

## A REFORMA DE 1977 E A POSIÇÃO SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE SOBREVIVO (\*)

*Pelo Dr. Joaquim Fernando Nogueira*

### I. FUNDAMENTOS DO DIREITO DAS SUCESSÕES

Achamos útil, para uma boa compreensão das recentes alterações em matéria da posição sucessória do cônjuge sobrevivido, adiantar algumas considerações sobre os fundamentos do direito das sucessões em geral e sobre os fundamentos da sucessão legítima em particular.

Quanto ao primeiro aspecto, isto é, quanto ao fundamento do direito das sucessões, podemos dizer que ele assenta em duas ideias que se interligam entre si.

A primeira é a de que, sendo reconhecida a propriedade individual por todos os sistemas legislativos modernos, embora, como é sabido, com uma amplitude muito variável conforme a ideologia política que os informa, o instituto sucessório aparece como absolutamente indispensável (1). Mesmo na União Soviética, onde no período revolucionário foi abolido o direito das sucessões (pelo Dec.-Lei de 27 de Abril de 1918) quer na sua forma legal quer na testamentária, ele veio a ser restabelecido

---

(\*) Conferência proferida no Instituto da Conferência do Conselho Distrital de Coimbra, em 15 de Novembro de 1979.

(1) Neste sentido, I. Galvão Telles, *Direito das Sucessões — Noções Fundamentais*, 1978, pp. 227 e ss.

(pelo Código Civil da R.S.F.S.R. de 1922), embora em novos moldes e com um limite quantitativo dos bens transmissíveis, limite este que, aliás, veio a ser suprimido por um Decreto de 29 de Janeiro de 1926 (2).

Reconhecida que seja a propriedade privada ou pessoal (3), o direito das sucessões — e é esta a segunda ideia — aparecer-nos-á como uma necessidade psicológica dos homens (dos detentores da propriedade), ou melhor, como a expressão da vontade colectiva, que aponta no sentido de que os bens que pertenceram em vida a qualquer cidadão não revertam a favor do Estado. Como diz J. Renauld (4), «o homem tem tendência para projectar o seu presente no futuro». E o seu futuro é perpetuado pelos seus continuadores biológicos e não, por certo, pelo Estado.

Objectar-se-á que o direito de propriedade individual, se hoje é unanimemente reconhecido, não é contudo entendido como um direito absoluto, um direito de *plena potestas*. À propriedade é hoje atribuída uma função social e, nessa medida, não seria ilógico que, por morte do seu titular, ela revertesse para o Estado.

Simplemente, é ainda expressão da vontade colectiva, a que já aludimos, que a função social da propriedade não seja realizada através da sua devolução sistemática ao Estado, em caso de morte do seu detentor. Existe outro modelo de organização social que constitui o agrupamento mais relevante de todo o tecido social e que merece em princípio a preferência

---

(2) Cf. Walter Meder, *Das Sowjetrecht*, 1971, p. 89, e Paul Ossipovv, «Le Droit Successoral Soviétique» in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1949, pp. 249 e ss.

(3) Nos países socialistas, como é sabido, não é reconhecido o direito à propriedade privada. Contudo, há bens que são susceptíveis de apropriação individual, desde que não sejam utilizados para obter proventos que não resultem do trabalho do proprietário e cujo destino seja a satisfação das necessidades materiais e culturais dos cidadãos. Trata-se da chamada *propriedade pessoal*. Cf., Orlando de Carvalho, *Direito Civil (Direito das coisas)*, pp. 53 e ss.

(4) *Le Statut civil du conjoint survivant*, Bruxelles, 1970, p. 506.

sentimental da generalidade dos indivíduos. Trata-se da família, a célula social básica e aquela em que qualquer indivíduo primeiramente se integra.

Por isso, propriedade e família são as duas realidades socio-jurídicas mais ligadas ao fenómeno sucessório. Qualquer sistema legislativo ao regulamentar o direito das sucessões tem sempre em conta estas duas variáveis. E é a partir da análise de uma e outra que melhor podemos compreender a evolução de toda a legislação sucessória.

## 2. FUNDAMENTOS DA SUCESSÃO LEGÍTIMA

Dito isto, estamos já habilitados a indagar quais os fundamentos da sucessão legítima.

Tradicionalmente, a sucessão legítima era entendida como a forma supletiva de traduzir a vontade do *de cuius*. Isto é, caso o autor da sucessão falecesse sem deixar indicações sobre o destino dos seus bens, a lei oferecia um critério de distribuição que assentava na *vontade presumida do de cuius*. E, nesta conformidade, as diversas legislações estabeleciam uma hierarquia de sucessores legítimos que procurava ser a reprodução exacta da ordem natural dos afectos do *de cuius*, obedecendo em regra à máxima latina *amor prius descendit postea ascendit* (5).

Esta explicação era muitas vezes complementada por outras como, por exemplo, pelas ideias da tutela da família, da compropriedade familiar, do dever ético do *de cuius* de prover *post-mortem* ao sustento dos seus familiares. Porém, em última análise, os fundamentos da sucessão legítima residiam na conjugação de todos estes aspectos que giravam à volta do princípio de que os bens do falecido deveriam manter-se dentro da família, com preferência pelos *parentes* mais próximos do *de cuius*, pois tal seria a sua vontade presumida.

Isto tinha como consequência que, sendo a família enten-

---

(5) V. a este propósito, Pereira Coelho, *Direito das Sucessões*, Parte II, 1974, p. 188.

dida como *comunidade de sangue*, ao cônjuge era reservada uma posição extremamente secundária na hierarquia dos sucessíveis dado que este não tinha a qualidade de *parente*.

## 2.1. A SUCESSÃO LEGÍTIMA NAS LEGISLAÇÕES MODERNAS

Esta construção jurídica foi, porém, de há muito ultrapassada. Assim, por exemplo, entre nós já não obteve consagração mesmo na redacção primitiva do Código Civil de 1967.

Na verdade, a ordem dos sucessíveis legítimos estabelecida no art. 2133.º do Código Civil não assentava, nem assenta hoje, no respeito pela *vontade presumida do de cujus*. Para tanto, basta verificar que a ordem dos sucessíveis indicada no art. 2133.º não era passível de alteração mesmo que se mostrasse que a vontade do *de cujus* era muito outra (6).

Neste contexto, pode considerar-se como ultrapassada a teoria que vê na sucessão legítima uma sucessão testamentária tácita ou a expressão da *vontade presumida do de cujus*. O legislador não se limita hoje a indagar qual a vontade presumida do *de cujus*: substitui a sua vontade ao testador, impondo os fins por si tidos em vista. E, se de algum modo se pode dizer que o legislador ao regular a sucessão legítima, não ignora a vontade hipotética do *de cujus*, será no sentido de que procura encontrar essa vontade considerando-a em abstracto e não em concreto. Ou seja, o legislador procura reconstituir a vontade de um *testador perfeito e justo*.

Uma vez aceites as ideias de que a propriedade tem uma função social e de que os homens têm tendência para projectar o seu presente no futuro, os legisladores modernos fazem reverter para a família, enquanto grupo social que merece o afecto preferencial do *testador perfeito*, os bens por este deixados *ab intestato*. Quanto à gradação dos membros da família para efeito da ordem de chamada à sucessão, o legislador lança tam-

---

(6) Cf. Pereira Coelho, *ob. cit.*, p. 188.

bém mão de critérios que reputa, em abstracto, como os mais justos.

Para tanto, o legislador atende à *evolução psico-sociológica* que se vai verificando no seio familiar, nomeadamente no que respeita às *concepções sociais dominantes* sobre a família, à *ordem natural dos afectos entre os familiares*, aos *laços de solidariedade* mais ou menos estreitos que vigoram entre os diversos elementos da família.

O legislador toma ainda em consideração a evolução económica sentida no *tipo de património individual* mais generalizado, assim como não é indiferente a outros aspectos socio-jurídicos como o afastamento progressivo dos regimes de comunhão como regimes matrimoniais supletivos e o movimento de emancipação da mulher.

