto a opção por um ou outro critério valorativo”¹⁵⁰. Além disso, na medida em que não estabeleceu o legislador ordinário, quando o podia ter feito, normas sucessórias concretas relativamente às disposições testamentárias e à obrigação de cumprimento dos princípios constitucionais na escolha dos respetivos destinatários ou, por exemplo, quanto à obrigação de contemplar todos os filhos, não deve ser essa uma função dos tribunais.

Ademais, a intromissão na esfera de liberdade gera incerteza e insegurança jurídicas, já que isso iria viabilizar que as disposições testamentárias pudessem sempre ser contestadas pelo tribunal e o *de cuius* não saberia se o testamento que fez em vida iria ser efetivamente cumprido após a sua morte. Desde logo, como afirma DANIEL MORAIS, também o facto de os princípios se caracterizarem pelo seu carácter vago e indeterminado viabiliza uma sua aplicação por parte do poder judicial que pode ser muito diversa e imprevisível consoante as hipóteses em causa, deixando os sujeitos na incerteza quanto à sucessão que se discute ou irá discutir¹⁵¹.

Importa ter em conta, igualmente, que os interesses dos designados testamentários devem ser tidos em consideração, pois estes são titulares de uma expectativa de facto de virem

¹⁴⁹ MORAIS, DANIEL DE BETTENCOURT RODRIGUES SILVA, *ob. cit.*, p. 260.

¹⁵⁰ MIRANDA, JORGE e MEDEIROS, RUI, *ob. cit.*, p. 166.

¹⁵¹ MORAIS, DANIEL DE BETTENCOURT RODRIGUES SILVA, *ob. cit.*, p. 261.

a adquirir os bens em causa e, sendo o testamento invalidado, ficam sem nada. Na verdade, a alteração da disposição testamentária pelo tribunal pode destruir as suas perspectivas de virem a suceder deste modo.

Em contrapartida, quem defende a tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais, teoria segundo a qual os direitos fundamentais são aplicáveis de forma direta em relação aos particulares, vem afirmar, pelo contrário, que os tribunais devem poder agir, mesmo nas relações privadas, independentemente de regulamentação legal, quando dessas relações derive uma violação de um direito constitucionalmente protegido, que se impõe à vontade dos particulares nas suas convenções. Será este também um dever do poder judicial enquanto garante dos direitos fundamentais, devendo concretizar judicialmente os bens jurídicos protegidos pela Constituição¹⁵².

De acordo com esta tese, relativamente à aplicação do princípio da igualdade, este valeria, igualmente, nas relações entre privados sem que, no entanto, se prejudicasse de modo inaceitável a liberdade e a autonomia privada.¹⁵³ Todavia, o Estado seria considerado responsável por discriminações realizadas em atos privados, quando as devia ter evitado.

Não obstante a liberdade dos particulares de formularem as suas próprias concepções, há normas que visam assegurar a convivência pacífica dos membros da sociedade, a ordenação da vida social, e a liberdade de cada um deve respeitar estas exigências mínimas de justiça. O Estado, titular de um dever de proteção dos direitos fundamentais, fica encarregue de controlar certas atuações individuais de modo a permitir a coexistência dos interesses. Segundo esta perspectiva, a vinculação do poder público aos direitos fundamentais não se restringe ao cumprimento do dever geral de respeito, mas implica, igualmente, um dever de tutela dos direitos perante quaisquer ameaças que possam comprometer a sua efetividade, sejam elas ameaças advindas do poder estadual ou de sujeitos privados¹⁵⁴. Além disso, impendendo este dever sobre todos os órgãos estatais, na ausência de norma que regule o caso concreto, ou de cláusula típica do Direito Civil, está o poder judicial vinculado à salvaguarda dos direitos fundamentais nas relações interprivadas¹⁵⁵.

O princípio da igualdade e da não discriminação é concebido constitucionalmente como dirigido também às relações interprivadas, encarregando-se o Estado de o fazer aí respeitar¹⁵⁶.

¹⁵² CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 1292.

