

A LIBERDADE DE TESTAR E A QUOTA
LEGITIMÁRIA NO DIREITO PORTUGUÊS.
EM ESPECIAL, O CONFRONTO DO REGIME
DO CÓDIGO CIVIL DE 1867
COM A EVOLUÇÃO SUBSEQUENTE

Pelo Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa

SUMÁRIO:

1. Considerações introdutórias — 2. A tradição portuguesa da liberdade de testar — 3. O Código Civil de 1867 — 4. O quadro determinante do Código Civil de 1966 e da sua revisão em 1977 — 5. As alterações trazidas pelo Código Civil de 1966 — 6. O que resultou da reforma de 1977 — 7. Conclusão.

1. A minha exposição situa-se no âmbito da liberdade de testar e da legítima — aspectos sabidamente conexos, enquanto a quota indisponível constitui limite ao mencionado direito. Após breves considerações introdutórias, ocupar-me-ei, partindo do regime do Código Civil de 1867, não só das alterações introduzidas pelo Código Civil de 1966, mas também das que este recebeu em 1977.

Não devo exceder o cômgrua medida do tempo que me foi assinalado. Daí que atenda apenas às linhas fulcrais do tema e, mesmo quanto a elas, fique numa análise um tanto superficial. Por idêntica razão, deixo de fora as normas de direito adjectivo, radicadas no clássico Código de Processo Civil português de 1939, que

permanecem vigentes em Goa, pelo que toca a certos processos especiais, designadamente, no domínio sucessório, os de inventário e partilha.

Acredito que o tema possua certo interesse para o qualificado auditório que me distingue com a sua presença. Na verdade, encontrando-se em matéria de direito sucessório ainda aplicáveis, no Estado Federado de Goa, normas do primeiro Código Civil português, haverá, porventura, alguma curiosidade sobre o destino dessas normas no país que as viu nascer.

Evidencie-se, entretanto, que nada tem de estranho o facto de continuarem a vigorar em Goa, após a sua integração na União Indiana, preceitos anteriores. Para tão-só lembrar exemplos familiares, recorro que a própria fundação do Estado português, pelos meados do século XII, não envolveu uma autonomia imediata no campo do direito. Manteve-se o sistema jurídico herdado do Reino de Leão e apenas, pouco a pouco, surgiram fontes tipicamente nacionais. Outro tanto aconteceu com a separação política do Brasil, nos começos do século XIX, onde as velhas Ordenações Filipinas só foram completamente afastadas em 1916. Estão ainda à vista os casos dos jovens países irmãos da África lusófona.

Trata-se de um fenómeno natural e comum. Por toda a parte, em diversas épocas, são comprováveis situações de falta de sincronismo entre a independência política de um Estado e a plena individualização ou personalização do seu direito, mormente no campo privatístico.

2. A evolução histórica portuguesa caracteriza-se por uma ampla liberdade de testar. Existiu, unicamente, um breve hiato com as leis do Marquês de Pombal sobre a matéria, na segunda metade do século XVIII, como produto de um reformismo abstracto, quer dizer, fora da tradição do País, que não sobreviveria à morte política do seu responsável.

Esse combate à sucessão testamentária, em favor da sucessão legítima, consagrava princípios da Escola Racionalista do Direito Natural e a inspiração concreta vinha das então proclamadas «nações modernas e civilizadas» da Europa, *maxime* da Alemanha. Pontificavam os autores do chamado *usus modernus*.

Merecerá a pena uma referência sucinta ao conteúdo dos quatro diplomas que disciplinaram a sucessão testamentária, legítima e legitimária em termos de completa ruptura com a tradição portuguesa. Isto, no espaço de oito anos, de 1761 a 1769 (1).

Começamos pela limitação ao direito de testar. Desencadeou o processo a Lei de 25 de Junho de 1766, que restringiu consideravelmente essa faculdade. Assim: consideraram-se nulos os testamentos realizados durante doença grave, salvo se os beneficiários se incluísem entre os parentes próximos do testador; e igualmente nulas se consideraram as deixas testamentárias feitas a favor de quem redigiu o testamento, de parente seu até ao quarto grau ou da Ordem religiosa ou Corporação eclesiástica a que o mesmo pertencia (2). Tomava-se como pretexto assegurar a manifestação da autêntica vontade de testador, afastando possíveis maquinações ou sugestões sobre o seu ânimo. Era o que ressaltava em primeira leitura. Contudo, descobre-se o propósito escondido da defesa dos direitos de parentes próximos, pela via da sucessão legítima e legitimária.