Vamos, por isso, passar a uma breve análise destas *realidades*.

## 2.2. A EVOLUÇÃO SOCIOLÓGICA DA FAMÍLIA

Quanto à primeira, ou seja, a concepção familiar modernamente dominante muito haveria a dizer. Limitar-nos-emos, porém, a um breve apanhado do que alguns sociólogos e juristas escreveram já sobre o tema (7).

A *família tradicional* ou *grande família* era caracterizada por

---

(7) Andrée Michel, *Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines*, in *Archives de philosophie du droit*, tomo 20 (1975), pp. 127 e ss.; Doris Jonas Freed e Henry Forster Jr., *Divorce a l'américaine*, in *Le mariage dans la société française*, pp. 191-196; Guilherme Oliveira, *Sobre a verdade e a ficção no direito da família*, in *Boletim da Faculdade de Direito* 1975, pp. 271-283; John Wilson, *Vers une nouvelle définition des rôles masculins et féminins*, in André Michel, *La sociologie de la famille*, Paris, Mouton, 1971, pp. 241-246; Louis Roussel, *Mariage et Famille, Famille et Société*, in *Le mariage dans la société française*, pp. 341 e ss.; Paul-Henry e Marie José, Chombart de Lauwe, in *A evolução contemporânea da Família: estruturas, funções, necessidades*, in *Análise Social*, 1965, pp. 475-500; Pereira Coelho, in *Direito da Família*, 1978, pp. 43-47.

uma distribuição de papéis rigidamente fixados em função do sexo e da idade.

Isto é, as atribuições ou tarefas que cabiam a todo o agregado familiar eram distribuídas, não em função das qualidades e aptidões pessoais de cada um dos seus membros, mas antes de acordo com um esquema estereotipado que destinava ao pai, *chefe de família*, a tarefa de sustentar o lar e garantir a autoridade familiar (o homem como *breadwinner* e *chefe*) e à mãe (a mulher como *fada do lar*) o desempenho das lides domésticas e a educação dos filhos. Quanto a estes, cabia-lhes o dever de respeito e obediência e a execução de tarefas menores.

Este sistema, no dizer de Andrée Michel (8), era informado por uma filosofia implícita que conduzia à despersonalização dos diversos membros da família acompanhada da sobrevalorização do valor *instituição*.

Na verdade, à família cabia o exercício de numerosas funções de que a sociedade não podia encarregar-se. Nomeadamente, a família servia de suporte patrimonial para a subsistência dos seus membros não activos, de escola, de hospital, de oficina, de sistema de segurança social em caso de doença, incapacidade por invalidez ou velhice. Nesta medida compreende-se que fosse super-valorado o fenómeno instituição em prejuízo da individualidade de cada um dos seus elementos.

Todavia, houve profundas modificações socio-económicas que alteraram substancialmente este estado de coisas.

De entre todas cumpre destacar: a revolução industrial; o papel mais intervencionista do Estado; e a nova posição social da mulher.

### 2.2.1. A REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

Começando pela revolução industrial pode afirmar-se que a sua eclosão influenciou decisivamente a organização e natureza

---

(8) Cfr. *ob. cit.*, pp. 127 e ss.

do quadro familiar. Compreende-se que acontecimentos como a fuga das populações do meio rural para os centros urbano-industriais (com o conseqüente abandono das pequenas propriedades rústicas), o aparecimento do trabalho assalariado, a dispersão dos agregados familiares por pequenas células pluri-localizadas nos meios urbanos, tivessem provocado grandes alterações na constituição e *modus-vivendi* dos diversos núcleos familiares tradicionais.

Neste contexto, a subsistência patrimonial dos diversos elementos da família passou a depender, não tanto da conservação dos pequenos patrimónios imobiliários, como do preço a que era paga a força do trabalho dos seus membros. Numa sociedade em que se desenvolveu a especialização e a divisão social de funções de produção, a família deixou de desempenhar o papel de veículos de transmissão das técnicas de fabrico.

### 2.2.2. O PAPEL MAIS INTERVENCIONISTA DO ESTADO

Esta desfuncionalização da família<sup>(9)</sup> foi agravada pela maior intervenção do Estado cujo aparelho administrativo foi pouco a pouco alargando a sua zona de influência a sectores essenciais da vida dos cidadãos, procurando dar satisfação às necessidades culturais e de assistência social da comunidade. Assim, o Estado passou a garantir subsídios de doença, a atribuir reformas, a oferecer cuidados médicos aos cidadãos trabalhadores e serviços de educação oficial aos seus filhos. Por outras palavras, o Estado também contribuiu para que a família perdesse as funções sociais e económicas que até então lhe eram peculiares.

---

(9) Sobre este tema v. Pereira Coelho, *Lições de Direito da Família*, 1978, pp. 43 e ss.

### 2.2.3. A NOVA POSIÇÃO SOCIAL DA MULHER

Se acrescentarmos a isto que a indústria crescente, cada vez mais carecida de mão de obra barata, lançou mão do trabalho feminino o qual libertou a mulher da sua dependência económica face ao marido e deu origem ao movimento emancipador da mulher, teremos encontrado as razões que determinaram o colapso da tradicional estrutura familiar e a sua substituição por um novo modelo.

### 2.2.4. O MODELO FAMILIAR MODERNO

Assim, na família moderna, o valor *instituição* foi relegado para segundo plano, cedendo o seu lugar à consideração primordial da individualidade própria de cada um dos membros da família.

A confirmá-lo, está o facto de a rígida distribuição dos papéis que caracterizava a *família tradicional* ter desaparecido. Hoje em dia os papéis profissional, doméstico e educativo são, as mais das vezes, exercidos em conjunto por marido e mulher.

Por outro lado, a já referida perda de funções, de cariz económico e social, da *família tradicional* trouxe ao de cima aquela que poderemos qualificar como a função natural da família que é a da *gratificação afectiva* dos seus membros.

Aos grandes agregados familiares sucederam as *famílias celulares* ou *famílias nucleares* que são constituídas, em regra, apenas pelo marido, mulher e filhos. E os homens e as mulheres quando constituem família fazem-no já não para garantir a sua estabilidade económica, mas, muito pelo contrário, para conquistarem a estabilidade sentimental e psíquica, que é condição essencial para uma completa realização pessoal. Está, pois, a família moderna ao serviço de um nobre valor que é o de prosseguir o *equilíbrio afectivo* dos seus membros.

Explica-se assim que a velha ideia de que a sucessão legítima visa assegurar que os bens deixados pelo *de cujus* permaneçam no seio da *família consanguínea* deixasse em grande parte de ter razão de ser.

### 2.3. O NOVO TIPO DE PATRIMÓNIO INDIVIDUAL

Aliás, ao facto histórico do aparecimento da *família moderna* ou *família celular* veio juntar-se um outro que aponta no mesmo sentido da caducidade da ideia atrás enunciada. Trata-se da natureza dos *patrimónios típicos*. É que, com a evolução da *grande família* para a *pequena família*, verificou-se simultaneamente uma pulverização dos grandes patrimónios imobiliários e, hoje em dia, a regra é a do meio termo. Isto é, constata-se o predomínio de *patrimónios médios* e normalmente de natureza mobiliária, que podemos designar por *patrimónios domésticos* e cujas principais características serão: ausência de bens de produção; aumento dos bens de subsistência; generalização de bens domésticos (em especial bens de consumo duradouro) (10).

A maior parte das heranças é, pois, constituída por bens que não conferem poder económico aos seus detentores e que não requerem a manutenção da sua indivisibilidade para que se prossiga o seu fim económico próprio. Também não exigem uma gestão especializada nem tão pouco os cuidados, porventura mais dinâmicos, dos herdeiros mais novos.

### 2.4. A TENDÊNCIA ACTUAL PARA OS REGIMES DE SEPARAÇÃO DE BENS

Por último é igualmente compreensível que à cada vez mais acentuada tendência para os regimes matrimoniais de separação durante a vigência da sociedade conjugal corresponda um alargamento do âmbito dos direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente com vista a uma melhor protecção deste.