¹⁵³ ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *ob. cit.*, p. 236.

¹⁵⁴ MACCRORIE, BENEDITA, *ob. cit.*, pp. 28-29. SILVA, JORGE PEREIRA DA, *ob. cit.*, p. 99.

¹⁵⁵ NOVAIS, JORGE REIS – *Direitos...*, *ob. cit.*, pp. 73-74.

¹⁵⁶ PRATA, ANA, *ob. cit.*, p. 103.

Aliás, sendo esse princípio uma manifestação da dignidade da pessoa humana¹⁵⁷, fica o poder público obrigado à sua tutela e promoção, o que implica a proteção contra ameaças providas também de sujeitos privados¹⁵⁸. Como se sabe, “Afectar a dignidade da pessoa humana seria afectar um valor absoluto de Estado de Direito, pôr em causa o pilar em que assenta toda a ordem jurídico-constitucional, seria cair inapelavelmente numa inconstitucionalidade insanável e insuperável.”¹⁵⁹. Assim, não se pode pretender que os tribunais reconheçam e deem eficácia a atos dos particulares que sejam discriminatórios, desde logo quando essa discriminação é atentatória da dignidade da pessoa humana e da Constituição¹⁶⁰. Isto porque a tarefa dos tribunais é a procura de decisões mais justas, conformes à Constituição e aos seus princípios fundamentais.

Numa perspetiva mais moderada, a intervenção do poder público, mais concretamente, do poder judicial, deverá existir somente em circunstâncias excepcionais em que o testamento pode ser considerado gritante em relação aos princípios fundamentais do Estado de Direito. Ou seja, mesmo que pareça não haver uma justificação razoável e objetiva para as distinções elaboradas pelo *de cuius*, elas só serão consideradas ilícitas quando atentatórias da Constituição da República Portuguesa. Deste modo, a dignidade da pessoa humana é vista enquanto garantia mínima dos sujeitos privados, limitando a autonomia privada, quando se trate de discriminações que equivalem a ignorar a humanidade dos seres humanos¹⁶¹.

Todavia, parece também contraditório defender a dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento da liberdade geral de ação e da autonomia privada, no sentido em que se entende a dignidade dos homens livres enquanto fundamento da Constituição, e, por outro lado, utilizar-se essa dignidade enquanto limite da liberdade¹⁶². Entende JORGE PEREIRA DA SILVA que “a dignidade da pessoa humana não é mobilizada contra a vontade do seu próprio titular, para a desconsiderar, mas sim para garantir tanto quanto possível a sua autenticidade e para assegurar que ela é respeitada na íntegra.”¹⁶³.

¹⁵⁷ GARCIA, MARIA DA GLÓRIA – “Princípio da Igualdade: Fórmula Vazia ou Fórmula “Carregada” de Sentido?”, *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 61.

¹⁵⁸ NOVAIS, JORGE REIS – *A Dignidade...*, *ob. cit.*, pp. 17-18.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 22.

¹⁶⁰ PINTO, PAULO MOTA, *ob. cit.*, pp. 156-157. Paulo Mota Pinto defende que a discriminação atentatória da dignidade da pessoa humana será aquela em que o particular faz as suas distinções com base em características não modificáveis, como a raça, origem étnica, deficiência ou género, por exemplo, e não em relação àquelas que são características modificáveis, por exemplo, convicções políticas ou preferências estéticas. P. 167.

¹⁶¹ ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *ob. cit.*, p. 252.

¹⁶² SILVA, JORGE PEREIRA DA, *ob. cit.*, p. 461.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 465.

Além disso, noutra perspetiva, como observamos no artigo 2187.º do CC, na interpretação do testamento deve prevalecer a vontade do autor da sucessão e o juiz deve, em primeiro lugar, fazer cumprir essa vontade, por mais injusta que ela lhe pareça e ainda que contrária ao princípio da igualdade. Tal é consentâneo com o art 237.º do CC, no qual se afirma que, nos negócios gratuitos, deve vingar o sentido menos gravoso para o disponente. O testamento é um negócio de orientação subjetivista, devendo prevalecer a vontade e confiança do testador¹⁶⁴.