Intuito que se torna manifesto na subsequente Lei de 9 de Setembro de 1769, que completou e reforçou o mencionado diploma. Levou-se a limitação da faculdade de testar muito mais longe. Através dos seus dispositivos: aumentaram-se os direitos dos herdeiros legitimários, na esfera dos quais se abrangendo, aliás, os parentes colaterais ainda além do quarto grau, contado de acordo com as regras do direito canónico (3); restaurou-se a distin-

(1) Consultar L. CABRAL DE MONCADA, *O «século XVIII» na legislação de Pombal*, in «Estudos de História do Direito», vol. I, Coimbra, 1948, especialmente págs. 105 e seqs. Ver o Decreto de 17 de Julho de 1778.

(2) Cfr. o paralelismo com certos casos de indisponibilidade relativa consagrados no Código Civil antigo (arts. 1769.º, 1770.º, 1772.º e 1785.º) e no Código Civil vigente (arts. 2194.º, 2195.º, 2197.º e 2198.º).

(3) Segundo o actual «Codex Iuris Canonici», promulgado pelo Papa João Paulo II para vigorar desde 27 de Novembro de 1983, existe coincidência, relativamente ao cômputo dos graus de parentesco, entre as regras do direito canónico (cfr. o cânone 108) e as regras do direito civil (cfr. o art. 1581.º do Código Civil Português: «na linha recta há tantos graus quantas as pessoas que formam a linha de parentesco, excluindo o progenitor» (n.º 1); «na linha colateral os graus contam-se pela mesma forma, subindo por um dos ramos e descendo pelo outro, mas sem contar o progenitor comum» (n.º 2). Não sucedia

ção medieval entre bens de «avoenga» e de «ganhadia», ou seja, respectivamente, herdados da família ou adquiridos a outro título; e fez-se reviver a denominada «melhora» do direito visigótico, que consistia numa terça de livre disposição dentro da quota legitimária com que o testador podia avantajá-los um dos herdeiros necessários — instituto que nunca tivera aplicação no direito português, ao invés do verificado com o direito espanhol (4).

Tudo, portanto, em oposição aberta ao sistema sucessório anterior, que vigorara não menos do que quatro séculos. Até então, a parte legitimária era de dois terços, sem distinção da proveniência dos bens, e apenas se consideravam herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes.

Completam a mudança as Leis de 17 de Agosto de 1761 e de 4 de Fevereiro de 1765, dirigidas à sucessão legítima. Através de tais diplomas, excluíram-se da sucessão dos pais as filhas das casas nobres que concorressem com irmãos. Também esta medida não encontrava amparo na tradição portuguesa, embora existisse o precedente da sucessão nos bens de morgado. E repare-se que o jus-racionalismo proclamava que os herdeiros se situavam no mesmo plano, sem distinção de sexo ou idade. Aqui, a motivação revela-se essencialmente política: o que se pretendia com as estatuições aludidas era, no interesse do rei e da monarquia, a criação de «uma aristocracia forte e abastada para os servirem com esplendor» (5).

O direito sucessório representa, de resto, em qualquer tempo, um meio mediante o qual o legislador pode levar a cabo, eficaz e subtilmente, projectos políticos de vária natureza. Não é um ramo jurídico insusceptível de carga ideológica. A história comprova-o.

assim no âmbito do anterior «Codex Iuris Canonici», de 1917 (cfr. o cânone 96). Consagra este preceito a orientação tradicional da Igreja Católica, que era a seguinte: na linha recta, não se verificava diferença entre o sistema canónico e o civil; porém, na linha colateral, atendia-se apenas a um dos ramos e, apresentando-se eles com extensão diversa, ao mais longo. O parentesco referido na mencionada Lei de 9 de Setembro de 1769 determinava-se, portanto, de acordo com a norma que viria a ser incorporada naquele primeiro Código de Direito Canónico, promulgado pelo Papa Bento XV.

(4) Onde ainda o respectivo Código Civil a consagra (art. 823). Cfr. CABRAL DE MONCADA (nota 1), pág. 113, nota 3.

(5) Como adverte CABRAL DE MONCADA (nota 1), pág. 122.

3. Superado este ciclo efémero, a tradição em matéria de direito sucessório retoma a sua marcha. Mas alguma coisa restaria: «o fetichismo romano da superioridade da sucessão testamentária, pelo menos no domínio dos princípios gerais, ficou para sempre abalado, desde então, tanto em Portugal como no Brasil» (6).

Ultrapassemos, porém, o arco do tempo que decorre até 1867, data do primeiro Código Civil português. Constitui, como se sabe, um diploma que se enquadra nos Códigos de feição individualista, que tiveram por modelo o Código Civil francês de 1804. Os seus alicerces encontram-se, fora de dúvida, nas concepções ligadas ao jusracionalismo e ao liberalismo, mas importa reconhecer que, via de regra, estes ideais foram recebidos com prudente moderação, inspirada por um grande sentido prático e um manifesto apego à moralidade e à justiça, que pode avistar-se na dimensão ética do autor do projecto — o Visconde de Seabra —, em especial quando não se equacionavam puros interesses económicos, mas, acima deles, «interesses de outra índole, sobretudo os de natureza familiar» (7).

