

ALGUNS PROBLEMAS SUSCITADOS NA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1766.º DO CÓDIGO CIVIL

Pelo Dr. MANUEL TARUJO DE ALMEIDA

1. — *Breve notícia histórica.* — Ao tratar da capacidade testamentária, o nosso Código Civil, depois de estabelecer no art. 1.763.º o princípio geral de que «não podem testar todos aqueles a quem a lei expressamente o não proíbe», começa logo por indicar, nos artigos seguintes, vários casos de incapacidade, uns gerais, como são os constantes dos vários números do art. 1.764.º, outros especiais, que são os referidos nos arts. 1.766.º e segs., até ao art. 1.775.º

Entre estas últimas, vamos encontrar, logo no art. 1.766.º, aquela que constitui o objecto deste nosso trabalho, a proibição para os casados em comunhão de bens de disporem determinadamente de certos bens do casal.

Na opinião de alguns autores (1) é esta proibição, de preferência a uma incapacidade, uma verdadeira *indisponibilidade de certos bens*, que são os bens comuns do casal, considerando errada aquela denominação, posto que, na prática, os efeitos que daí resultam sejam precisamente os mesmos.

Na sua antiga redacção, dizia o art. 1.766.º o seguinte: «Os casados, segundo o costume do reino, não podem dispor determinadamente de certos bens do casal, salvo se esses bens lhes tocarem em partilha, ou não tiverem entrado em comunhão».

(1) Dr. Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, vol. IX, pág. 654.

O preceito que neste artigo se continha era uma consequência lógica dos preceitos contidos nos arts. 1.117.º e 2.177.º, o primeiro referente ao domínio e posse dos bens comuns do casal, que considera como estando em ambos os cônjuges, o segundo referente à indisponibilidade pelo comproprietário de qualquer parte específica do objecto comum. Precisamente por isso é que se poderia considerar como desnecessário e, portanto, supérfluo, tal preceito, uma vez que ele derivava logicamente dos princípios gerais apontados.

Este artigo, pela grande importância prática da matéria que versa, tem dado origem a inúmeras discussões, tanto no campo da doutrina como no campo jurisprudencial, em busca do seu verdadeiro alcance.

Entre os variadíssimos problemas que se têm levantado, um há que a todos sobreleva, podendo-se dizer estar nele a verdadeira chave do problema geral.

Sabendo-se, de facto, se se deve considerar válido ou nulo, no seu valor, o legado de bens certos e determinados do património comum do casal, encontra-se tudo resolvido.

Entre os vários problemas discutidos outros havia de relativa importância.

Assim, discutia-se sobre o significado da expressão «salvo se esses bens lhes tocarem em partilha»; sobre o problema de saber se a proibição estabelecida no artigo se referia ao marido também e se se deveria entender como respeitando tanto aos mobiliários como aos imobiliários; se a nulidade era uma nulidade absoluta, e portanto insanável, ou uma nulidade relativa, e, neste caso, quem é que a poderia arguir e até quando, etc., etc.

A todos estes problemas se deram soluções desencontradas, opostas, rodeando-se a interpretação do artigo da mais aflitiva das incertezas.

Com o objectivo de pôr cobro a este estado de coisas é que o decreto n.º 19.126 veio dar nova redacção ao artigo, a qual ficou a ser a seguinte: «Os casados segundo o costume do país não podem, sob pena de nulidade, dispor determinadamente de certos bens do casal, salvo se esses lhes tocarem em partilha, ou não tiverem entrado em comunhão, ou se a disposição tiver sido

feita por um dos cônjuges em favor do outro, ou se o outro cônjuge manifestar por forma autêntica a sua aquiescência».

A nota oficiosa do Ministério da Justiça que acompanhou o decreto diz que a alteração é feita no sentido da jurisprudência doutrinai e dos tribunais.

Como veremos ao diante, foi praticamente inoperante a alteração introduzida, continuando a levantar-se as mesmas dúvidas e a divergirem as soluções preconizadas, tanto pela doutrina como pela jurisprudência dos nossos tribunais, não sendo tal facto de admirar, dada a maneira imprecisa por que essa alteração foi feita.

2. — *A qual partilha se refere o artigo.* — Dias Ferreira (1) e José Tavares (2) são de opinião que o artigo, com a expressão «se esses bens lhes tocarem em partilha», se refere à *partilha futura*, qualquer que seja a sua causa, querendo com isto entender o seguinte significado: «é nula a disposição especial de bens comuns que faça em testamento um dos cônjuges, se eles não tocarem, depois, à sua meação em partilha».