Apesar disto, é visível no caso *Pla & Puncernau v. Andorra*, supracitado, uma argumentação por parte do TEDH que vem defender uma interpretação atualista da disposição testamentária da autora da sucessão, na medida em que não se pode desconsiderar as alterações sociais e legais que ocorreram entre o momento da feitura do testamento e o momento da abertura da sucessão. No caso em apreciação, na eventualidade de ser necessário realizar uma interpretação da disposição (algo que o TEDH não considerou essencial para a decisão da causa), esta iria no sentido da tese dos demandantes, porquanto na altura da elaboração do testamento fazia-se ainda uma distinção entre filhos “legítimos” e “ilegítimos”, algo que, aquando da abertura da sucessão, já era estritamente proibido. Assim sendo, segundo o Tribunal, a interpretação deve ser o mais conforme possível à CEDH, que não reconhece discriminações atentatórias da dignidade da pessoa humana.

Na perspetiva inversa, DANIEL MORAIS sustenta a posição de que, neste caso apresentado perante o TEDH, a interpretação da disposição testamentária deveria ter em conta a vontade da testadora no momento da feitura do testamento, mesmo que tal se demonstrasse contrário aos direitos fundamentais garantidos pela CEDH no momento da abertura da sucessão¹⁶⁵.

De todo o modo, sendo certo que o testamento é um ato jurídico onde vigora a autonomia privada e onde deve prevalecer, no geral, a vontade do testador, não é tão evidente saber se esta deve vingar sempre em qualquer hipótese.

¹⁶⁴ A teoria subjetivista do negócio jurídico, que se contrapõe à teoria objetivista, é a teoria segundo a qual deve ser atribuído maior relevo à vontade dos declarantes e menos ao sentido da declaração tal como entendida pelo destinatário. Nesta tese, prevalece a autonomia privada em detrimento do princípio da confiança.

¹⁶⁵ MORAIS, DANIEL DE BETTENCOURT RODRIGUES SILVA, *ob. cit.*, p. 260.

3.5. Posicionamento perante a problemática em análise

De forma a finalizar, parece-nos pertinente indagar de que forma é que o nosso modelo sucessório pode influenciar as perspetivas em relação ao problema em análise. Tal como foi referido *supra*, é aceite, quase unanimemente, que vigora em Portugal um modelo misto, porquanto encontramos no Direito das Sucessões conexões tanto com o modelo individualista, como com o modelo familiar. Ora, parece poder-se concluir que, caso vigorasse um modelo individualista, a problemática seria resolvida com recurso à autonomia privada e, como tal, dentro dos limites impostos por lei, a vontade do *de cuius* seria imperativa. Por outro lado, na hipótese de vigorar um modelo familiar, a disposição dos bens deveria ter em conta, principalmente, as relações familiares, assumindo o princípio da igualdade uma maior relevância nesse contexto familiar. Assim, e num modelo que é misto, não sabemos qual das conexões, a propriedade privada ou a família, deve prevalecer, sendo certo que, à partida, a sucessão testamentária se pauta pela autonomia privada, estando as relações familiares asseguradas pela sucessão legal¹⁶⁶.

De igual modo, é possível analisar a eventual influência do Direito Romano e do Direito Germânico no Direito Civil português e, concretamente, no Direito das Sucessões, e como isso pode conduzir a uma maior ou menor prevalência do modelo individualista ou familiar e, por conseguinte, a uma maior ou menor autonomia privada neste âmbito. Tal como foi mencionado anteriormente, o Direito Romano, na sua origem, pauta-se pela atribuição de uma grande liberdade de testar aos particulares, desde logo porque não existiam herdeiros necessários¹⁶⁷. Em contrapartida, no Direito Germânico, a transmissão dos bens dava-se dentro do grupo familiar, isto é, assumia-se a propriedade como pertencente a toda a família, não dependendo essa transmissão de qualquer manifestação de vontade do autor da sucessão¹⁶⁸. Tratando-se de um sistema de tradição romano-germânica, o Direito Civil português engloba as características dos dois Direitos, conservando-se a ideia de um património que é assegurado ao agregado familiar (através da legítima), mas garantindo a liberdade testamentária.