Um aspecto relevante que ainda se destaca é o de que a modernização do sistema jurídico-privado português, ao longo do século XIX, se verificou paulatinamente, mais pelo caminho da jurisprudência e da doutrina do que através de transformações legislativas bruscas. O Código de Seabra representou um fecho lógico dessa modernização (8).

Pode ilustrar-se a notável actividade inovadora dos juriscónsultos portugueses, inclusive, no campo da disciplina sucessória, como, por exemplo, a respeito do princípio da essencialidade da instituição de herdeiro, a respeito da regra também romanística «nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest», a

(6) Cfr. G. BRAGA DA CRUZ, *Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro*, in «Obras Esparsas», vol. II — «Estudos de História do Direito. Direito Moderno», 1.ª parte, Coimbra, 1981, págs. 25 e segs., designadamente págs. 36 e seg.

(7) Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *O Visconde de Seabra e o Código Civil*, in «Boletim da Faculdade de Direito», vol. XXVIII, Coimbra, 1952, págs. 277 e segs., designadamente págs. 282 e seg.

(8) Ver, por todos, M. J. ALMEIDA COSTA, *Enquadramento histórico do Código Civil Português*, in Bol. da Fac. de Dir., cit., vol. XXXVII, págs. 138 e segs.

respeito do direito de crescer ou das substituições fideicomissárias⁽⁹⁾. Não se me louvaria, contudo, que entrasse por esses terrenos, em prejuízo do objectivo precípuo da minha exposição.

4. Antes de mais, assinalarei as diferenças marcantes entre as soluções do Código Civil de 1867 e as do Código Civil de 1966. Em seguida, restará indicar as alterações introduzidas pela reforma de 1977. Não deve, em todo o caso, omitir-se uma alusão prévia, muitíssimo breve, às coordenadas que envolveram os dois últimos momentos legislativos.

Caminhando-se para o centenário da vigência do primeiro Código Civil português, entendeu-se necessário ajustar o ramo do direito que nele se incluía ao espírito da época. Estava-se já longe do ambiente oitocentista que o rodeara. Afirmava-se uma tendência social da ordem jurídica, que, sem menosprezo dos valores e direitos individuais, propunha a sua coordenação com os interesses gerais da comunidade.

A este postulado básico, acresciam razões determinantes. Recordemos que, às deficiências congénitas do Código de Seabra, outras se adicionaram com o decurso do tempo: o progressivo número de figuras jurídicas que não encontravam nele reconhecimento ou disciplina satisfatória; os muitos institutos relativamente aos quais existia quebra manifesta de unidade entre a regulamentação codificada e as leis posteriores que os fizeram evoluir em direcções opostas; as cada vez mais fortes limitações à esfera de aplicação do Código, em consequência da crescente massa de diplomas complementares que disciplinavam — para além ou contra os seus preceitos — capítulos civilísticos fundamentais; e, nos domínios ainda confiados ao Código, amiúde a jurisprudência e a doutrina foram deparando com as maiores dificuldades para justificar as soluções ditadas por uma consciência jurídica actualizada. Tinham-se perdido, em suma, as melhores vantagens que abonam a defesa do direito codificado. Sendo certo que, do ponto de vista técnico, também se entendia que essa obra estava longe

(9) Quanto a estes aspectos, consultar BRAGA DA CRUZ (nota 6), págs. 53 e segs.

de satisfazer as instâncias da ciência e da pedagogia jurídica modernas ⁽¹⁰⁾.

Observe-se que o Código Civil de 1966 abandonou a sistematização precedente: ao original modelo individualista devido à criatividade do Visconde de Seabra, preferiu o legislador o plano da pandectística alemã. Dentro deste, o direito das sucessões concentra-se no livro V da parte especial, ao passo que, no Código de 1867, constituía também um todo (o título II do livro III da parte II), mas disciplinado a par da gestão de negócios. Uma vizinhança mal justificada. Além disso, o Código de 1867 não dava autonomia formal à sucessão legitimária, absorvendo-a na sucessão legítima. O novo Código Civil seguiu uma linha considerada cientificamente mais perfeita, pois separa, no regime da sucessão legal (art. 2027.º), as normas atinentes à sucessão legítima (arts. 2131.º-2155.º) e à sucessão legitimária (arts. 2156.º-2178.º) ⁽¹¹⁾.

E porquê as alterações introduzidas em 1977? ⁽¹²⁾ Recordo que o ano de 1974 trouxe ao País uma ruptura institucional de que resultou a Constituição da República de 1976, reflectindo diferente concepção do Estado. Os princípios da nova ordem política com repercussão imediata no direito das sucessões foram dois: o da igualdade de tratamento jurídico dos filhos nascidos do casamento ou fora deste (art. 36.º, n.º 4); e o da igualdade de tratamento jurídico do homem e da mulher (art. 13.º, n.º 2, concretizado no art. 36.º, n.ºs 3 e 6). Mas as alterações não se limitaram às que logo decorriam das directrizes constitucionais referidas. Outras houve que pareceram justificar-se em face da nova situação jurídica e social ⁽¹³⁾.