Para isso baseiam-se nos seguintes argumentos:

a) — se o artigo se quisesse referir a partilha anterior, não se trataria já de bens comuns, mas sim de bens próprios ou de bens alheios;

b) — a letra da lei claramente o indica ao usar a expressão «tocarem»;

c) — se se tratasse de bens próprios haveria ampla liberdade de disposição; se de bens alheios, então, a disposição a aplicar seria já a do art. 1.801.º

Neste mesmo sentido se pronuncia também Cunha Gonçalves (3).

Considera também como referindo-se à partilha futura, o dis-

(1) *Código Civil Português Anotado*, 1.ª ed., vol. IV, pág. 186.

(2) *Sucessões*, vol. 1, pág. 202.

(3) *Tratado*, vol. IX, pág. 682.

posto no artigo, o Dr. Silva e Sousa (1), mas quando ela não fosse causada por morte, e isto porque, segundo ele, «o Código, ao falar em bens que *tocarem* aos casados, afasta a ideia absurda de bens advindos a um morto. Tocar a alguém é sinónimo de *pertencer* a alguém; e, conseqüentemente, embora os bens legados venham a caber na meação oposta à do cônjuge sobrevivente, eles nunca vêm a tocar ou pertencer ao testador, visto o seu anterior decesso, pois o homem perde com a morte a sua personalidade, passando a ser juridicamente uma coisa». Mais adiante diz ainda que esta solução, além de estar de acordo com a doutrina do art. 1.802.º, tem a vantagem de se furtar aos inconvenientes a que conduz o aceitar-se a eficácia do legado, proveniente de partilhas por morte, considerando que a meação do casal só com a partilha se determina (2).

Esta solução, porém, não conseguiu vingar, sendo, hoje, unânime a opinião que apresentámos em primeiro lugar (3).

No acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 13 de Dezembro de 1889, sustentou-se, porém, a opinião de que se devia entender o artigo como referindo-se à *partilha anterior*, opinião que reputamos absolutamente injustificada em face da prevalência dos argumentos apresentados em contrário por aqueles dois autores citados em primeiro lugar.

3. — *Validade ou nulidade do legado.* — É este, como já dissemos, o grande problema para a interpretação do art. 1.766.º

Dias Ferreira (4), José Tavares (5) e o Dr. Cunha Gonçalves (6) entendem que o legado é sempre válido, atribuindo ao

(1) *Minutas e Promoções*, pág. 274.

(2) Esses inconvenientes, «embaraços insolúveis», como se diz, seriam os seguintes: 1.º — O caso das licitações; 2.º — O ficar na dependência do cônjuge sobrevivente, ou do possível conluio deste com os herdeiros, a inclusão do objecto do legado numa meação ou em outra, o que redundaria numa nulidade absoluta (art. 1.740.º).

(3) Vidé também o Acórdão da Relação de Coimbra de 1 de Abril de 1925, na *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 58.º, pág. 174.

(4) *Lugar e obra citada*.

(5) *Ob. cit.*, pág. 204.

(6) *Ob. cit.*, pág. 686.

legatário o direito de haver da herança o valor dos bens, baseando-se principalmente na analogia com os arts. 1.801.º e 1.804.º, na presumida vontade do testador que, ao deixar bens certos e determinados a alguém, teria a intenção de lhe deixar um valor equivalente, quando ele os não pudesse receber, em não dever ficar dependente do juiz da partilha a subsistência ou a insubsistência do legado, em não haver razão para reconhecer o legado quando a coisa venha a pertencer ao testador por qualquer título posterior ao testamento e não o reconhecer no caso de ser assinada em partilha, por sua morte, ao cônjuge sobrevivente, e ainda no facto de o art. 1.773.º não abranger na sua cominação o desrespeito do estatuído no art. 1.766.º e na proibição do art. 1.740.º, impedindo que se deixe a validade do legado dependente de conluio dos herdeiros para fazerem a partilha de modo que os bens legados não caibam na meação do testador.

Vários outros autores perfilharam também esta opinião, podendo-se citar, entre os mais representativos, o Prof. Manuel Rodrigues, na Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 58.º, pág. 67, em estudo que nela publica sobre «A compropriedade no direito civil português», o Dr. F. J. Medeiros, em «Sentenças», pág. 386, a Revista de Legislação e Jurisprudência, em variados lugares, nomeadamente nos seus anos 2.º, págs. 832 e 871, 5.º, pág. 554, 22.º, pág. 242, 31.º, pág. 103, 43.º, pág. 248, 60.º, pág. 305, etc., sendo, também, numerosos os acórdãos dos tribunais superiores proferidos neste sentido (1).

