

# OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO CÔNJUGE SOBREVIVO

RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA  
*Universidade de Coimbra*

## 1. INTRODUÇÃO. BREVE RESENHA HISTÓRICA

É quase sempre no direito romano que temos de encontrar as bases ou raízes dos regimes jurídicos romanistas contemporâneos, *v. g.*, do direito português, pelo seu largo período de vigência, pela sua formação cautelosa e prudente e pelo modo como serviu para consolidar o Império, o que conduziu ao seu gradual aperfeiçoamento e realística adaptação. Daí a sua actualidade. Assim acontece em matéria da posição sucessória do cônjuge sobrevivivo. Com efeito, encontramos no direito romano uma tutela do cônjuge sobrevivivo do *pater familias*, o que é surpreendente neste ponto, dado que tal direito se formou numa sociedade patriarcal de grande família, com uma inteira predominância do *pater familias*.

Vejamos, pois, algumas linhas mestras do direito romano neste campo.

Na *sucessão legítima*, segundo o *ius civile*, a *uxor in manu* <sup>(1)</sup> estava *filiae loco*, tendo a mesma quota do filho do *de cuius* (Gaius 3, 1-7).

---

artículo 762 reduce la legítima de un hijo a la mitad si los padres no tienen con él la relación de proximidad que existe habitualmente entre padres e hijos.

<sup>(46)</sup> La ley modifica también otros principios básicos del Derecho sucesorio en los que no entramos en este trabajo. Así por ejemplo la nueva redacción del artículo 831 del Código civil dando amplias facultades al cónyuge sobreviviente, o pareja de hecho, para mejorar y distribuir la herencia entre hijos y descendientes comunes viene a suponer casi el reconocimiento de un testamento realizado por otra persona en contra del carácter

O *ius praetorium* procurou ultrapassar certos defeitos do *ius civile*, criando quatro classes de sucessíveis legítimos. A *uxor in manu* mantinha-se na 1.<sup>a</sup> classe (*unde liberi* e *unde legitimi*). O cônjuge só era chamado na 4.<sup>a</sup> classe (*unde vir et uxor*), nomeadamente, no caso de *uxor sine manu* (2).

Nas *Novelas* iniciais o direito a suceder do cônjuge era omitido, pelo que se vem entendendo que vigorava o direito anterior e portanto o direito de suceder do cônjuge (3).

Na Novela 53, do ano 537, instituiu-se o *quarto* da chamada *viúva pobre*, aquela que não tinha doação matrimonial nem dote, quando concorresse *com os filhos*.

Na Novela 117, na ausência de filhos, a mulher tinha sempre direito a um quarto da herança; se houvesse filhos, a mulher tinha só direito a uma quota em usufruto (4).

A sucessão *testamentária* veio a excluir a sucessão legítima, mas a mulher podia ser instituída herdeira testamentária no próprio testamento *per aes et libram* (5).

Mas o testamento foi objecto de limites instituídos pela lei (6). Inicialmente, de carácter formal, obrigavam o testador a mencionar no testamento,

---

personalísimo del artículo 670 del Código civil.

(1) A *conventio in manu* é, como se sabe, o acordo, que pode ser acrescentado ao casamento, por virtude do qual a mulher, devidamente autorizada, abandona a sua família agnática de origem para ingressar na família agnática do marido. Ficará, então, sujeita à *patria potestas* do marido (*in loco filiae*), se este é *sui iuris*, ou à *patria potestas* do *pater* do marido (*in loco neptis*), se este é ainda *filiusfamiliae*. Sobre a autonomia da *conventio in manu* face ao contrato matrimonial propriamente dito, cfr. BRAGA DA CRUZ, G., e ALMEIDA COSTA, M. J., *Lições de Direito Romano*, Coimbra, Silva e Sousa, 1958, pág. 523 e seg.