⁽¹⁰⁾ Sobre o tema, consultar A. VAZ SERRA, *4 revisão geral do Código Civil - Alguns aspectos e comentários*, in «Bol. da Fac. de Dir.», cit., vol. XXII, págs. 451 e segs., e ainda, por ex., M. J. ALMEIDA COSTA, *O novo Código Civil*, in «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 165, Lisboa, 1967, págs. 10 e segs. Em especial quanto às directrizes respeitantes ao direito das sucessões, ver I. GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões. Noções Fundamentais*, 6.ª ed., Coimbra, 1991 (reimpressão, 1996), págs. 289 e segs.

⁽¹¹⁾ Relativamente à autonomia da sucessão legitimária, ver GALVÃO TELLES (nota 10), págs. 152 e segs.

⁽¹²⁾ Ver o Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro.

⁽¹³⁾ Cfr. JOÃO DE CASTRO MENDES, *Alterações no Livro V do Código Civil - Direito das Sucessões (Com exclusão do cônjuge sobrevivente)*, Lisboa, 1981 (separata do livro «Reforma do Código Civil», ed. da Ordem dos Advogados).

Acentue-se que essa revisão de 1977 do Código Civil visou, sobretudo, o direito da família e o direito das sucessões, embora também envolvesse, num plano subalterno, reajustamentos de normas da parte geral e do direito das obrigações. O direito das coisas não foi considerado no aludido diploma ⁽¹⁴⁾.

5. Fixemos, então, as modificações substanciais efectuadas pelo Código Civil de 1966 em relação ao seu antecedente de 1867, no que concerne à liberdade de testar e a legítima. Omitem-se as alterações que intentaram mais o retoque ou aperfeiçoamento técnico de dispositivos anteriores do que propriamente a mudança da disciplina consagrada.

A) Um desses casos reporta-se à noção de testamento. O Código Civil vigente deixa bem claro, no art. 2179.º, que o instituto, ao lado do seu conteúdo típico (n.º 1) — isto é, de acto de disposição de bens —, pode ter um conteúdo atípico (n.º 2) — isto é, utilizar-se para fins não patrimoniais, como, por exemplo, a confissão (art. 358.º, n.º 4), a perfilhação (art. 1853.º, al. b)), a tutela (art. 1928.º, n.º 3), a deserdação (art. 2166.º, n.º 1) e a testamentaria (art. 2320.º). Nada obsta, até, que se utilize o testamento apenas para algum destes fins. A solução, agora explicitada, do testamento como forma susceptível de vários conteúdos, já predominava em face do Código antigo, apesar da sua letra limitativa (art. 1739.º) ⁽¹⁵⁾.

B) Pelo contrário, constituiu uma norma inovadora, na esfera dos caracteres gerais do testamento, a consagração da validade da disposição que cometa a terceiro a nomeação de legatário, a escolher entre pessoas compreendidas em certo círculo delimitado pelo testador (art. 2182.º, n.º 2, al. b)). A questão era controvertida, dados os termos como o antigo Código Civil (art. 1740.º) consagrava o princípio da personalidade ou autofeitura do testamento, embora a orientação maioritária, corroborada por Assento

⁽¹⁴⁾ Cfr., por ex., M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 6.ª ed., Coimbra, 1994, págs. 13 e segs.

⁽¹⁵⁾ Cfr., por ex., PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, vol. II, 5.ª ed., Coimbra, 1962, pág. 377, nota 2

do Supremo Tribunal de Justiça de 21-VII-1944, se inclinasse para a invalidade de tais disposições (16).

C) Quanto às formas de testar, assinalam-se duas actualizações. Por um lado, compreensivelmente, ampliou-se o âmbito do testamento marítimo, tornado acessível a qualquer pessoa, a bordo de navio de guerra ou de navio mercante, viajando no mar, e não apenas aos militares e empregados civis em serviço público, a bordo de navios do Estado (art. 2214.º do Código Civil. vigente; art. 1948.º do Código Civil antigo); aliás, criou-se e assimilou-se-lhe o testamento realizado a bordo de aeronave (art. 2219.º). Por outro lado, admitiu-se o testamento feito em caso de calamidade pública (art. 2220.º).

D) Num crescendo de inovação do Código Civil de 1966, passemos ao montante da quota disponível. Não resisto a uma menção dos precedentes históricos.

É que a quota sucessória disponível se manteve, durante séculos, limitada a um terço dos bens. Esta «terça» de livre disposição surgiu da influência muçulmana na Península (17) e ainda transitou à versão originária do Código Civil de 1867, quando o testador deixasse descendência ou progenitores vivos (art. 1784.º, § único), embora excepcionada para metade, se apenas existissem ascendentes que não fossem o pai ou a mãe (art. 1787.º). De resto, a terça disponível poderia sofrer limitações, na medida em que nela se imputassem porções legitimárias de filhos perfilhados após o matrimónio do testador, que concorressem à herança com filhos legítimos ou legitimados do mesmo resultantes (art. 1785.º, n.º 2) (18).