---

(10) Cf. J. Renauld, *ob. cit.*, pp. 533 e 534.

### 3. CARACTERÍSTICAS DE ALGUMAS DAS MAIS RECENTES REFORMAS LEGISLATIVAS EM RELAÇÃO À POSIÇÃO SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE SOBREVIVO

Por tudo quanto ficou dito até agora não causará perplexidade que algumas das mais recentes reformas legislativas tenham alterado profundamente a posição sucessória do cônjuge sobrevivivo.

Com efeito, este movimento legislativo caracteriza-se por um lado por uma nítida tendência para, na sucessão legítima, colocar o cônjuge em pleno pé de igualdade com os descendentes do *de cuius*, até agora preferencialmente tratados.

Por outro lado, pode dizer-se que uma outra orientação dominante desse movimento é a atribuição ao cônjuge sobrevivivo da qualidade de herdeiro legítimo.

Àcerca destas duas características há, contudo, alguns pontos em que subsistem dúvidas e hesitações.

#### 3.1. QUESTÕES AINDA EM ABERTO

Está neste caso, por exemplo, a querela que se trava à volta da segunda orientação referida. Na verdade, discute-se hoje se a atribuição de uma legítima em propriedade ao cônjuge sobrevivivo será a técnica jurídica preferível para dar execução à ideia de que é justo que o cônjuge tenha a sua subsistência e sustento garantidos pela herança ou se, pelo contrário, o melhor meio a utilizar não será antes a atribuição de um crédito sucessório de alimentos, suficientemente garantido.

Para os seguidores da doutrina que considera que o cônjuge deve suceder numa quota em propriedade como herdeiro legítimo, a ideia fundamental reside no facto de a família moderna ser uma família nuclear em que não há que distinguir entre parentes de sangue e cônjuge. Assim sendo, o cônjuge deve ser tratado de forma equivalente à dos descendentes do casal.

Já os defensores da tese da atribuição de um direito de alimentos <sup>(11)</sup> argumentam que a posição sucessória do cônjuge sobrevivido deve ter por base a ideia de que é justo que este seja sustentado pela herança, e isto porque os deveres de auxílio e assistência devem produzir efeitos mesmo *post-mortem* tendo em vista a *afeição* nascida entre os cônjuges durante a vida em comum, a *colaboração* que reciprocamente entre eles se estabeleceu durante a vigência da sociedade conjugal e, enfim, os *laços de solidariedade* que também entre eles se formaram.

Nesta medida, e sendo estes os motivos que porventura justificam a concessão ao cônjuge de uma posição sucessória condigna, fica claro que a alternativa da atribuição de uma quota legitimária em propriedade pode ultrapassar ou ficar aquém dos objetivos tidos em vista.

Pode ultrapassá-los se, por exemplo, o cônjuge sobrevivido tiver bens de fortuna pessoal que sobejem para o seu sustento e para a manutenção do seu habitual nível de vida. Pode revelar-se insuficiente, caso a quota em propriedade que lhe couber se mostre escassa para que se atinja esse mesmo escopo.

Como quer que seja, é inquestionável que o estado actual das legislações mostra uma preferência acentuada pela primeira tese, ou seja, a de considerar o cônjuge sobrevivido como um herdeiro legitimário com direitos iguais aos dos outros herdeiros legitimários.

O outro ponto que levanta controvérsia é a velha questão da forma como a quota hereditária do cônjuge se deve concretizar: atribuição de um direito de usufruto ou de um direito de propriedade?

Os argumentos de um e outro lado são por demais conhecidos, por isso não os tratamos desenvolvidamente, limitando-nos tão só a ensaiar uma breve síntese de todos eles <sup>(12)</sup>.

Os que defendem a atribuição de um direito de usufruto mostram-se normalmente sensíveis às seguintes considerações: o direito de usufruto é o que melhor se adapta a uma situação

---

(11) Cf. J. Renauld, *ob. cit.*, p. 545.

(12) Cf. J. Renauld, *ob. cit.*

temporária, ou seja, o período de vida que o cônjuge sobrevivo ainda dispõe; por outro lado, a concessão do direito de usufruto é a que melhor se coaduna com a velha ideia de que os bens devem manter-se no seio da família consanguínea.

Por sua vez, os apologistas da atribuição de um direito de propriedade esgrimmem, em regra, os seguintes argumentos: a manutenção dos bens de raiz na família consanguínea é uma ideia ultrapassada; o direito do usufruto é social e moralmente inconveniente (e isto porque os titulares da raiz verão no usufrutuário um obstáculo ao pleno gozo dos bens de que são proprietários); o direito de usufruto é também economicamente inconveniente (faz diminuir o valor dos bens, especialmente dos imóveis); o direito de usufruto provoca ainda uma acentuada inércia no que respeita a melhoramentos dos bens, pois quer o detentor da raiz quer o usufrutuário não estarão dispostos a executá-los; por fim, o direito de usufruto pode ser fonte de conflitos entre o usufrutuário e os herdeiros detentores da raiz, o que em si é um mal para a família.

### 3.2. BREVE REFERÊNCIA À POSIÇÃO SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE SOBREVIVO EM DIREITO COMPARADO

Fazendo agora uma pequena incursão no direito comparado podemos concluir que existe hoje, como já referimos, uma assinalável tendência para dignificar a posição sucessória do cônjuge sobrevivo, quer através da concessão da qualidade de herdeiro legitimário, quer através da sua colocação na primeira classe dos sucessíveis legítimos ou em tal posição que, qualquer que seja o grau de parentesco que ligue os restantes co-herdeiros legítimos ao *de cuius*, o cônjuge não seja afastado da sucessão.

Assim, nos países do bloco socialista o cônjuge sobrevivo concorre à sucessão legítima em condições de plena igualdade com os descendentes do *de cuius* como o comprovam o art. 432.º do Código Civil da R.S.F.S.R., o art. 473.º do Código Civil da Checoslováquia, o art. 931.º do Código Civil Polaco e o art. 10.º

da Lei Jugoslava das Sucessões, para só citar alguns exemplos (13). Além disso, em qualquer dos países mencionados o cônjuge é havido como herdeiro legitimário (14).

Porém, não é apenas nos países socialistas que esta evolução se verificou. Exemplos dela encontrámo-los bem mais perto de nós, em países cujos ordenamentos jurídicos têm influenciado desde sempre o direito civil português.

Começando pelo direito *italiano*, podemos verificar que a partir da Lei de 19 de Maio de 1975 o regime sucessório do cônjuge sobrevivivo sofreu profundíssimas alterações no sentido atrás apontado.

Assim, na sucessão legítima o cônjuge ocupa a primeira classe dos sucessíveis ao lado dos filhos do *de cujus*, recebendo 1/2 da herança se houver um só filho e 1/3 se houver mais de um (art. 581.º do Código Civil Italiano). Se o *de cujus* não deixar filhos mas deixar ascendentes ou irmãos o cônjuge tem direito a 2/3 da herança. Se não houver filhos, ascendentes ou irmãos o cônjuge recebe toda a herança (art. 583.º do Código Civil Italiano). Por fim o art. 536.º do mesmo Código atribui ao cônjuge a qualidade de herdeiro legitimário.

Quanto ao direito alemão a posição sucessória do cônjuge sobrevivivo depois de 1 de Julho de 1970, data da entrada em vigor da Lei sobre o estatuto dos filhos naturais de 19 de Agosto de 1969, é determinada pelo disposto no art. 1931.º do Código Civil Alemão cujo regime consagra as soluções que se seguem:

O cônjuge sobrevivivo, quando em concurso com os descendentes do *de cujus*, é chamado a suceder em um quarto da herança, salvo se o regime de bens que vigorava entre os cônjuges era o de separação e o de *cujus* tiver deixado apenas um ou

---

(13) Quanto a este princípio a única excepção de que temos conhecimento, no que aos países socialistas respeita, é-nos dada pela Hungria cujo regime jurídico sucessório prevê a atribuição ao cônjuge do simples direito de usufruto caso o *de cujus* tenha deixado descendentes.