(2) Cfr. MAX KASER, *Direito Privado Romano*, (trad. Rodrigues e Hämmerle), Lisboa, Gulbenkian, 1999, págs. 372 a 377; PASQUALE VOICI, *Diritto Ereditario Romano*, II, Milano, Giuffrè, 1963, págs. 5 a 17, e BRAGA DA CRUZ, G., *História do Direito Privado*, Coimbra, Silva e Sousa, 1955, págs. 86 a 90 e 109 a 128.

(3) Nomeadamente, MAX KASER, *ob. cit.*, pág. 378.

(4) Cfr. ANA C. F. SOUSA LEAL, *A Legítima do Cônjuge Sobrevivo*, Coimbra, Almedina, 2004, pág. 36.

(5) Ou seja, pelo testamento destinado a deixar o património a um fiduciário que ficava encarregado de executar a vontade do testador e normalmente de transmitir os bens a pessoa determinada, assim se limitando a sucessão intestada e, mais tarde, a excluindo. Diferentemente, as formas iniciais de *testamenta* (*calatis comitiis* e *in procinctu*) não visavam instituir um herdeiro testamentário em lugar dos herdeiros legítimos, mas apenas criar um herdeiro a quem dele carecia, através de um negócio jurídico familiar.

A liberdade testamentária veio, porém, de tal modo a acentuar-se que a sucessão tes-

sob sanção de invalidade, os *heredes sui*, incluindo o seu cônjuge *cum manu*, obrigando-o a ponderar devidamente o seu afastamento total ou parcial. Depois, surgiu a *querela inofficiosi testamenti*, acção em que o testamento podia ser substancialmente impugnado quando o testador, face à sucessão concreta, violasse o *officium pietatis*, o seu dever de respeito e auxílio aos familiares mais próximos, argumentando-se retoricamente que aquele só podia ter agido assim por perturbação mental (*insania*) e deixando-se uma larga margem de arbítrio ao juiz na decisão <sup>(7)</sup>. Mas por influência da *lex Falcidia* estabeleceu-se uma legítima global, que inclui o cônjuge sobrevivivo *cum manu*, de um quarto da quota intestada e na Novela 18, de 536, aumenta-se tal legítima para um terço ou metade, havendo, respectivamente, até quatro filhos, contando como tal o cônjuge *in loco filiae*, ou mais <sup>(8)</sup>.

Podemos, assim, concluir que o direito romano já contém os germes dos *regimes romanistas actuais* mais progressivos em matéria de protecção do cônjuge sobrevivivo.

Tal situação é tanto mais relevante quanto no direito germânico, ao tempo de Tácito, vigorava uma comunidade doméstica com propriedade de mão comum (*Hausgemeinschaft*), mas só os descendentes herdavam, que não o cônjuge sobrevivivo, e era desconhecido o testamento <sup>(9)</sup>.

Na *Idade Média*, em particular com a necessidade de manter a integridade da propriedade rural enquanto principal meio de produção, surgem os privilégios da primogenitura, para além dos da masculinidade, respeita-se a troncalidade em matéria sucessória e o cônjuge sobrevivivo é postergado na sucessão <sup>(10)</sup>.

A *Revolução Francesa* instituiu o livre acesso, a mutabilidade e a “sacralidade” da propriedade privada e o liberalismo económico, eliminando o *ancien régime* com a sua propriedade imóvel não transmissível sucessoriamente fora dos privilégios da primogenitura e da masculinidade e com a sua sujeição dos servos da gleba à terra. Todavia, à instituição do casamento civil

---

tamentária excluía a sucessão legítima ou intestada, sendo esta admitida apenas na ausência ou invalidade do testamento. Daí a máxima: *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest*. Desde que houvesse testamento, os bens aí não mencionados pertenciam, tal como os mencionados, ao herdeiro instituído.

Cfr. MAX KASER, *ob. cit.*, págs. 369, 372 e 379 e segs. e PASQUALE VOCI, *ob. cit.*, II, págs. 64 e segs. e 70.