Só por um diploma de 1910, pouco depois de implantada a República, se alargou para metade a quota disponível, nas situações gerais, e para dois terços, tratando-se de ascendentes do

(16) Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA (nota 15), pág. 373, nota 1.

(17) Ver PAULO MERÊA, *Sobre as origens da terça*, in «Estudos de Direito Hispânico Medieval», tomo II, Coimbra, 1953, págs. 55 e segs.

(18) Sobre esta solução, ver JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez Annotado*, 2.ª ed., Coimbra, 1898, vol. III, anotação ao art. 1785.º, págs. 333 e segs.

segundo grau ou de grau superior⁽¹⁹⁾. Tais normas foram integradas no Código Civil antigo, através da revisão de múltiplos dos seus preceitos, em 1930⁽²⁰⁾.

O Código Civil de 1966 também tomou posição quanto aos montantes da legítima e da conseqüente quota disponível. É manifesta a sua variação, tendo em conta o grau e — aspecto muito inovador — o número de herdeiros legitimários. Persistiu a orientação de apenas se integrarem nessa categoria os descendentes e os ascendentes (art. 2157.º).

Na hipótese dos descendentes, como a sua legítima abrangia metade ou dois terços da herança, consoante concorressem um só filho ou mais do que um (arts. 2158.º, n.º 1, e 2159.º), a quota disponível era, respectivamente, de metade ou de um terço. Sucedendo os pais do testador, cabia-lhes metade da herança (art. 2160.º), e, na falta destes, aos restantes ascendentes, apenas um terço (art. 2161.º). Dai decorriam quotas disponíveis de metade ou de dois terços.

E) Assinala-se, além disso, que o Código Civil de 1966 ampliou expressamente à sucessão testamentária o direito de representação (art. 2040.º), contudo só a favor dos descendentes legítimos do beneficiário da deixa que falecesse antes do testador ou que repudiasse a herança ou o legado (art. 2041.º, n.º 1). Esta diferença entre descendentes legítimos e ilegítimos não se verificava na sucessão legal (art. 2042.º).

F) Observemos, finalmente, que o novo Código Civil continuou a autorizar genericamente os fideicomissos num único grau (art. 2288.º). Manteve-se, pois, a solução introduzida pela reforma de 1930 no antigo Código Civil (art. 1867.º). Não se encontrou motivo, com efeito, para restringir as substituições fideicomissá-

(19) Decreto de 31 de Outubro de 1910, arts. 1.º, § único, 3.º e 4.º Ver, também, o art. 2.º, 2.º (in «Diário do Governo», n.º 23, de 1 de Novembro de 1910).

(20) Decreto n.º 19126, de 16 de Dezembro de 1930.

rias às categorias de pessoas previstas pela versão originária deste último preceito ⁽²¹⁾.

6. Penso que ficaram marcados os traços essenciais da transformação relevante que o Código Civil de 1966 introduziu, quanto ao tema apreciado, no regime do primeiro Código Civil português. Resta proceder à anunciada análise dos aspectos que traduzem o sentido da reforma verificada cerca de onze anos após.

Já apurámos, tanto as circunstâncias que a determinaram, como o facto de não se ter parado nas meras imposições constitucionais. Entendeu-se oportuno ir mais além. Examinemos umas e outras, sempre cingidos apenas — repete-se — à liberdade de testar e à quota legitimária ⁽²²⁾.

A) Uma alteração decorrente do aludido princípio constitucional da não discriminação entre filhos nascidos do casamento ou fora dele deu-se quanto à representação na sucessão testamentária. Observámos que foi uma inovação do Código Civil de 1966, em todo o caso restrita aos descendentes legítimos. Pela nova redacção o art. 2041.º, tal representação beneficia qualquer descendente, nascido ou não do matrimónio.

B) As modificações derivadas do princípio da igualdade jurídica dos sexos afiguram-se de menor relevo. Tal directriz levou, todavia, a afastar a preferência do varão no cabeçalato (art. 2080.º, n.º 4) e a do pai na administração da herança ou legado deixado a nascituro já concebido (art. 2240.º, n.º 2).

C) Na versão originária do Código vigente estabeleceu-se a regra geral da nulidade da disposição em benefício da pessoa com quem o testador tivesse cometido adultério. Ressalvavam-se os casos de o casamento se encontrar dissolvido ou os cônjuges esta-

⁽²¹⁾ Cfr. GALVÃO TELLES (nota 10), pág. 292. Apenas se admitiam as substituições fideicomissárias: «1.º Sendo feitas por pai ou mãe nos bens disponíveis, em proveito dos netos, nascidos ou por nascer»; «2.º Sendo feitas em favor dos descendentes, em primeiro grau, de irmãos do testador».