Neste momento, parece ser de concluir que a sucessão legal se revela enquanto espécie predominante no que toca ao Direito Sucessório Português, no sentido em que fica reduzida a quota disponível quando existam herdeiros legitimários, para além do elenco de sucessíveis

¹⁶⁶ DIAS, CRISTINA M. ARAÚJO, *ob. cit.*, pp. 24-25.

¹⁶⁷ MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO; PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA; PINTO, PAULO MOTA, *ob. cit.*, pp. 169-170.

¹⁶⁸ *Ibid.*, pp. 168-169.

legais ser inteiramente rígido¹⁶⁹. Tal como afirma JORGE DUARTE PINHEIRO: “(...) num período em que se proclama a liberdade individual, depara-se com uma pesada sucessão injuntiva, como é a sucessão legitimária (cf. arts. 2156.º e s.); numa altura que se diz de pluralismo familiar, subsiste uma sucessão legal centrada na família conjugal (cf., p.e., arts. 2133.º, n.º 1, als. a) e b)); num momento em que se manifestam preocupações de justiça e equidade, verifica-se que as atribuições patrimoniais resultantes da sucessão legal e dos mecanismos de vocação indirectas não se orientam nem pelo mérito nem pelas necessidades concretas dos beneficiários (...)”¹⁷⁰. Assim, surge a questão de saber se, no futuro, fará sentido a autonomia privada assumir-se enquanto motor da sucessão *mortis causa*, isto é, passando-se a dar maior destaque à sucessão voluntária, particularmente à sucessão testamentária.

De facto, a lei portuguesa oferece, possivelmente, uma proteção legal demasiado extensa, havendo pouca margem de conformação dos interesses pessoais e da realidade afetiva de cada um. Todavia, o oposto, partindo do paradigma da liberdade de testar, sendo esta liberdade irrestrita, também nos parece excessivo, já que poderia conduzir a uma grande desproteção dos familiares. Deste modo, o mais correto parece ser uma solução que, assumindo uma tutela do núcleo familiar, aceita com grande amplitude a autodeterminação sucessória.

A nosso ver, o conflito existente entre a igualdade e a autonomia privada deve ser resolvido pelo poder judicial, através da consideração dos direitos, liberdades e garantias, e não pode ser solucionado de antemão pelo legislador, sem que isso viole o princípio da separação de poderes¹⁷¹. Ainda que gere, indubitavelmente, alguma insegurança jurídica, só as circunstâncias e particularidades do caso concreto ditarão qual direito deve prevalecer. Quando observamos as decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, concluímos que é dado ao tribunal uma grande margem de apreciação no sentido de alcançar um equilíbrio entre os direitos fundamentais¹⁷² tendo em conta as diversas variáveis, tais como, os direitos em causa, a gravidade e extensão da violação do direito, os objetivos subjacentes, entre outros¹⁷³. Designadamente através das cláusulas gerais oferecidas pelo Direito Privado, pode o poder judicial ponderar, consoante os casos, o grau da restrição da liberdade de uns em defesa da

¹⁶⁹ LÔBO, PAULO, *ob. cit.*, p. 43-44.

¹⁷⁰ PINHEIRO, JORGE DUARTE – *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 5ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2022, p. 31.

¹⁷¹ MACCRORIE, BENEDITA, *ob. cit.*, pp. 73-76.

¹⁷² CHEREDNYCHENKO, OLHA, *ob. cit.*, pp. 211-212.

¹⁷³ KAY, RICHARD S. – “The European Convention on Human Rights and the control of private law”, *European Human Rights Law Review*, 2005, p. 476.

liberdade e dignidade de outros¹⁷⁴. Tal inclui o recurso ao princípio da concordância prática, segundo o qual todos os bens constitucionalmente protegidos devem ser acomodados de forma a garantir a sua realização plena¹⁷⁵. Deste modo se alcançam, em princípio, decisões mais justas e adequadas à realidade.