<sup>(6)</sup> A liberdade testamentária decorria de o *pater familias* ser considerado formalmente como o único titular do património familiar. Ver PASQUALE VOCI, *ob. ant. cit.*, pág. 138.

<sup>(7)</sup> Cfr. MAX KASER, *ob. cit.*, págs. 391 e 394, e PASQUALE VOCI, *ob. cit.*, II,

e à admissão do divórcio na Revolução Francesa não se seguiu uma libertação da mulher face ao marido. Esta continuou subjugada ao marido, pois na redacção inicial do art. 213.º do Código Civil Napoleónico “o marido deve *protecção* à sua mulher e a mulher *obediência* ao seu marido” (11), o que aliás foi confirmado na Lei de 22 de Setembro de 1942 que declarou “o marido como chefe de família” e tal só veio a ser alterado no sentido da igualdade pela Lei n.º 70/459, de 4 de Junho de 1970. Por sua vez, era quase irrelevante a posição sucessória do cônjuge sobrevivente na redacção inicial do mesmo Código (arts. 765.º e segs. e 913.º e segs.), não sendo sucessor legitimário e a sua vocação *ab intestato* apenas tinha lugar após os descendentes, ascendentes e colaterais até ao 12.º grau (12).

Nos *regimes de economia estatizada*, que ocorreram após a Revolução Russa de Outubro de 1917, encontramos como condicionante e determinante de todo o sistema jurídico um predomínio dos bens da chamada *propriedade colectiva*. Estes bens eram os mais importantes, porque abrangiam em geral todos os bens destinados à *produção* de outros bens, ou seja, os bens de produção. Tais bens pertenciam ao Estado. Apenas os bens de propriedade singular ou pessoal eram susceptíveis de transmissão sucessória. Estes bens eram de valor diminuto (na ex-União Soviética e países então satélites) e continuam a sê-lo (na China, Cuba, Coreia do Norte e Vietname), embora nalguns regimes, nomeadamente na ex-Jugoslávia, tivesse havido, por uma Lei de 1974, a possibilidade de ocorrer transmissão sucessória relativamente a terrenos que, em princípio, não podiam ser superiores a dez hectares.

Mas uma característica importante do sistema de economia estatizada foi o facto de nele haver vários círculos de sucessores legais, englobando cada um várias categorias de herdeiros, e de o cônjuge sobrevivente ocupar uma posição prioritária. Assim, no Código Civil russo de 1964 e em outros Códigos de tal sistema, considerava-se na primeira escala de sucessíveis os filhos, o *cônjuge* e os pais (13).

Com o *advento da sociedade contemporânea*, firmado amplamente o pro-

---

pág. 733 e seg.

(8) Cfr. MAX KASER, *ob. cit.*, pág. 395.

(9) Cfr. GALVÃO TELLES, Inocêncio, *Apontamentos para a História do Direito das Sucessões Portugêses*, Lisboa, Universidade, 1963, págs. 73 e segs., e ANA LEAL, *ob. cit.*, págs. 36 e segs.

(10) Ver GALVÃO TELLES, *ob. cit.*, págs. 87 e segs; ANA LEAL, *ob. cit.*, págs. 41 e segs., e BRAGA DA CRUZ, Guilherme, *O Direito da Troncalidade e o Regime Jurídico do Património Familiar*, I, Braga, Liv. Cruz, 1941, págs. 19 e segs.

cesso de industrialização a partir do fim da segunda Grande Guerra, encontramos, em diversos países, uma *família nuclear*, quase se circunscrevendo ao marido, à mulher e aos filhos solteiros; por vezes, de facto, de base igualitária, de funções diferenciadas ou indiferenciadas e de formas familiares sequencialmente adaptadas às estratégias da organização da vida contemporânea.