(14) Sobre o regime sucessório dos países socialistas ver, por todos, Blagojevic Borislav T., *Alguns princípios fundamentais del derecho sucesoral en los países socialistas*, in «Libro-Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendonza», Caracas, 1970, Vol. I, pp. 219 e ss.

dois filhos, pois nesse caso o cônjuge receberá o mesmo que estes. Por outro lado, se o cônjuge *concorrer* com os pais, irmãos ou avós do *de cuius*, o seu direito de sucessão será então de metade da herança.

Porém, se o cônjuge *concorrer* apenas com os avós do *de cuius* e se um ou mais de entre estes estão representados pelos seus descendentes a parte que lhes caberia por virtude do direito de representação acrescerá à metade a que o cônjuge tem direito.

Se não existirem descendentes, pais, irmãos ou avós do *de cuius*, o cônjuge sobrevivivo será chamado a toda a herança.

Por último diga-se ainda que o cônjuge é herdeiro legítimo nos termos do art. 2303.º do Código Civil Alemão.

Por sua vez no direito *sulço* o cônjuge sobrevivivo em caso de concurso com os descendentes do *de cuius* pode optar pelo usufruto de metade da herança ou pela propriedade de um quarto. Se *concorrer* com os pais ou irmãos do *de cuius* tem direito a um quarto, em propriedade, dos bens da herança e ainda ao usufruto dos três quartos restantes. Se *concorrer* com os avós ou tios do *de cuius* receberá, em propriedade, metade dos bens da herança e o usufruto da outra metade. Na falta de quaisquer destes parentes será herdeiro universal (art. 462.º do Código Civil Suíço).

Para além disso o cônjuge sobrevivivo é ainda herdeiro legítimo nos termos do n.º 4 do art. 471.º do mesmo diploma legal que lhe atribui uma quota reservatária correspondente à totalidade do direito de propriedade a que tenha direito se *concorrer* com outros herdeiros legítimos e a metade desse direito sempre que seja herdeiro universal.

Para finalizar esta rápida deambulação pelo direito comparado, em matéria da posição sucessória do cônjuge sobrevivivo, faremos ainda uma brevíssima referência aos direitos espanhol e grego cujos sistemas jurídicos não sendo tão avançados neste campo como os dos países atrás referidos cortaram já com alguns elos que os prendiam ao regime tradicional.

Assim, em *Erpanha* o cônjuge sobrevivivo é herdeiro legítimo ao lado dos filhos naturais do *de cuius* e do pai ou mãe destes, muito embora a sua legítima seja integrada por um

direito de usufruto e não por um direito de propriedade (art. 807.º do Código Civil).

Também na Grécia o cônjuge sobrevivivo é havido como herdeiro legitimário ao lado dos descendentes e dos pais do *de cujus* (art. 1825.º do Código Civil Grego).

Foi este, em traços largos, o quadro de direito comparado com que o legislador português deparou quando foi chamado a fazer a adaptação do Código Civil à nova Constituição da República Portuguesa.

Porém, antes de abordarmos as inovações introduzidas pela Reforma de 1977, faremos um breve apanhado da situação sucessória do cônjuge sobrevivivo que resultava da redacção primitiva do Código Civil de 1967.

#### 4. A POSIÇÃO SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE SOBREVIVO NA REDACÇÃO PRIMITIVA DO CÓDIGO CIVIL DE 1967

Muito embora o Anteprojecto do Código contivesse disposições que atribuíam direitos consideráveis ao cônjuge sobrevivivo, elas acabaram por não ficar consagradas. Assim, segundo o art. 163.º do Anteprojecto, o cônjuge passaria a ser herdeiro legitimário, consistindo a sua legítima no *usufruto de metade da herança*. Essa legítima ser-lhe-ia conferida ainda que existissem descendentes e ascendentes do autor da sucessão<sup>(15)</sup>.

Porém, como já referimos, a redacção definitiva do Código foi muito diversa. Por um lado, o cônjuge não integrava o núcleo de herdeiros legitimários, por outro, foi relegado para a quarta classe de sucessíveis, da ordem da sucessão legítima, sendo preterido mesmo em relação aos irmãos e sobrinhos do *de cujus* (cf. os arts. 2157.º e 2133.º na sua redacção primitiva).

É certo que ao cônjuge foi reconhecido o direito a ser alimentado pelos bens da herança (o chamado apanágio do cônjuge sobrevivivo, estabelecido no art. 2018.º). Direito este que

---

(15) Cf. art. 163.º do Anteprojecto do Código Civil de 1967.

tinha — e tem ainda hoje — lugar, independentemente e, porventura, até contra a vontade do autor da sucessão, quaisquer que sejam os herdeiros. Também será de referir aqui a concessão do usufruto de toda a herança a favor do cônjuge, caso os herdeiros do *de cuius* fossem os seus irmãos e sobrinhos (cf. o art. 2146.º na sua redacção primitiva).

Mas este sistema e as suas medidas vieram a revelar-se insuficientes e dessincronizadas com a realidade sociológica familiar por nós atrás apontada. O legislador de 1967 não conseguiu ultrapassar aqui o velho princípio de que os bens devem permanecer na família de sangue.

Talvez que a redacção originária do Código Civil apenas tenha vencido este preconceito em matéria não propriamente sucessória e, aliás, bem limitada: no caso particular da indemnização por danos não patrimoniais sofridos pela vítima em caso de lesão de que tenha resultado a morte. O facto de a lei (cf. o art. 496.º) ter dado preferência, em conjunto, ao cônjuge, filhos e outros descendentes do lesado, no direito a reclamar essa indemnização, quer se entenda que ele tem lugar *iure hereditario* ou *iure proprio* <sup>(16)</sup>, foi já um passo no sentido da equiparação do cônjuge aos descendentes. Trata-se, porém, de um caso isolado e a que não se pode atribuir grande significado.

## 5. A POSIÇÃO SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE SOBREVIVO DEPOIS DA REFORMA DE 1977.

Por isso, o verdadeiro corte com as concepções familiares tradicionais e por consequência com os princípios sucessórios clássicos haveria de ter lugar com a Reforma de 1977. Na realidade, o Dec.-Lei n.º 496/77 provocou importantíssimas alterações no nosso quadro legal sucessório.

---

(16) Cf. Pereira Coelho, *Direito das Sucessões*, II, 1974, pp. 58 e ss. e Leite de Campos, *A indemnização do dano da morte*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Vol. L, 1974, pp. 247 e ss.

## 5.1. A SUCESSÃO LEGÍTIMA

Desde logo, no âmbito da sucessão legítima, o cônjuge sobrevivivo, não separado judicialmente de pessoas e bens e não divorciado, ocupa a primeira classe de sucessíveis ao lado dos descendentes do *de cuius* (cf. al. a) do n.º 1 do art. 2133.º). É só se o autor da sucessão falecer sem deixar descendentes mas deixando ascendentes é que o cônjuge passa a integrar, ao lado destes últimos, a segunda classe dos sucessíveis (cf. n.º 2 do art. 2133.º). Em qualquer caso, porém, o cônjuge tem, ou pelo menos pode vir a ter, um tratamento preferencial em relação aos herdeiros que com ele concorram dentro da mesma classe.

Assim, na sucessão legítima, de harmonia com o disposto na primeira parte do n.º 1 do art. 2139.º, havendo concurso de descendentes com o cônjuge, a partilha far-se-á por doença. Todavia, este princípio sofre uma exceção na medida em que a lei (na 2.ª parte do n.º 1 da mesma disposição legal) determina que a quota do cônjuge não pode ser inferior a uma quarta parte da herança (17). Quer dizer quando haja três ou mais descendentes de primeiro grau a parte da herança que cabe aos cônjuges será sempre de um quarto, repartindo-se os restantes três quartos em tantas partes quantos os descendentes de primeiro grau existentes ou representados. Daqui resulta um evidente benefício a favor do cônjuge sobrevivivo em todos os casos em que o *de cuius* tenha deixado uma prole numerosa.