⁽²²⁾ Cfr., por todos, além do extenso preâmbulo do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, em especial n.ºs 47 e segs., CASTRO MENDES (nota 13), págs. 15 e segs.

rem separados judicialmente de pessoas e bens à data da abertura da sucessão (art. 2196.º). Ora, estas excepções foram ampliadas: a nova formulação legal abrange os cônjuges «separados judicialmente ou separados de facto há mais de seis anos à data da abertura da sucessão» (n.º 2, al. a)); e acrescenta-se a excepção de «a disposição se limitar a assegurar alimentos ao beneficiário» (n.º 2, al. b)).

D) O art. 2233.º, n.º 2, no seu texto primitivo, considerava válida a condição de não voltar a casar-se, aposta numa deixa testamentária a favor de cônjuge sobrevivente, contanto que se reunissem dois pressupostos: ser o testador o outro cônjuge, um seu ascendente ou descendente; e existirem filhos do casal. A nova redacção desse preceito, diversamente, admite a validade da deixa sujeita à condição resolutiva de voltar a casar-se, quem quer que seja o testador, desde que tenha por objecto o usufruto, uso, habitação, pensão ou outra prestação contínua ou periódica. Subjaz a ideia compreensível de que um direito destinado a assegurar a subsistência deve poder caducar se esta se mostra garantida de modo diverso ⁽²³⁾.

E) Quanto à caducidade das disposições testamentárias: por um lado, ampliou-se o âmbito do caso de o chamado à sucessão ser cônjuge do testador à hipótese de, posteriormente à morte deste, se proferir «sentença de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento» (art. 2317.º, al. d)); e, por outro lado, deixou de considerar-se a superveniência de descendentes como causa de caducidade da instituição, antes consagrada nos arts. 2318.º e 2319.º.

F) Reservei para o fim a alteração importante — que, aliás, chegou a debater-se no seio dos trabalhos preparatórios do Código de 1966 ⁽²⁴⁾ — da inclusão do cônjuge entre os herdeiros legítimá-

⁽²³⁾ Cfr. CASTRO MENDES (nota 13), pág. 22.

⁽²⁴⁾ No Anteprojecto, consideravam-se sucessíveis legítimos, não só os descendentes e os ascendentes, mas também o cônjuge (art. 152.º). A sua legítima consistia no usufruto de metade da herança e era devida mesmo que houvesse descendentes ou ascen-

rios. A providência resultou da intenção assumida de revalorizar o estatuto sucessório do cônjuge supérstite.

Supõe-se adquadro abrir um parêntesis para lembrar que a posição do cônjuge, dentro da escala dos sucessíveis *ab intestado*, não permaneceu uniforme desde a promulgação do Código Civil de 1867. Pelo regime originariamente estabelecido, na falta de descendentes e ascendentes, os irmãos e sobrinhos tinham sobre ele preferência absoluta (art. 2003.º) ⁽²⁵⁾. Depois, o aludido Decreto de 31 de Outubro de 1910 inverteu a ordem anterior, dando prioridade ao cônjuge sobrevivente (art. 6.º) ⁽²⁶⁾. Com a também já mencionada reforma de 1930, voltou-se à situação precedente: os irmãos e sobrinhos sucediam antes do cônjuge, mas não se esqueceu o interesse deste, pois atribuiu-se-lhe, na hipótese, o direito, como legatário legítimo, ao usufruto vitalício da herança (art. 2003.º e seu § único) ⁽²⁷⁾. Estas últimas soluções transitaram para o Código Civil de 1966 (arts. 2133.º e 2146.º-2148.º) ⁽²⁸⁾.

dentes (art. 163.º); só que, existindo outros herdeiros legitimários, parte do usufruto recaía sobre a legítima destes e outra parte sobre a quota disponível (art. 164.º). Tais propostas foram aceites pela Comissão Revisora, embora a 1.ª Revisão Ministerial viesse a afastá-las. Quanto aos progressivos passos dos preceitos referidos, consultar o volume *Direito das Sucessões — Trabalhos Preparatórios do Código Civil* (organizado por I. GALVÃO TELLES, com a colaboração de MÁRIO BIGOTTE CHORÃO), Lisboa, 1972, págs. 68 e 70 (arts. 152.º, 163.º e 164.º do Anteprojecto), 240 e 244 (Actas da Comissão Revisora), 397 (art. 2215.º — 1.ª Revisão Ministerial), 500 (art. 2157.º — 2.ª Revisão Ministerial), 602 (art. 2157.º — Projecto do Código Civil) e 795 (Tabela de correspondências).

⁽²⁵⁾ O cônjuge sobrevivente ocupava, portanto, o quarto lugar na linha dos sucessíveis, mas seria afastado da sucessão «achando-se judicialmente separado de pessoas e bens por culpa sua» (art. 2003.º, parte final).