Com a plena liberdade e igualdade feminina, o divórcio lato e sobretudo com a emancipação da mulher através da sua profissão, têm emergido profundas consequências na composição da família. Surgem-nos, a par das famílias nucleares tradicionais, as famílias monoparentais dado o continuado acréscimo de mães solteiras e os divórcios dos progenitores, e as famílias multifacetadas face a segundos casamentos dos progenitores, cada um dos quais muitas vezes com filhos à sua guarda e com filhos comuns do 2.º casamento. Assim poderá falar-se de uma terceira vaga da industrialização e de uma família pós-moderna<sup>(14)</sup>. A família, em diversos países industrializados e com uma legislação progressista, surge-nos agora com uma posição de igualdade entre o homem e a mulher, compaginando-se melhor com uma tutela da posição sucessória do cônjuge sobrevivivo em igualdade com os descendentes ou ascendentes.

## 2. QUADRO JURÍDICO DA POSIÇÃO SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE EM SISTEMAS ROMANISTAS

A concepção de propriedade e o sistema sucessório (nomeadamente, quanto à posição sucessória do cônjuge sobrevivivo) do Código Civil napoleónico foram adoptados pelos códigos civis de oitocentos e mesmo pela generalidade dos de novecentos, sem prejuízo de uma evolução histórica no sentido de uma ligeira melhoria daquela posição<sup>(15)</sup>. Assim, em muitos países capitalistas *actuais* o cônjuge sobrevivivo não é sucessível legitimário e está na sucessão legítima numa situação inferior aos descendentes, aos ascendentes e aos irmãos, sucedendo portanto na quarta classe. É o que acontece ainda hoje em França onde, após as leis de 26.3.1957 e de 3.1.1972, o cônjuge sucede *ab intestato* depois dos descendentes; ascendentes do 1.º grau; irmãs, irmãos

---

(11) Sobre a situação da mulher na pós-revolução, cfr. MICHELLE PERROT, *Personagens e papéis*, em “História da Vida Privada”, 4, Lisboa, Afrontamento, 1990, págs. 121 e segs.

(12) Para desenvolvimentos, MAZEAUD, Henri, Léon e Jean, *Leçons de Droit Civil*, T. 4.º, vol. 2.º, Paris, Montchrestien, 1980, págs. 9 e 118 e seg.

e seus descendentes; e ascendentes do 2.º grau e seguintes (arts. 746.º a 753.º e 765.º a 767.º CCfr.) <sup>(16)</sup> bem como não é sucessível legítimo (arts. 913.º a 916.º CCfr.).

No polo oposto, nomeadamente, os sistemas jurídicos italiano, belga, holandês e brasileiro consagram regimes sucessórios do cônjuge muito mais favoráveis a estes.

No direito *italiano* foram, pela Lei n.º 151 de 19 de Maio de 1975, alterados profundamente os arts. 581.º a 585.º do Código Civil de 1942 e o cônjuge sobrevivente passou a concorrer na sucessão legítima a par com os filhos e, por direito de representação com os outros descendentes (tendo direito a metade da herança se concorrer com um filho e a um terço nos outros casos) e, na ausência de descendentes, com os ascendentes legítimos, e irmãos e irmãs mesmo que unilaterais, do *de cuius* (tendo direito a dois terços de herança). Sucederá na totalidade da herança na falta de filhos legítimos ou naturais, de ascendentes e de irmãos ou irmãs. Do mesmo modo foram modificados os arts. 536.º a 544.º e o cônjuge sobrevivente também passou a ser considerado herdeiro legítimo e a ter direito à atribuição preferencial na habitação da residência familiar e ao uso do recheio da casa <sup>(17)</sup>.

A Lei *belga* de 14 de Maio de 1981, dando novas redacções aos arts. 913.º a 918.º do Código Civil belga, tornou o cônjuge sobrevivente herdeiro legítimo e legítimo em concurso com descendentes e, na ausência destes, com ascendentes e irmãos e seus descendentes <sup>(18)</sup>.

Mais favorável ainda é o direito *holandês*, pois, pela Lei de 1 de Janeiro de 1992, o cônjuge sobrevivente é assimilado a um filho. Na ausência de des-

<sup>(13)</sup> Sobre a história e características do sistema sucessório dos regimes de economia estatizada, cfr. CAPELO DE SOUSA, R., *Lições de Direito das Sucessões*, I, 3.ª ed., págs. 126 e segs. e 145 e segs., e 4.ª ed., págs. 96 e segs. e 109 e segs.