Assim, é possível afirmar que, ainda que se aceite a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, o princípio da igualdade não se pode sobrepor, sempre e em qualquer circunstância, sem análise do caso concreto, à autonomia privada, caso em que esta perdia a sua utilidade. O princípio da igualdade e da não discriminação não constitui, por si só, um limite à autodeterminação sucessória, mas será, de facto, uma restrição caso o testador justifique a sua escolha com base em motivações atentatórias da dignidade da pessoa humana. Sendo certo que é o particular livre de formular e expressar as suas próprias opiniões, já não o poderá fazer livremente quando se tratem de discriminações que atentam contra o núcleo essencial dos direitos humanos. Tal é suportado, desde logo, pelos artigos 2186.º e 2230.º e seguintes do CC, *supra* referidos, que instituem a nulidade da disposição testamentária no caso em que esta tem como motivação principal a discriminação de terceiros não chamados.

Nestes casos, é a dignidade da pessoa humana invocada enquanto fundamento de restrição a um direito fundamental, a autonomia privada¹⁷⁶. Mais do que uma violação do princípio da igualdade, estaremos perante um atentado à dignidade da pessoa humana quando alguém é “(...) discriminada de forma estigmatizante, aviltante, tratada como *inferior* ou como intrinsecamente digna de menor consideração e respeito, e designadamente, quando esse tratamento se fundamenta simplesmente naquilo que a vítima é, no que *pensa* ou como *vive*.”¹⁷⁷.

¹⁷⁴ ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *ob. cit.*, p. 254.

¹⁷⁵ MACCRORIE, BENEDITA, *ob. cit.*, p. 99.

¹⁷⁶ NOVAIS, JORGE REIS – *A Dignidade...*, *ob. cit.*, pp. 98-99.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 134.

OBSERVAÇÕES CONCLUSIVAS

O intuito principal desta dissertação foi o de analisar a possibilidade de impor o respeito pelo princípio da igualdade a um particular no âmbito da disposição testamentária que o mesmo pretenda fazer, limitando-se, desse modo, a autodeterminação sucessória do testador.

Nesse sentido, procurou-se explicar o princípio da autonomia privada, dada a sua relevância quando falamos da liberdade testamentária. Em relação à proteção constitucional do princípio, estando conscientes da controvérsia em causa e sintetizando-a, parece-nos ser de maior importância o simples facto da autonomia privada estar tutelada na CRP enquanto princípio fundamental. Além disso, é significativo o facto deste princípio estar bastante presente em todo o Direito Civil e, concretamente, no Direito das Sucessões e na sucessão testamentária. Na verdade, concluímos que a sucessão testamentária assenta na autonomia privada, na medida em que o testador expressa a sua vontade individual e configura as suas relações, para depois da sua morte, de acordo com os seus interesses e desejos, através do testamento que é um negócio jurídico unilateral.

Como contraponto, procurámos analisar o princípio da igualdade e da não discriminação, princípio base da CRP e do Estado de Direito Democrático. Sendo este princípio essencial, importa compreender a sua relevância de modo a, mais tarde, percebermos se faz ou não sentido identificá-lo enquanto limite à autodeterminação sucessória.

Ainda neste âmbito, para além de entender a importância do princípio, foi necessário abordar a controvérsia acerca da eficácia mediata ou imediata dos direitos fundamentais. De modo a estabelecer um possível limite através do princípio da igualdade, é inevitável, antes de mais, concluirmos se é ou não admissível aplicar diretamente os direitos fundamentais nas relações entre particulares. Não adotando nenhuma das perspetivas em confronto, consideramos ser da maior pertinência a questão da compatibilização do princípio da igualdade com o princípio da autonomia privada e saber qual desses deve prevalecer.