*

Opinião contrária, considerando nulo o legado sempre que os bens que o constituam não venham a ficar na meação do testador, defenderam já Dias Ferreira na 2.ª ed. do seu Código Civil Português Anotado (2) onde diz: «não ter, porém, o legatário direito ao respectivo valor se não ficarem na meação do testador os bens

(1) Acórdãos da Relação de Lisboa, de 23 de Junho de 1905 e de 10 de Fevereiro de 1906; Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de Julho de 1940, de 28 de Fevereiro de 1941, de 12 de Outubro de 1945, etc.

(2) Pág. 316.

comuns por este deixados, porque foram os bens, e não o valor que o testador lhe deixou; e na lei o que está é que não vale a deixa de bens comuns feita pelo casado senão tocando-lhe os bens em partilha», o Dr. Oliveira Guimarães (1), o Dr. Silva e Sousa (2), a Revista de Legislação e Jurisprudência (3) e os acórdãos da Relação do Porto, de 10 de Março de 1882 e de 19 de Abril de 1927, da Relação de Lisboa, de 19 de Julho de 1890, do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de Fevereiro de 1888 e de 13 de Dezembro de 1889, etc.

Os argumentos de que se servem para defender a posição tomada, são os seguintes :

a) — a intenção do testador foi apenas a de contemplar o legatário com os bens e não com o seu valor, o que, a verificar-se, exigiria da sua parte uma declaração mais completa ;

b) — se o legislador quisesse que o legatário ficasse com o direito de ser indemnizado pelo valor dos bens, tê-lo-ia, certamente, dito de maneira expressa ;

c) — a norma do art. 1.766.º é proibitiva e contém, para a hipótese da sua violação, a sanção da nulidade, o que, de resto, resultava já do art. 10.º e seu § único. Sendo assim, como não restam dúvidas, é absolutamente arbitrário restringir-se essa nulidade apenas quanto à substância da disposição, anulando-a no seu alcance prático, em completo desacordo com o art. 1.968.º ;

d) — é ainda em atenção ao princípio geral do respeito da vontade do testador, consignado no art. 1.761.º, que se não deve permitir a conversão da disposição de bens determinados em disposição do seu equivalente, que preceito algum da lei impõe, como aliás seria necessário.

4. — *A quem se refere a proibição.* — Discutiu-se, também, se a proibição seria tanto para o marido como para a mulher e,

(1) *Sentenças e crítica jurídica*, pág. 134.

(2) *Ob. cit.*, págs. 271 e segs.

(3) Ano 64.º, págs. 4 e 5.

relativamente àquele, se seria só dos bens imobiliários ou se seria também dos bens mobiliários, dado que ele pode dispor livremente destes últimos, por força dos arts. 1.118.º, 1.128.º e 1.148.º

A solução, porém, não parece oferecer dúvidas no sentido de que ela é tanto para o marido como para a mulher — a letra do artigo fala em «casados» e casados são ambos os cônjuges — e de que se refere tanto aos imobiliários como aos mobiliários, porquanto aquelas disposições respeitam unicamente à disposição em vida e o art. 1.766.º regula a disposição por morte (1).

5. — *As excepções à regra geral estabelecida no artigo.* — Depois de consignar a sanção da nulidade para as disposições feitas em contrário do que estabelece, cuidou a lei de excepcionar alguns casos, reconhecendo, então, validade à disposição.

Esses casos são os seguintes :

a) — se os bens tocarem em partilha ao cônjuge disponente; quer dizer, se os bens de que o testador dispôs determinadamente, por motivo de partilha operada depois da feitura do testamento, vierem a ser atribuídos à sua meação nos bens do casal;

b) — se os bens tiverem entrado em comunhão, quer dizer, se, afinal, se não tratar de bens comuns, mas simplesmente de bens próprios de qualquer dos cônjuges. Não se chega a perceber a razão desta ressalva porque, de duas uma, ou os bens são comuns e, portanto, entraram em comunhão, ou os bens são próprios e não há aqui que falar de bens comuns. Todavia, julgamos ter sido intenção do legislador procurar precisar desta forma, que aquela referência que se faz a bens do casal é só para bens comuns e não para os próprios de qualquer dos cônjuges, que sabemos poderem existir no regime de comunhão de bens. No, entanto, julgamo-la descabida;

c) — se a disposição tiver sido feita por um dos cônjuges em favor do outro, quer dizer, se o legatário fôr o

(1) Dias Ferreira, *Código Civil Anotado*, 2.ª ed., vol. III, pág. 314; José Tavares, *Sucessões*, vol. I, pág. 205; Cunha Gonçalves, *Tratado*, vol. IX, pág. 681.

outro titular dos bens comuns. Esta era, também, uma solução que, manifestamente, se impunha e que se pode considerar consequência lógica do espírito da lei;

d) — se o outro cônjuge manifestar por forma autêntica a sua aquiescência, quer dizer, se o outro cônjuge se conformar com essa disposição.