Por sua vez, o n.º 1 do art. 2142.º consagra uma outra vantagem para o cônjuge. Com efeito, se o autor da sucessão falecer sem descendentes deixando cônjuge e ascendentes já vimos que um e outros integrarão a segunda classe de sucessíveis, mas com a particularidade de o cônjuge ser chamado a suceder em dois terços da herança enquanto que os ascendentes apenas poderão reclamar o terço restante.

---

(17) Adiante procuraremos explicitar qual o sentido que deve ser atribuído à expressão «herança» para efeito do disposto neste preceito legal.

## 5.2. A SUCESSÃO LEGITIMÁRIA

Mas o cônjuge não viu apenas melhorada a sua posição sucessória no âmbito da sucessão legítima. O cônjuge adquiriu ainda o estatuto de herdeiro legítimo. Na verdade, o art. 2157.º do Código Civil, na sua presente redacção, inclui, ao lado dos herdeiros legítimos tradicionais no direito português, descendentes e ascendentes, o próprio cônjuge sobrevivente. Acresce a isto que, por força da 2.ª parte do mesmo art. 2157.º (*«... pela ordem e segundo as regras estabelecidas para a sucessão legítima»*), o cônjuge goza, também na sucessão legítima, dos privilégios atrás apontados em relação à sucessão legítima.

Assim, se houver concurso, na sucessão legítima, entre cônjuge e descendentes, a legítima será de dois terços da herança (cf. art. 2159). Contudo, o cônjuge, por força da conjugação do disposto nos arts. 2157.º e 2139.º n.º 1, terá direito pelo menos a um quarto desses dois terços.

Do mesmo modo, se, ainda no âmbito da sucessão legítima, houver concurso entre cônjuge e ascendentes, a medida da legítima será também de dois terços da herança. Mas agora o cônjuge terá um tratamento ainda mais privilegiado e poderá sempre exigir dois terços dos dois terços da herança que constituem a legítima (cf. arts. 2157.º e 2142.º n.º 1), ficando o terço restante para os ascendentes.

Por último, se não houver descendentes nem ascendentes, sendo o cônjuge por consequência, o único herdeiro legítimo, a sua legítima será de metade da herança (cf. art. 2158.º).

## 5.3. ALCANCE E SENTIDO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 2139.º n.º 1 e 2142.º n.º 1

Antes de avançarmos na nossa exposição cumpre procurar clarificar algo melhor qual o sentido e alcance que se deve atribuir à expressão «herança» que o legislador utiliza nos já referidos arts. 2139.º n.º 1 e 2142.º n.º 1.

Para tanto, deve considerar-se que ambas as disposições legais se integram no grupo de normas que definem o regime

da sucessão legítima e como é sabido, os herdeiros legítimos são chamados à sucessão *se e quando o falecido não tiver disposto válida e eficazmente, no todo ou em parte, dos bens de que podia livremente dispor para depois da morte*, nos termos do art. 2131.º.

Portanto, quando o legislador diz, por exemplo no n.º 1 do art. 2139.º que «... a quota do cônjuge, porém, não pode ser inferior a uma quarta parte da herança» não quer com isto determinar que ao cônjuge cabe uma quarta parte da *massa da herança* ou, tão pouco, uma quarta parte *dos bens deixados*. O que a lei realmente pretende é que o cônjuge receba, na sucessão legítima, pelo menos uma quarta parte *daqueles bens, ou do seu remanescente, de que o autor da sucessão podia dispor livremente para depois da morte*. Por outras palavras, o cônjuge tem direito, enquanto sucessor legítimo, a uma quarta parte *da quota disponível ou do que dela restar*.

Mas lancemos mão de um exemplo para melhor clarificação da questão.

Suponhamos que *A*, casado com *B*, faleceu em Março de 1979, tendo deixado sobrevividos, além do cônjuge, quatro filhos, *C*, *D*, *E* e *F*. Os bens deixados pelo autor da sucessão estão avaliados em 1000 contos. Por outro lado *A*, fez testamento em que atribui a um amigo, *G*, um legado no valor de 200 contos e, em vida, doara a um outro amigo, *H*, bens no valor de 200 contos.

A massa da herança, para efeitos de cálculo da legítima, é portanto de 1200 contos, que é o valor correspondente à soma dos bens deixados (1000 contos) com os bens doados (200 contos) (cf. o art. 2162.º).

Ora, se a expressão «herança» contida na 2.ª parte do n.º 1 do art. 2139.º devesse ser entendida como *massa da herança* ou tão só como *bens deixados*, o cônjuge, a título de herdeiro legítimo, poderia reclamar respectivamente 300 contos (= a um quarto de 1200 contos) ou 250 contos (= a um quarto de 1000 contos). Porém, como se verá a seguir, não são essas as soluções que melhor se harmonizam com as regras da sucessão legítima.

Com efeito e uma vez que existem herdeiros legitimários, quatro descendentes e o cônjuge, há que, em primeiro lugar, calcular os valores da quota indisponível, ou legítima, e a quota

disponível. Neste caso, a medida da legítima é de dois terços da massa da herança (cf. o n.º 1 do ar. 2159.º), pelo que o seu montante será de 800 contos (= a dois terços de 1200 contos). E se a legítima é de 800 contos a quota disponível é de 400 contos.

O autor da sucessão deixou, como vimos, bens no valor de 1000 contos. Portanto, há bens na herança suficientes para que a legítima seja respeitada. Nesta medida a doação feita em vida por *A* a *H* não é inoficiosa. Mas, para além disso, sabemos que há um legado de 200 contos a favor de *G*. Ora, também esta manifestação de vontade do *de cuius* deve ser respeitada porque continua a não atingir a legítima dos herdeiros legitimários.

Pois que, satisfeito o legado, ainda restam exactamente 800 contos na herança. Todavia, o autor da sucessão esgotou a sua quota disponível que como referimos era de 400 contos (200 foram doados em vida a *H* e os outros 200 foram deixados por legado a *G*).

Assim sendo, nada há para distribuir pelos herdeiros legítimos, enquanto tais. Por isso, o cônjuge, como herdeiro legítimo, receberá um quarto de nada, que nada é, e isto porque, como vimos, a sucessão legítima só se abre quando o autor da sucessão *não tiver disposto, no todo ou em parte, dos bens de que podia dispor livremente* (cf. o art. 2131.º).

Em suma, o cônjuge de *A*, na sua qualidade de herdeiro legítimo, por força do art. 2139.º n.º 1 e 2131.º, apenas poderia reclamar uma quarta parte da *quota disponível ou do seu remanescente*, caso o autor da sucessão não tivesse efectuado liberalidades que, como no exemplo presente, a esgotaram. É este o resultado que deriva do correcto entendimento da lei.

Por sua vez, aquilo que deixamos dito para a interpretação do n.º 1 do art. 2131.º tem igual cabimento para o que se dispõe no n.º 1 do art. 2142.º.

Claro que até agora apenas tomamos em consideração o problema da aplicação directa (à sucessão legítima) das disposições supra citadas; falta saber qual a interpretação mais correcta para a forma de aplicação das mesmas normas, por remissão do art. 2157.º, na sucessão legitimária.

Também aqui a expressão *herança*, contida quer no n.º 1 do art. 2139.º quer no n.º 1 do art. 2142.º, não pode ser tomada

à letra. A medida da legítima sempre que o cônjuge concorre à sucessão é estabelecida nos arts. 2158.º, 2159.º e 2161.º, consoante não há descendentes nem ascendentes o *de cujus*, só há filhos ou só há ascendentes. Portanto, quando a lei, pelo art. 2157.º, remete em parte a regulamentação da sucessão legitimária para as regras da sucessão legítima não é para que fixe através delas o montante da legítima global, é antes para que se fixe a ordem de chamamento dos diversos herdeiros legitimários e ainda para determinar a forma por que se há-de processar a divisão da legítima global por todos os herdeiros legitimários.