<sup>(14)</sup> ALVIN TOFFLER, *A Terceira Vaga*, Lisboa, Livros do Brasil, 1984, pág. 370, considera mesmo um desmoronamento da família nuclear, próprio da fase pós-industrial ou de terceira vaga.

<sup>(15)</sup> Sobre a história e diversos regimes do sistema sucessório individual-capitalista, cfr. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, I, págs. 93 e segs. e 99 e segs.

<sup>(16)</sup> Sem prejuízo, por força de leis de 3.12.1930, de 26.3.1957 e de 3.1.1972, do direito *de plena propriedade a metade* da herança se o *de cuius* deixa apenas ascendentes na linha paterna ou na materna, em que o cônjuge receberá a parte da outra linha (art. 766.º CCfr.) e do *direito de usufruto* deste a um *quarto* da herança na vocação de um ou vários descendentes e a *metade* caso o defunto deixe irmãos, irmãs ou seus descendentes, ascendentes e filhos extramatrimoniais concebidos durante o casamento, não sendo cumuláveis o direito de propriedade e o direito de usufruto (art. 767.º CCfr.). Cfr. MAZEAUD, *ob.*

cedentes, o cônjuge herda tudo <sup>(19)</sup>.

No novo Código Civil *brasileiro*, o cônjuge sobrevivivo é sucessor legítimo e legitimário em concurso com os descendentes (na 1.<sup>a</sup> classe) e em concurso com os ascendentes (na 2.<sup>a</sup> classe) bem como é herdeiro único na 3.<sup>a</sup> classe de sucessíveis (arts. 1829.<sup>o</sup> e segs. e 1845.<sup>o</sup> e segs.).

Num plano intermédio de protecção sucessória do cônjuge sobrevivivo, surgem-nos, *v. g.*, a Espanha e a Alemanha.

No direito *espanhol* deparamos com o cônjuge sobrevivivo a suceder legitimamente em terceiro lugar, com a Lei n.<sup>o</sup> 11 de 1981, de 13 de Maio, após os filhos e seus descendentes e os pais e demais ascendentes (arts. 931.<sup>o</sup> a 944.<sup>o</sup> CCesp.) e antes dos irmãos e seus descendentes. Além do que, esta redacção de 1981 considerou o cônjuge como *usufrutuário legitimário*: *a)* de metade da herança quando concorre legitimariamente com filhos adulterinos do seu cônjuge concebidos durante o casamento de ambos ou com ascendentes dele (art. 837.<sup>o</sup>) e *b)* de uma *terça parte* quando concorre com filhos nascidos dentro e fora do casamento, que foram equiparados também por esta lei com excepção dos adulterinos (arts. 834.<sup>o</sup> a 837.<sup>o</sup>) <sup>(20)</sup>.

A Lei *alemã* para a Igualdade Sucessória dos Filhos de 16/12/1997, tratou igualmente os filhos nascidos dentro e fora do casamento. Todavia, relativamente ao cônjuge o direito alemão continua a considerá-lo, ainda, com certo desfavorecimento (como resulta dos §§ 1931 e 1926) pois o cônjuge sobrevivivo, concorrendo com *descendentes* do *de cuius* é chamado a suceder como herdeiro *legítimo* apenas em um quarto e com *pais* e seus descendentes, *irmãos* e *sobrinhos* do *de cuius* ou com *avós* é chamado a metade da herança. Se os descendentes de avós concorrerem com avós então o cônjuge recebe também *da outra metade* a quota que caberia aos tios e sobrinhos. Caso não existam descendentes, nem pais e seus descendentes nem avós o cônjuge recebe a totalidade da herança.