As duas primeiras excepções já se continham na primitiva redacção do artigo, tendo sido as duas últimas introduzidas pelo decreto n.º 19.126.

6. — *A nulidade que se estabelece no artigo é uma nulidade relativa.* — É este também um ponto que não parece oferecer campo para dúvidas, desde que se reconheça, como de facto se reconhece, que estamos em face de um preceito de interesse e ordem privada, estabelecido unicamente no interesse do cônjuge sobrevivente, o que claramente ressalta das excepções que lhe foram assinadas (1).

7. — *Quem pode arguir a nulidade do legado.* — Sabendo-se que o fim que a lei teve em vista, ao estabelecer a proibição do art. 1.766.º, foi o de salvaguardar os direitos de ambos os cônjuges nos bens comuns do casal, da mesma forma que, com o preceito do art. 2.177.º, teve em vista salvaguardar os interesses do comproprietário (2), fácil parece determinar-se quem pode alegar a nulidade do legado.

É característico do regime das nulidades relativas o poderem ser sanadas, ou por virtude do decurso de um certo prazo, ou porque os interessados, isto é, as pessoas em favor de quem elas são estabelecidas, as ratificaram.

(1) Dias Ferreira, vol. III, pág. 315; Dr. Silva e Sousa, pág. 268; *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 64.º, pág. 4; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de Janeiro de 1896.

(2) O Prof. Pires de Lima (*Lições de Direitos Reais*, 3.ª ed., págs. 20 e segs.), considera, seguindo na esteira de Ferrara, o património comum dos cônjuges como uma propriedade colectiva, em que, por assim dizer, existe um só direito que é possuído em conjunto pelos dois cônjuges, direito esse que é indivisível.

Pois bem, a situação aqui continua a ser a mesma, sanando-se a nulidade ou pelo decurso de um certo prazo, que se tem entendido ser aquele que decorre até à última resposta sobre a forma de partilha, ou por ratificação dos interessados, que só podem ser o outro cônjuge ou os seus herdeiros, que se poderá verificar tanto em vida do testador, e neste caso forçosamente por forma autêntica, como depois da sua morte, a maior parte das vezes por uma forma tácita que poderá consistir na maneira como se faz a descrição dos bens que o cabeça de casal tem de entregar na competente Secção de Finanças, ou na sua aquiescência à que seja apresentada quando esse encargo lhe não pertença.

Em conclusão, assentaremos, portanto, no seguinte: que o legado, em princípio válido, só poderá ser atacado na sua eficácia ou pelo outro cônjuge ou pelos seus legítimos representantes, na falta daquele, e isto até ao momento em que se faça a partilha (1), precisamente porque se considera este o limite do prazo facultado por lei.

8. — *O verdadeiro problema.* — Em face dos termos expressos do art. 1.766.º, quere-nos parecer que não se deverá pôr o problema talqualmente ele tem sido posto.

O verdadeiro problema a pôr-se será, antes, estoutro: já que o legado de certos e determinados bens do casal é nulo, e disso não podem restar quaisquer dúvidas, permitirá a lei a sua conversão em outro, válido, já porque de objecto diferente e não abrangido pela proibição do art. 1.766.º? Isto é, permitirá a lei que esse legado de bens certos e determinados se converta num legado de certa quantia, a equivalente ao valor daquele?

Conforme a posição que tomarmos relativamente a este problema é que poderemos dizer que o legado de bens certos e determinados do casal se deve ou não considerar válido em valor, nos casos em que o não possa ser em substância.

O princípio da conversão dos negócios jurídicos surgiu com

(1) Neste sentido: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 64.º pág 4; Acórdão da Relação do Porto, de 23 de Março de 1938; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de Fevereiro de 1939. Contra: Cunha Gonçalves, *Tratado*, vol. IX, pág. 685.

o Código Civil Alemão, que no seu § 140.º, claramente o formulava. Por ele, «se um negócio é nulo no sentido que as partes se haviam proposto, pode, no entanto, ser mantido como negócio distinto, isto é, como negócio de efeito e objecto diferente, se se verificam todos os requisitos deste, inclusivé os de forma. Mas não se exige que a intenção das partes se tenha dirigido também, de modo eventual, a este negócio diferente. Basta que se possa presumir que teria sido querido se se tivesse conhecido a nulidade. O supôr isto estará justificado, em geral, quando, pelo outro negócio, se atinja igualmente o fim económico do proposto em primeiro lugar, mesmo que seja só parcialmente ou de forma não tão perfeita» (1).