Nesta conformidade, quando somos forçados a aplicar o n.º 1 do art. 2139.º, por remissão do art. 2157.º, à sucessão legitimária, apenas devemos buscar nele o critério da distribuição da legítima global, cujo montante é fixado, conforme os casos, pelos arts. 2158.º, 2159.º ou 2167.º, e não a medida da própria legítima.

Tomando os dados do problema atrás enunciado temos que o cônjuge, uma vez que há quatro filhos do autor da sucessão, terá direito a um quarto *do valor global da legítima*, ou seja, 200 contos (= a um quarto de 800 contos), sendo os restantes 600 contos divididos em partes iguais de 150 contos cada por C, D, E e F.

As considerações feitas a propósito da aplicação do n.º 1 do art. 2139.º, por remissão do art. 2157.º, valem, também aqui, como é óbvio, para a aplicação do n.º 1 do art. 2142.º, por remissão do mesmo art. 2157.º.

Depois de termos referido em traços largos as inovações legais mais importantes que a Reforma de 1977 originou, é chegado o momento de tecermos algumas considerações críticas à nova situação legal e de analisarmos algumas particularidades dessa mesma situação.

## 6. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS AO REGIME LEGAL

Em primeiro lugar não hesitamos em afirmar que o balanço geral é positivo. Este juízo baseia-se na análise dos dados socio-

lógicos resumidamente indicados no início deste trabalho e ainda no exemplo do direito comparado.

O Direito, no exercício da sua função ordenadora e reguladora dos interesses dos homens, especialmente quando tem de tratar de matérias que se prendem com a família, deve acompanhar a evolução social que lhe subjaz e, por vezes, é claro que com as necessárias cautelas, deve mesmo assumir uma função pedagógica<sup>(18)</sup>.

Porém, se se torna demasiado ousado, pode alhear-se da realidade ultrapassando-a, o que provoca sempre efeitos negativos. Uma posição sucessória demasiado privilegiada a favor do cônjuge sobrevivente pode prejudicar mais a família do que beneficiá-la. Na verdade, de tal situação podem resultar atitudes de incompreensão e desentendimento entre o cônjuge sobrevivente e os outros co-herdeiros, em regra filhos do casal, especialmente se estes últimos se sentirem marginalizados ou, tão-só, prejudicados patrimonialmente pela lei. Se tal suceder, os que assim se julgarem injustamente tratados tenderão a ver no cônjuge sobrevivente, porventura seu pai ou mãe, um rival ou concorrente em matéria de interesses patrimoniais. Com isso sofrerá por certo a desejável harmonia familiar.

## 6.1. O CARÁCTER CONTROVERSO DO N.º I DO ART. 2139.º

Nesta medida, e muito embora concordemos, na globalidade, com a nova situação sucessória do cônjuge sobrevivente, nomeadamente com a sua posição na ordem de chamamento à sucessão legítima e com a sua integração no número dos herdeiros legitimários, já discordamos do benefício que lhe é atribuído no n.º I do art. 2139.º. Na verdade, tratar preferencialmente o cônjuge concedendo-lhe uma quota de pelo menos um quarto da herança quando em concurso com quatro ou

---

(18) Neste sentido, cf. Pereira Coelho, *Direito da Família*, 1978, pp. 68-69.

mais filhos do *de cuius* é medida que não se justifica plenamente. Se a prole é numerosa, tanta razão há para pensar que o cônjuge sobrevivivo está carecido de meios económicos de subsistência como para pensar que os filhos do *de cuius* também não vivem desafogadamente. O que parece justo é que o cônjuge seja tratado de forma rigorosamente igual a qualquer dos filhos do autor da sucessão e não mais do que isso.

## 6.2. UM CASO DE APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 2143.º

Abordaremos agora o problema do direito de crescer quando concorram à herança os descendentes e o cônjuge do autor da sucessão (19).

Quando se trata do concurso com ascendentes diz o art. 2143.º aplicável também à sucessão legitimária por força do disposto no art. 2157.º: «Se algum ou alguns dos ascendentes não puderem ou não quiserem aceitar, no caso previsto no n.º 1 do artigo anterior, a sua parte acresce à dos outros ascendentes que concorrem à sucessão; se estes não existirem, acrescerá à do cônjuge sobrevivivo».

Trata-se de uma excepção à regra geral do direito de crescer em matéria de sucessão legítima que, como se sabe, quando não há lugar ao direito de representação, é a estabelecida na 1.ª parte do n.º 2 do art. 2137.º: «Se, porém, apenas algum ou alguns dos sucessíveis não puderem ou não quiserem aceitar, a sua parte acrescerá à dos outros sucessíveis da mesma classe que com eles concorreram à herança...».

Compreende-se, porém, os motivos que determinaram o legislador a consagrar esta excepção. É que se o cônjuge quando em concurso com ascendentes já recebe dois terços da herança (cf. art. 2142.º n.º 1) seria imoral que ainda pudesse crescer em mais uma quota do terço restante.

---

(19) Cf., a este propósito, França Pitão, in *A posição sucessória do cônjuge sobrevivivo no actual direito sucessório português*, 1978, pp. 19 e ss.

Note-se, entretanto, que este preceito é exclusivo da sucessão em que concorrem os ascendentes e o cônjuge. Já quando a lei regula a sucessão dos descendentes e cônjuge, ao prever a possibilidade de qualquer dos filhos do *de cuius* não poder ou não querer aceitar a herança, remete pura e simplesmente para o instituto do direito de representação, atribuindo assim a parte do representado aos seus descendentes.

Todavia é perfeitamente admissível que não haja lugar a sucessão por direito de representação caso, por exemplo, um filho do *de cuius* não possa ou não queira aceitar a herança e simultaneamente não deixe descendentes. Como resolver então a questão?

No silêncio da lei pareceria ser de atribuir iguais direitos de crescer ao cônjuge e aos restantes filhos do *de cuius*, por aplicação da 1.ª parte do n.º 2 do art. 2137.º. Porém, não parece ser essa a solução mais justa sempre que, dado o elevado número de filhos do *de cuius*, ao cônjuge já tenha sido atribuído um quarto da herança, certo que uma solução diferente não poderá impor-se apenas por uma razão de justiça, antes terá de dispor de algum apoio legal. Mas julgamos que esse apoio existe resultando da correcta interpretação do art. 2139.º n.º 1 e ainda da ideia de identidade da razão que determinou a elaboração do art. 2143.º.

Na verdade, quando o legislador estabeleceu no n.º 1 do art. 2139.º que ao cônjuge cabe, pelo menos, um quarto da herança fê-lo, como já vimos, a pensar na hipótese de o *de cuius* ter uma prole numerosa. Nestas situações o legislador deseja que o cônjuge não veja a sua quota demasiado reduzida, como naturalmente sucederia se a partilha se fizesse também aqui por cabeça. Mas o legislador não quer mais do que isso. E ao mesmo tempo que determina que ao cônjuge cabe pelo menos um quarto da herança, também determina que aos filhos (sejam eles 4, 5 ou 11) cabem os restantes três quartos. Ora se o legislador entendeu, no art. 2143.º, que seria imoral que o cônjuge, depois de receber dois terços da herança no caso de concurso com ascendentes, ainda pudesse crescer numa quota do terço restante, entendê-lo-ia igualmente caso tivesse posto a hipótese de não haver lugar ao direito de representação, por falta de

descendentes do filho do autor da sucessão que não pôde ou não quis aceitar a herança, sempre que os descendentes concorreram à sucessão com o cônjuge.

Mas exemplifiquemos.

Suponha-se que *A* faleceu deixando cinco filhos, *B*, *C*, *D*, *E* e *F*, e ainda o cônjuge *G*. *A* deixou bens no valor de 1200 contos. Não há testamento nem houve liberalidades em vida.