Por fim, e tendo em consideração a jurisprudência analisada, procuramos expor as distintas posições em confronto no âmbito desta problemática. Por meio das considerações apresentadas, entendemos que não pode o legislador restringir categoricamente a liberdade testamentária quando o testamento se demonstrar como sendo violador do princípio da igualdade. A nosso ver, o conflito existente deverá ser resolvido, casuisticamente, pelo julgador, pois somente através da análise das circunstâncias do caso concreto é que se poderá concluir qual dos princípios deve prevalecer. Ora, não cremos que o princípio da igualdade se configure

como um limite imperioso, desde logo pela importância que é atribuída à autonomia privada e garantida ao *de cujus* no domínio da sucessão testamentária. Apesar disso, quando se tratam de discriminações atentatórias da dignidade da pessoa humana, intoleráveis perante a ordem jurídica, parece-nos ser impensável a sua aceitação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR RUIZ, LEONOR; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO – “Autonomia Privada, Familia y Herancia en el Siglo XXI. Cuestiones Actuales y Soluciones de Futuro”, *Revista Aranzi de Derecho Patrimonial*, n° 33, Espanha, 2014, pp. 107-125.

ALBUQUERQUE, MARTIM DE – *Da Igualdade: introdução à jurisprudência*, Coimbra, Almedina, 1993.

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE – *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Vol. I, Lisboa, Universidade Católica, 2019-2020.

AMAYUELAS, ESTHER ARROYO I; GARCIA, DAVID BONDIA – “¿Interpretación de Testamento Contraria a los Derechos Humanos? El caso «Pla & Puncernau vs. Andorra» (STEDH, 13 julio de 2004), *Derecho Privado y Constitución*, n°18, 2004, pp. 7-87.

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 2019.

BARBOSA, MAFALDA MIRANDA – *Lições de Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Gestlegal, 2021.

CANOTILHO, GOMES; MOREIRA, VITAL – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 3ª ed rev., Coimbra, Coimbra Editora, 1993.

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES – “Dignidade e Constitucionalização da Pessoa Humana”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. II, 2012, pp. 285-296.

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003.

CARVALHO, ORLANDO DE – *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2021.

CHEREDNYCHENKO, OLHA – “Towards the Control of the Private Acts by the European Court of Human Rights?”, *Maastricht journal of European and Comparative Law*, Vol. 13, No. 2, 2006, pp. 195-218.

CLAPHAM, ANDREW – *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, Clarendon Press, 1998.

COELHO, FRANCISCO PEREIRA – *Direito das Sucessões: lições ao curso de 1973-1974, atualizadas em face da legislação posterior*, Coimbra, 1992.

DIAS, CRISTINA M. ARAÚJO – *Lições de Direito das Sucessões*, 7ª ed. reimp., Coimbra, Almedina, 2021.

DIJK, PIETER VAN – *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Fourth edition, Antwerpen, Intersentia, 2006.

FARIA, JORGE RIBEIRO DE – *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2ª ed., com atualização de Miguel Pestana de Vasconcelos e Rute Teixeira Pedro, Coimbra, Almedina, 2020.

FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO – *Lições de Direito das Sucessões*, 4ª ed. rev. act., Lisboa, Quid Juris, 2012.

FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO – *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I e II, 5ª ed. rev. act., Lisboa, Universidade Católica, 2010.

GARCIA, MARIA DA GLÓRIA – “Princípio da Igualdade: Fórmula Vazia ou Fórmula “Carregada” de Sentido?”, *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 29-73.

GIMÉNEZ, GEMA DÍEZ-PICAZO – “Dos Recientes Sentencias del Tribunal Constitucional acerca del Derecho de Sucesiones”, *Estudios de derecho de sucesiones*, Madrid, La Ley, 2014, pp. 347-370.

GUIMARÃES, MARIA DE NAZARETH LOBATO – “Testamento e autonomia”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XVIII, Coimbra, 1971, pp. 1-109.

KAY, RICHARD S. – “The European Convention on Human Rights and the control of private law”, *European Human Rights Law Review*, 2005, pp. 466-479.

LÔBO, PAULO – “Saisine e Liberdade de Testar: a Experiência Brasileira”, *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n^o48, Rio de Janeiro, 2015, pp. 147-161.