Porém, é preciso atender ainda aos regimes de bens matrimoniais alemães. Porque quando os cônjuges são casados no regime supletivo legal, que é a *comu-*

---

*cit.*, págs. 120 e seg. e 124 a 129.

<sup>(17)</sup> Cfr. MIRONI, Antonino, I, *diritti successorio del cônjuge*, Nápoles, Jovene Ed., 1984.

<sup>(18)</sup> Cfr., a este respeito, ROBERT BOURSAU, *Les droits successoraux du conjoint survivant*, Bruxelles, Larcier, 1982, págs. 65 e segs. e 295 e segs., e PHILIPPE DE PAGE, *La réforme des droits successoraux du conjoint survivant et des libéralités entre époux*, «Rev. Trim. de Droit Familial», 1981, 2, págs. 115 e segs.

<sup>(19)</sup> Ver KOKKINI-IATRIDOU, D., *Pays-Bas*, em «Legislation Comparée», Paris, Edi-

*nhão de adquiridos*, e o casamento se extingue por morte de um dos cônjuges, a repartição dos bens adquiridos pelos cônjuges durante o casamento realizar-se-á de tal forma que a quota hereditária legal do cônjuge sobrevivente aumentará em um quarto relativamente ao caudal hereditário, nos termos dos §§ 1371, n.º 1, e 1931, n.º 3, do BGB. Diferentemente, pelo n.º 4 do § 1931 do BGB, no caso de morte de pessoa casada no regime de *separação de bens* e de chamamento como sucessores legais do cônjuge sobrevivente e de um ou dois filhos do autor da herança herdada todos em partes iguais.

Por sua vez, a quota legitimária é uniformemente de metade do valor da porção hereditária legítima, sendo herdeiros legitimários os descendentes, os pais e o *cônjuge*, nos termos acima referidos (§ 2.303 BGB) <sup>(21)</sup>.

### 3. DIREITO PORTUGUÊS

#### I) Regime imediatamente anterior ao actual. A redacção inicial do Código Civil de 1966

Na redacção inicial do Código Civil de 1966 o cônjuge sobrevivente não era herdeiro legitimário e apenas era sucessível legítimo, de acordo com os arts. 2133.º e 2147.º, na falta de descendentes, ascendentes e irmãos e seus descendentes. Ocupava, pois, o quarto grau na ordem da sucessão legítima. Todavia, o cônjuge sobrevivente, tinha, como legatário, um direito ao usufruto

---

tions Techniques, Juris-Classeurs, 1992, 8, pág. 13.

<sup>(20)</sup> O Código Civil espanhol não menciona a sucessão legitimária como uma espécie autónoma de sucessão, mas apenas como um limite à sucessão testamentária. Nomeadamente, não tendo o *de cuius* descendentes nem ascendentes, ele pode dispor testamentariamente da totalidade dos bens, só que nesse caso o *usufruto legitimário* do cônjuge sobrevivente é de dois terços da herança (art. 838.º). Cfr., sobre a legítima do cônjuge, MANUEL ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, V, *Derecho de Sucesiones*, Barcelona, 1944, págs. 375 e segs., e ANA SOUSA LEAL, *ob. cit.*, págs. 81 e segs.

<sup>(21)</sup> Cfr. LANGE, H., e KUCHINKE, K., *Lehrbuch des Erbrechts*, Munique, Beck, 1978, págs. 603 e segs.

<sup>(22)</sup> Pelo art. 1969.º na redacção inicial do Código Civil de 1867, o cônjuge sobrevivente sucedia na 4.ª classe, após os descendentes, ascendentes e irmãos e seus descendentes. O Decreto republicano de 31 de Outubro de 1910 passou o cônjuge para a 3.ª classe por troca com os irmãos e seus descendentes. Mas a Reforma de 1930 repôs a primazia destes, concedendo no entanto ao cônjuge o direito ao usufruto vitalício de toda a herança quando os irmãos e seus descendentes fossem chamados à sucessão.