Por força do disposto no art. 2139.º n.º 1, *G* terá direito a 300 contos, devendo os restantes 900 contos ser repartidos em partes iguais de 180 contos por *B*, *C*, *D*, *E* e *F*. Mas se, por exemplo, *B* repudiar a herança, não deixando descendentes, é óbvio que não haverá lugar ao direito de representação, levantando-se, portanto, a questão de saber a favor de quem reverterão os 180 contos que em princípio caberiam a *B*.

Pensamos que, por uma razão de elementar justiça, pela correcta interpretação do art. 2139.º n.º 1 e ainda pela aplicação analógica do art. 2143.º, o cônjuge não deve receber mais do que aquilo que já recebeu, ou seja, 300 contos, e que, portanto, os 180 contos que em princípio pertenciam a *B* devem ser repartidos em partes iguais, de 45 contos, por *C*, *D*, *E* e *F*.

Em suma, o cônjuge, quando em concurso com descendentes, só deverá acrescer, nos termos da 1.ª parte do n.º 2 do art. 2137.º quando não disponha a seu favor do tratamento privilegiado do n.º 1 do art. 2139.º por o *de cuius* não ter deixado mais do que três filhos.

### 6.3. AS ATRIBUIÇÕES PREFERENCIAIS PREVISTAS NOS ARTIGOS 2103.º-A a 2103.º-C.

Outro aspecto inovador, introduzido pela Reforma de 1977, é o da consagração de determinadas atribuições preferenciais, no momento da partilha, ao cônjuge sobrevivente. Com efeito, na esteira de algumas das mais recentes reformas legislativas, o espírito que informou o Dec.-Lei n.º 496/77 foi determinado também neste domínio pela nova feição da família. E assim ficou consagrada na lei a concessão, ao cônjuge sobrevivente, de um direito preferencial que lhe faculta o encabeçamento, no momento da partilha, no direito de habitação da casa de morada

da família e/ou no direito de uso do respectivo recheio (cf. os arts. 2103.º-A a 2103.º-C).

Como resulta da lei o cônjuge poderá gozar cumulativa ou isoladamente destes direitos.

Se o cônjuge usar de uma destas faculdades, ou de ambas, será atribuído um valor a tal benefício que, se exceder a sua quota sucessória e meação, se a ela houver lugar, deverá ser compensado por tornas que o cônjuge pagará aos co-herdeiros (2.ª parte do n.º 1 do art. 2103.º-A).

Estas disposições legais merecem a nossa concordância. É que, neste caso, os privilégios conferidos ao cônjuge não são de natureza quantitativa mas antes qualitativa.

Mas outros pontos há que, em nosso entender, são susceptíveis de crítica.

#### 6.4. A POSIÇÃO SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE SOBREVIVO E O REGIME MATRIMONIAL DE BENS \*

Estará neste caso, por exemplo, a aplicação do regime sucessório já descrito em caso de partilha provocada pela dissolução do casamento por morte, qualquer que tenha sido o regime de bens que vigorou entre os cônjuges. A solução parece-nos inadequada no que respeita aos casamentos relativamente aos quais tenha vigorado o regime da separação. Como é sabido, este regime pode ter lugar por opção dos cônjuges na convenção antenupcial ou por imposição legal, nos casos previstos no art. 1720.º do Código Civil.

É certo que o legislador, se entendeu integrar o cônjuge dentro da categoria dos herdeiros legitimários, o fez com base em razões de ordem pública que têm muito a ver com a concepção social de que o cônjuge é um membro da família de pleno direito, que deve ser colocado, para efeitos sucessórios, em pé de igualdade com os filhos do autor da sucessão. Mas não deveria o legislador atender, neste caso específico, à vontade das partes livremente expressa quando estas revelaram antes da entrada em vigor do novo regime legal através de uma convenção antenupcial, que não desejavam que os bens de cada um deles se comunicassem ao outro?

A ideia subjacente à sucessão legitimária é a de que o *de cuius* não possa, unilateralmente e arbitrariamente, afastar da sua sucessão determinadas pessoas. Ora no caso vertente a escolha do regime de separação é feita conjuntamente, através de um *acordo* prévio em que ambos os interessados participaram.

Por outro lado, parece-nos algo paradoxal que a lei, para evitar matrimónios cujo móbil seja o económico, impeça que determinados casamentos (os indicados no art. 1720.º) sejam contraídos em regime de comunhão e ao mesmo tempo atribua, também nestes casos, largos direitos sucessórios ao cônjuge sobrevivivo.

Também poderão ser levantadas legítimas reservas ao regime legal vigente quando esteja em causa a sua aplicação aos casamentos contraídos com comunhão geral de bens antes de 1 de Abril de 1978.

Como é sabido o Código de Seabra consagrava o regime da comunhão geral de bens como regime supletivo e daqui resulta que a maior parte dos casamentos portugueses ainda se regem, no que às relações patrimoniais diz respeito, por aquele regime de bens. Por isso, na normalidade dos casos, ao direito à meação o cônjuge sobrevivivo ainda irá juntar um lato direito sucessório o que nos parece uma protecção excessiva.

Mas se este raciocínio é correcto em relação aos casamentos celebrados sem convenção antenupcial no âmbito temporal de aplicação do Código de Seabra, não o é menos relativamente aos casamentos celebrados durante a vigência do Código de 1967 mas antes da entrada em vigor do Dec.-Lei n.º 496/77.

Na verdade, sendo o regime de comunhão de adquiridos o regime supletivo consagrado pelo Código de 1967, só por convenção antenupcial é que os cônjuges podem estabelecer o regime de comunhão geral. Ora, é óbvio que, antes da Reforma de 1977, sempre que os nubentes escolhiam este regime legal, a sua opção era em muito determinada pelo conhecimento de que a posição sucessória do cônjuge sobrevivivo era insuficientemente tutelada.

Por tudo isto pensamos que, quando se dissolvesse por morte um matrimónio cujas relações patrimoniais tivessem sido reguladas pelo regime de comunhão geral de bens, o novo regime

legal só seria de aplicar caso esse casamento fosse posterior à entrada em vigor do Dec.-Lei n.º 496/77.

## 6.5. O PROBLEMA DA COLAÇÃO

Outro aspecto que merece a nossa discordância é o de a Reforma de 1977, apesar de ter alterado substancialmente a posição sucessória do cônjuge sobrevivente, ter deixado intacto o regime da colação. Claro que se poderá dizer que o fundamento da colação coincide com a ideia de que o progenitor, ao fazer doações em vida a um dos filhos, não é movido pela intenção de o beneficiar, pretendendo antes adiantar-lhe a sua *quota hereditária*. Isto é, a lei presume que os pais pretendem tratar igualmente todos os filhos.

E esta presunção não terá cabimento em relação ao cônjuge (20). Na verdade, quando um cônjuge faz uma doação ao outro a presunção mais natural parece ser a de que o doador quis beneficiar o donatário em relação aos filhos, dado que a natureza dos afectos que o prendem a um e aos outros é diferente.

Mas se isto é verdade, parece de toda a justiça que o cônjuge donatário, se não está obrigado a conferir os bens que haja recebido em vida do cônjuge doador, também não deverá poder aproveitar da conferência que os descendentes donatários, presuntivos herdeiros legitimários à data da doação, sejam obrigados a fazer.

É que, se é de presumir que, quando o cônjuge fez uma doação ao outro, quer beneficiá-lo em relação aos seus descendentes, também será de presumir que quando o autor da sucessão doa, em vida, determinados bens a um filho, quer favorecê-lo em relação ao cônjuge.

Por isso ao não obrigar o cônjuge donatário a trazer à colação os bens que lhe tiverem sido doados pelo outro côn-

---

(20) Note-se, porém, que o legislador italiano consagrou a obrigatoriedade de o cônjuge donatário sobrevivente conferir à herança os bens que lhe tiverem sido doados em vida pelo outro (cf. art. 737.º do Código Civil Italiano).

juge a lei deveria, simultaneamente, ter excluído de forma expressa a possibilidade de o cônjuge sobrevivido poder tirar proveito da conferência que os filhos donatários fizessem à herança dos bens recebidos. Julgamos entretanto que, apesar de não dispormos de lei expressa, é possível defender a solução mesmo *de iure constituto*.