⁽²⁶⁾ A sucessibilidade do cônjuge sobrevivente depende agora de, ao tempo da morte do *de cuius*, não se encontrarem «divorciados ou separados de pessoas e bens, por sentença passada em julgado» (art. 6.º, parte final).

⁽²⁷⁾ Tanto num caso como no outro se fez depender o direito do cônjuge sobrevivente do facto de não existir divórcio ou separação de pessoas e bens, com sentença transitada em julgado (art. 2003.º e § único, partes finais). Acrescente-se que a situação do cônjuge sobrevivente era ainda acautelada no art. 1969.º, § único (que lhe atribuía a propriedade plena dos «géneros e frutos colhidos ou pendentes, destinados e necessários ao consumo do casal») e nos arts. 1995.º e 1999.º (reconhecendo-se-lhe o usufruto de metade da herança, quando fossem chamados à sucessão ascendentes ilegítimos do *de cuius*).

⁽²⁸⁾ Na restrição de não se tratar do cônjuge divorciado ou judicialmente separado de pessoas e bens, refere-se agora «por sentença que já tenha transitado ou venha a transitar em julgado» (art. 21.º 48.º, parte final).

A diferença profunda deveu-se à reforma de 1977: o cônjuge passa a integrar a primeira e a segunda classe de sucessíveis, respectivamente, com os descendentes ou os ascendentes do falecido (art. 2133.º, n.ºs 1 e 2). A partilha entre o cônjuge e os filhos faz-se por cabeça, embora a quota do cônjuge não possa ser inferior a uma quarta parte da herança (art. 2139.º, n.º 1). Quando, na falta de descendentes, sucedam o cônjuge e os ascendentes, ao cônjuge pertencerão duas terças partes da herança e aos ascendentes uma terça parte (art. 2142.º, n.º 1).

Tal disciplina aplica-se qualquer que seja o regime de bens do casamento. Afastou-se, contudo, como até aí se verificava, no caso de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens (art. 2133.º, n.º 3). Regras estas que vigoram ainda para a sucessão legitimária, em que se inclui o cônjuge, ao lado das categorias tradicionais dos descendentes e dos ascendentes (art. 2157.º).

Observou-se que o montante legitimário dos descendentes era de metade ou de dois terços da herança, conforme concorressem apenas um ou vários. Do mesmo modo, a legítima do cônjuge é de metade da herança (art. 2158.º), mas a do cônjuge e dos filhos, em caso de concurso, passa a dois terços (art. 2159.º). Logo, obtêm-se as quotas disponíveis de metade ou de um terço.

Também se observou que a legítima dos ascendentes do primeiro grau abrangia metade da herança e a dos restantes só um terço. Ora, a legítima do cônjuge e dos ascendentes que concorrem à sucessão é de dois terços (art. 2161.º). Portanto, a quota disponível fica restrita a um terço.

Comprova-se pelo exposto o assinalado propósito de revalorizar a posição sucessória do cônjuge viúvo. A todas as consequências inerentes à qualidade de herdeiro legitimário, como, por exemplo, os reflexos que essa situação tem na partilha em vida (art. 2029.º) ⁽²⁹⁾, juntam-se as atribuições preferenciais relativas ao direito de habitação da casa de morada da família e ao direito ao uso do seu recheio (arts. 2103.º-A — 2103.º-C) ⁽³⁰⁾.

⁽²⁹⁾ Ver, por ex., M. J. ALMEIDA COSTA, *Noções de Direito Civil*, 3.ª ed., Coimbra, 1991, págs. 554 e seg.

⁽³⁰⁾ Ver, por ex., M. J. ALMEIDA COSTA, (nota 29), págs. 551 e seg.

Reconhece-se a bondade das razões que alicerçam a orientação adoptada pelo legislador de 1977 ⁽³¹⁾, polarizadas em torno da colaboração do cônjuge sobrevivente no incremento e conservação do património e da ideia moralizante da manutenção do seu teor de vida ⁽³²⁾. Aspectos ligados à potenciação moderna da família nuclear ou pequena família.