Tem-se entendido que a conversão dos negócios jurídicos, como princípio geral, não é admitida pelo nosso direito, onde falta precisamente uma disposição idêntica à do § 140.º do Código Civil Alemão (2), aceitando nós essa como a boa solução. Só naqueles casos em que a lei, por preceito expresso, a mande observar, como acontece por exemplo nos arts. 1.755.º, § único, 1.801.º e 1.869.º

Não existe, como dissemos, um princípio geral no nosso Código que consagre a conversão dos negócios jurídicos, nem existe, também, um preceito especial que ordene a conversão do legado nulo, de bens certos e determinados do casal, num legado válido do seu equivalente, podendo considerar-se artificiosos os meios de que a doutrina e a jurisprudência têm lançado mão para o justificar no caso de que estamos a tratar, encontrando uma analogia, que forçoso é reconhecer que não existe, entre as situações criadas pelo art. 1.766.º e aquelas a que dão origem os arts. 1.801.º e 1.804.º

O art. 1.801 faz depender a validação do legado de coisa alheia, do facto de o testador ignorar que a coisa lhe não pertencia, ordenando a conversão desse legado de coisa alheia em

(1) Enneccerus, *Tratado de Direito Civil*, parte geral, vol. II, pág. 361.

(2) Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16 de Janeiro de 1945; Dr. Silva e Sousa, *ob cit.*, pág. 271; Dr. Luís Pinto Coelho, *Da compropriedade no direito português*, vol. II, pág. 249.

legado do seu valor, quando o herdeiro a não possa adquirir. Isto, porém, em nada se assemelha com o caso de o testador dispor determinadamente de certos bens do casal sobre que ele tem e sabe ter, apenas, um direito que é único e indivisível juntamente com o seu consorte.

O art. 1.804.º, por sua vez, previne a hipótese de a coisa que constitui o legado não ser totalmente do testador, do herdeiro ou do legatário obrigados a entregá-la a outrem, ordenando, no caso de ele estar convencido do contrário, a eficácia do legado no seu todo ou a sua conversão em legado de valor, nessa parte, do mesmo modo que estabelece para o legado de coisa alheia. Isto, também, nada tem que ver com a hipótese em causa, visto regular para casos em que existe um direito a uma parte determinada de certo objecto.

Em reforço disto que se acaba de dizer podemos ainda argumentar com um argumento sistemático: o art. 1.766.º encontra-se incluído na secção II, do capítulo II, do título respeitante às *Sucessões*; enquanto os arts. 1.801.º e 1.804.º estão situados na secção IV, do mesmo capítulo e título, cujos assuntos são muito diferentes. Enquanto na secção II se trata da capacidade testamentária, na secção IV trata-se da instituição de herdeiros e da nomeação de legatários e dos seus direitos e obrigações.

Aliás, o fundamento do art. 1.766.º é muitíssimo diferente dos dos arts. 1.801.º e 1.804.º Pelo primeiro teve-se em vista manter o princípio geral do art. 2.177.º, garantindo-se o direito do outro cônjuge aos bens comuns do casal; pelos segundos, cuidou-se de manter o princípio geral do art. 1.761.º, dando-se integral satisfação à presumida vontade do testador. Daí o choque das soluções, antagónicas muitas vezes, porque tomadas em ordem a princípios diferentes, que, de algum modo, são também antagónicos. Mas, como já vimos, também, esse antagonismo, a maior parte das vezes, é apenas imaginário, porque, numa cuidada análise à vontade do testador, descobrimos quase sempre que a vontade por ele manifestada equivale à sua intenção, pretendendo legar os bens e não o seu equivalente.

Verdadeira oposição existe, no entanto, entre o preceito do art. 1.766.º e o do art. 1.740.º, esta bem mais grave do que qualquer outra, porque se deixa a instituição do legatário depender

do arbítrio de outrém, o cônjuge sobrevivente ou este conluiado com os herdeiros (1).

De tudo isto apenas podemos concluir que, talvez, a solução do art. 1.766.º não seja a melhor, mas o que é inegável é que a ela nos teremos de sujeitar porque é a solução da lei.

Manuel Tarujo de Almeida

(1) *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 64.º, pág. 5.