Mas adiantemos um exemplo:

A, casado com B, faleceu, em Maio de 1979 deixando dois filhos C e D. A fizera, em Janeiro de 1979, uma doação a favor de D, no valor de 700 contos, sem impor ao donatário a obrigação de conferir mas também não o dispensando de trazer à colação os bens doados. A deixou bens avaliados em 1100 contos.

Nos termos dos arts. 2159.º e 2162.º a legítima global é de 1200 contos. Logo, o valor das legítimas parciais de B, C e D é de 400 contos (cf. arts. 2157.º e 2139.º). Assim dos 1100 contos deixados, 400 pertencem a B e outros 400 a C, restando 300. D nada receberá, pelo menos a título de legítima, porquanto a lei determina que, para efeitos de colação, seja imputada na sua *quota hereditária* a doação recebida. Nesta medida, como o valor da doação foi de 700 contos, deve considerar-se satisfeita a sua legítima, sobrando ainda 300 contos que ele conservará a título de liberalidade (cf. art. 2108.º, n.ºs 1 e 2).

A questão põe-se agora no destino a dar ao remanescente da quota disponível, ou seja, os 300 contos que restam dos bens deixados depois de pagas as legítimas de B e C. Pelo disposto no n.º 2 do art. 2108.º, dado que se fala em *igualar todos os herdeiros*, a solução mais conforme à letra da lei seria dividir os 300 contos, em duas partes iguais, por B e C, prosseguindo-se assim a menor desigualdade possível<sup>(21)</sup>.

Entendemos, porém, que pelas razões já indicadas o cônjuge não deverá aproveitar da conferência a que D está obrigado. Para tanto basta que interpretemos restritivamente a expressão *todos os herdeiros*, usada na disposição legal já referida, lendo *todos os descendentes*.

---

(21) Pereira Coelho, *Direito das Sucessões*, 1974, II Parte, pp. 183 e Jorge Leite, *Algumas notas sobre a colação*, Coimbra, 1972, pp. 24 a 31.

Aquando da redação do art. 2108.º o cônjuge não era herdeiro legitimário e, sendo a colação um instituto próprio da partilha entre descendentes, não pode ter sido outra a vontade do legislador. Com isto não retiramos o direito do cônjuge a aproveitar uma parte do remanescente da quota disponível, apenas pretendemos que a parte que *D* deixará de receber reverta inteiramente a favor de *C*, outro filho de *A*.

Assim, o remanescente da quota disponível (300 contos) deverá ser dividido em três partes de 100 contos, cabendo uma ao cônjuge *B* e as duas restantes a *C*, uma das quais por direito próprio e a outra resultante da conferência de *D*.

Não seria justo que, estando o cônjuge dispensado de trazer à colação o valor dos bens que lhe tenham sido doados pelo outro, pudesse em contrapartida locupletar-se com as conferências dos descendentes donatários que concorram à herança.

## 6.6. A SUBSISTÊNCIA DO APANÁGIO DO CÔNJUGE SOBREVIVO

Cumpra agora referir uma outra disposição legal que, segundo o nosso ponto de vista, deveria ter sido suprimida. Trata-se do art. 2018.º (apanágio do cônjuge sobrevivivo). Encontra-se este preceito inserido no regime dos alimentos regulado no livro IV do Código Civil e estabelece que o cônjuge sobrevivivo tem direito a «ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pelo falecido».

Se este princípio tinha pleno cabimento face à redação primitiva do Código Civil em matéria de direito de sucessões, em especial no que respeita à posição sucessória do cônjuge sobrevivivo, no momento presente parece-nos descabido. Com efeito, sendo o cônjuge herdeiro legitimário e até privilegiado em relação aos parentes mais próximos do *de cuius*, a manutenção desta faculdade é quase chocante. E é-o tanto mais quanto parece nada obstar a que o cônjuge venha a usufruir desse direito mesmo depois de eventualmente ter perdido ou gasto, por má administração ou qualquer outra causa que não envolva má-fé da sua

parte, a sua quota hereditária. Entendemos assim que, também aqui, o legislador na ânsia de proteger o cônjuge sobrevivido pecou por omissão.

#### 6.7. A ALÍNEA c) DO ART. 2166.º

O mesmo se poderá dizer em relação à alínea c) do artigo 2166.º, que estabelece a possibilidade de deserdação do sucessível que sem justa causa haja recusado ao autor da sucessão ou ao seu cônjuge os devidos alimentos. Tal norma deveria ter sido adoptada no novo regime legal, pois se é razoável que, por exemplo, um descendente comum ao *de cujus* e ao cônjuge sobrevivido seja deserddado por ter recusado alimentos e este último, então também será razoável que o cônjuge sobrevivido que recuse alimentos a um descendente nessas condições mereça a mesma sorte.

Para concluir, faremos ainda mais dois reparos.

#### 6.8. O PROBLEMA DAS DOAÇÕES FEITAS ANTES DE 1 DE ABRIL DE 1978 POR UM DOS CÔNJUGES AO OUTRO

Em nosso entender, deveria ter-se consagrado uma norma transitória que obrigasse o cônjuge sobrevivido donatário a imputar na quota hereditária os bens que lhe tivessem sido doados pelo outro cônjuge antes de 1 de Abril de 1978.

Na verdade, antes dessa data eram frequentes as liberalidades feitas pelos cônjuges um ao outro com vista a garantir a estabilidade económica ao cônjuge sobrevivido<sup>(22)</sup>. Esta prática fundava-se na escassa protecção legal de que o cônjuge sobrevivido gozava. Por isso, uma vez que o regime sucessório legal se alterou profundamente e atendendo ao princípio da imutabilidade das convenções antenupciais, seria desejável que, em todos os

---

(22) Quer através de doações insertas em convenção antenupcial quer através de doações efectuadas já na vigência da sociedade conjugal.

casos em que se constatasse que a vontade do *de cuius* doador era a de dar ao cônjuge sobrevivente donatário a protecção que o legislador não lhe dispensava, a lei determinasse a obrigatoriedade da imputação dos valores recebidos nestas condições na quota legítima do cônjuge sobrevivente a fim de se evitarem situações de locupletamento.

## 6.9. A HIPÓTESE DE BIGAMIA

Por fim, há um outro aspecto que a lei não curou. Esse aspecto prende-se com um caso particular de anulação do casamento.

Suponhamos que *A*, casado com *B* desde 1974, contrai novo matrimónio com *C* em 1978, sem que, entretanto, se tivesse dissolvido o primeiro. Se, por hipótese, *B* intentar uma acção de anulação do segundo matrimónio de *A* com fundamento na alínea *c*) do art. 1601.º e *A* morrer na pendência da acção, que vem a ser considerada procedente e provada, qual dos dois cônjuges de *A*, *B* ou *C* será chamado à sucessão?

Na verdade, estando *C* de boa-fé, nos conhecidos termos do art. 1647.º, pode arrogar-se os benefícios do estado matrimonial, até ao trânsito em julgado da sentença de anulação. Daí que à data da morte de *A* existam em face da lei dois cônjuges sobreviventes: *B*, casado desde 1974 com *A*, e *C*, cônjuge putativo.

Parece-nos que o legislador poderia ter aproveitado esta oportunidade para consagrar expressamente a solução já defendida por Pires de Lima<sup>(23)</sup>, ou seja, a de que nestes casos o direito sucessório atribuído ao cônjuge, não *singularmente* mas como *ordem sucessória*, deveria ser dividida em duas metades cabendo uma a cada cônjuge<sup>(24)</sup>.

(23) Cf., *O casamento putativo no direito civil português*, p. 376.

(24) Note-se entretanto que a lei italiana depois da reforma de 1975 consagrou solução diversa ao estabelecer que em tal situação apenas o cônjuge não putativo deverá ser chamado a suceder (cf. art. 584 do Código Civil Italiano).