MACCRORIE, BENEDITA – *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2005.

MIRANDA, JORGE e MEDEIROS, RUI – *Constituição Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2^a ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017.

MIRANDA, JORGE – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 6^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2015.

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO; PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA; PINTO, PAULO MOTA – *Teoria Geral do Direito Civil*, 5^a ed., Coimbra, Gestlegal, 2020.

MORAIS, DANIEL DE BETTENCOURT RODRIGUES SILVA – “A (irr)relevância do princípio da igualdade na autodeterminação sucessória”, *Atas das Jornadas Internacionais “Igualdade e Responsabilidade nas Relações Familiares”*, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2020, pp. 245-288.

NEVARES, ANA LUIZA MAIA – *A Função Promocional do Testamento – Tendências do Direito Sucessório*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

NOVAIS, JORGE REIS – *A Dignidade da Pessoa Humana*, Vol. I e II, Coimbra, Almedina, 2015.

NOVAIS, JORGE REIS – *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

OLIVEIRA, GUILHERME DE – “O Testamento – Apontamentos”, in *Temas de Direito da Família*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 119-197.

OVIEDO, MARGARITA HERRERO – “El testamento, la filiación adoptiva y la aplicación *inter privatos* de los Derechos Fundamentales”, *InDret*, 2012, pp. 3-36.

PEDRO, RUTE TEIXEIRA – “O princípio da proibição da discriminação dos filhos nascidos fora do casamento e o seu impacto no âmbito sucessório: comentário breve às decisões do TEDH sobre o caso *Fabris c. França*”, in *Antidiscriminação no TEDH: uma análise transdisciplinar das intervenções do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque*, coordenação por Soraya Nour, UCP Editora, 2024, pp. 39 a 64 (no prelo).

PEREIRA, MARGARIDA SILVA – “Proibição de discriminação em função do género”, *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Vol. II, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2019, pp. 1953-1972.

PINHEIRO, JORGE DUARTE – *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, 5ª ed., Coimbra, Gestlegal, 2022.

PINTO, PAULO MOTA – *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais - Estudos*, Coimbra, Gestlegal, 2018.

PRATA, ANA – *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Coimbra, Almedina, 1982.

ROSÉS, FERNANDO CAROL – “Reflexiones sobre la Libertad de Testar y la STEDH de 13 julio de 2004”, *Revista de Derecho UNED*, nº12, 2013, pp. 129-157.

SILVA, JORGE PEREIRA DA – *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015.

SIMÃO, JOSÉ FERNANDO – *O Testamento Magistral: uma figura criada em Guaxupé (Parte 1)*; disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-05/processo-familiar-testamento-magistral-figura-criada-guaxupe-parte>; *O Testamento Magistral: uma figura criada em Guaxupé (Parte 2)*; disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-12/processo-familiar-testamento-magistral-figura-criada-guaxupe-parte> (ambos os sítios da internet foram consultados a 16 de outubro de 2023).

SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE – *Lições de Direito das Sucessões*, Vol. I, 4ª ed. renovada, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

SOUSA, RABINDRANATH CAPELO DE – *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO – *Direito das Sucessões: Noções Fundamentais*, 6ª ed. rev. act., Lisboa, Coimbra Editora, 1991.

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO – *Sucessão Testamentária*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE; VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE – *Teoria Geral do Direito Civil*, 9ª ed., Coimbra, Almedina, 2019.

VARELA, ANTUNES; LIMA, PIRES DE – *Código Civil Anotado*, Vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 301 (anotação ao artigo 2186º).

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES – *Das Obrigações em geral*, Vol. I, 9ª ed., Coimbra, Almedina, 1996.

XAVIER, RITA LOBO – *Manual de Direito das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 2022.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS TEDH

Caso *Fabris v. France*, nº. 16574/08, de 7 de fevereiro de 2013, disponível na versão inglesa em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-105773%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-105773%22]}).

Caso *Pla & Puncernau v. Andorra*, nº. 69498/01, de 13 de julho de 2004, disponível na versão inglesa em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-61900%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61900%22]}).