Porém, não deixam de aduzir-se, em contrário, argumentos ponderosos. Concretamente: o de que a atribuição de um usufruto vitalício — solução que quase vingara em 1966 ⁽³³⁾ — asseguraria a situação económica do cônjuge supérstite, sem os riscos de eventuais conflitos e choques com os descendentes ou ascendentes, na partilha imediata da herança; o de que muito afecta a estrutura da família baseada em vínculos de consaguinidade, podendo bens de uma estirpe passar para outra, através de ulterior matrimónio ou relação de facto de um ascendente; o da contradição que envolve, tanto no que toca à substituição do regime supletivo da comunhão geral de bens pelo da simples comunhão de adquiridos (art. 1717.º) e à imposição imperativa da separação de bens aos nubentes que tenham completado os sessenta anos de idade (art. 1720.º, n.º 1, al. b)) ⁽³⁴⁾, como no que toca ao aspecto que determina, em regra, quer a convenção do regime da separação de bens, quer a inclusão de cláusulas de incomunicabilidade nas doações e

⁽³¹⁾ Cfr. NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Posição sucessória do cônjuge sobrevivente*, Lisboa, 1981 (separata do livro «Reforma do Código Civil», cit.), e também JOSÉ A. DE FRANÇA PITÃO, *A posição do cônjuge sobrevivente no actual direito sucessório português*, 3.ª ed., Coimbra, 1994, que se ocupa do tema desde o Código Civil de 1867.

⁽³²⁾ Já não era estranho a esta ideia o apanágio do cônjuge sobrevivente, assegurado pela herança do cônjuge falecido, que se exerce contra qualquer beneficiário desta (Código Civil antigo, arts. 1231.º e 1232.º, § único; Código Civil actual, art. 2018.º) Isto, para além da figura comum do direito a alimentos (Código Civil antigo, art. 172.º, Código Civil actual, art. 2020.º). Parece manifesto que a justificação do apanágio se mostra menos evidente ou um tanto duvidosa depois do estatuto sucessório do cônjuge sobrevivente criado pela reforma de 1977.

⁽³³⁾ Cfr., *supra*, nota 24.

⁽³⁴⁾ Repare-se que a reforma de 1977 aboliu a imperatividade do regime da separação de bens para quem tivesse filhos nascidos de anterior casamento (art. 1720.º, n.º 1, al. c), da versão originária do Código Civil de 1966), substituindo-a pela mera proibição da estipulação da comunhão geral ou da comunicabilidade de bens que seriam próprios no regime da comunhão de adquiridos (arts. 1699.º, n.º 2, e 1722.º). Esta proibição, aliás, aplica-se, quer se trate de filhos nascidos do casamento ou fora dele.

deixas feitas ao cônjuge falecido ⁽³⁵⁾. E a concepção da pequena família estará assim tão pujante e distanciadora da família clássica?

Dobradas quase duas décadas sobre a vigência do actual estatuto sucessório do cônjuge, a prática revela, com alguma frequência, expedientes utilizados para contorná-lo. O mais corrente será o de as pessoas com filhos de uma relação anterior aceitarem situações de mera união de facto. Também se comprova a solução de os nubentes procederem à alienação prévia dos seus bens. Talvez menos comum, mas não inédito, é o caso dos que, por escrúpulos de moralidade e de fé, realizam o simples matrimónio católico no estrangeiro, que, sem a transcrição exigida, que se omite, não produz efeitos perante a lei civil portuguesa. O exemplo vale, evidentemente, até com maior amplitude, para os puros casamentos celebrados no âmbito de outras crenças religiosas.

As situações equacionadas fazem certa luz quanto ao problema, embora não existam análises quantitativas deste fenómeno de fuga ao postulado de que «o casamento 'valha necessariamente, uma herança» ⁽³⁶⁾. Fica, pelo menos, a dúvida sobre a oportunidade de repensar, nos seus vários ângulos, o regime legal vigente.

7. Chego ao remate da minha síntese, que, bem reconheço, esteve longe de ser exaustiva. Mas consinta-se-me, ainda, que saliente — como quem presta uma homenagem — o engenho e a perícia que se entrevêm nos juristas de Goa — doutrina e jurisprudência —, ao superarem as dificuldades inevitáveis da utilização de normas de índole europeia continental num sistema em que predomina e inspiração anglo-saxónica, com um significado típico do precedente judiciário ou *case law*.

⁽³⁵⁾ Quanto às críticas à solução da reforma de 1977, ver, entre outros, JOAQUIM FERNANDO NOGUEIRA, *A Reforma de 1977 e a posição sucessória do cônjuge sobrevivente*, in «Revista da Ordem dos Advogados», ano 40, Lisboa, 1980, n.º III, págs. 663 e segs., em especial págs. 683 e segs., DIOGO PAREDES LEITE DE CAMPOS, *Parentesco e sucessão*, in «Bol. da Fac. de Dir.», cit., vol. LVI, págs. 131 e segs., em especial págs. 149 e segs., e *Parentesco, casamento e sucessão*, in «Rev. da Ord. dos Adv.», cit., ano 45, n.º I, págs. 13 e segs., em especial págs. 40 e segs., ANTUNES VARELA, *Código Civil*, in «Pólis — Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado», vol. 1, Lisboa, 1983, designadamente pág. 943, e JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Sucessões*, 4.ª ed., Coimbra, 1989, págs. 352 e segs.

⁽³⁶⁾ Encontra-se esta expressão sugestiva nas exposições de DIOGO LEITE DE CAMPOS (nota 34), respectivamente, págs. 149 e 44.