FRANÇA PITÃO, J. A., *A Posição do Cônjuge Sobrevivente no Actual Direito Sucessório Por-*

vitalício da herança, mas, apenas, se a herança fosse deferida aos irmãos ou seus descendentes (22). A redacção inicial do Cod. Civil de 66 afastou-se mesmo de propostas dos arts. 163.º e 164.º do Anteprojecto, que concediam ao cônjuge sobrevivivo melhores direitos, uma vez que, segundo elas, o cônjuge passaria a ser herdeiro legitimário e a sua legítima consistiria no usufruto de metade da herança e seria devida mesmo que houvesse descendentes ou ascendentes (23). Além disso, o cônjuge sobrevivivo tinha já na redacção inicial do Código Civil de 66, nos termos do art. 2018.º, um direito de apanágio, ou seja, de ser alimentado pelos *rendimentos* dos bens deixados pelo falecido. Mas este direito de alimentos dependia, nos termos gerais, das possibilidades do alimentante, que era apenas os rendimentos da herança, e das carências do alimentado, que seriam carências não diremos mínimas mas apenas básicas (refira-se o termo “indispensável” do art. 2003.º, n.º 1). Com o que não se assegurava uma protecção condigna ao cônjuge, isto é, a manutenção, na medida do possível, do nível anterior à morte do outro cônjuge.

## II) Regime da Reforma de 1977 do Código Civil

### I — Generalidades

Esta reforma estabeleceu um regime totalmente diferente a favor do cônjuge sobrevivivo. Assim, o cônjuge concorre na 1.ª classe da linha sucessória legítima e legitimária conjuntamente com os descendentes (arts. 2133.º, n.º 1, al. a), 2139.º, n.º 1, e 2157.º). Nesta situação o cônjuge tem ainda um tratamento favorável na medida em que neste concurso não pode receber uma quota parte inferior a uma quarta parte da herança ou a uma quarta parte da legítima global (arts. 2139.º, n.º 1, 2.ª parte, e 2157.º). Embora a partilha se faça por cabeça, dentro da universalidade da herança ou da legítima global, aquela quota mínima tem interesse prático quando o cônjuge concorra com 4 ou mais filhos.

Por sua vez, o cônjuge sobrevivivo goza do direito de crescer, na nova redacção do art. 2137.º, n.º 2, quando é chamado à herança legítima ou legitimária

---

*tuguês*, Coimbra, Almedina, 1994, pág. 24, opina que o cônjuge sobrevivivo na primeira redacção do Código Civil de 1966 tem uma posição inferior à da última redacção do Código de 1867, argumentando que naquele Código vigora o regime supletivo de comunhão de adquiridos enquanto no segundo valia o regime da comunhão geral de bens. Discordamos, pois tudo, nomeadamente o quantitativo de cada meação, num ou noutro regime, depende da titularidade e do valor dos bens próprios e comuns, ou seja, de o côn-

simultaneamente com descendentes e algum ou alguns, mas não todos, dos descendentes chamados, qualquer que seja o seu número, não possam ou não queiram aceitar a herança. Porém, aqui também sem prejuízo do direito de representação (art. 2138.º).

Por outro lado, o cônjuge, concorrendo com ascendentes, recebe uma quota parte superior aos próprios ascendentes, ou seja, terá sempre direito a uma quota parte de dois terços da universalidade da herança legítima ou de dois terços da legítima global (arts. 2142.º, n.º 1, e 2157.º).

Além do que, poderá acontecer ainda que não haja descendentes nem ascendentes e que, para além de outros familiares, exista cônjuge sobrevivido do autor da herança. Neste caso, o cônjuge recebe a totalidade da herança ou, havendo disposições testamentárias ou contratuais válidas (arts. 2131.º, 2144.º e 2157.º), pelo menos metade da herança (art. 2158.º).

Finalmente, também o Código Civil português atribui, na linha do tratamento sucessório mais favorável do cônjuge, introduzido pela Reforma de 1977, uma atribuição preferencial legal relativamente à casa de morada de família e ao uso do respectivo recheio (arts. 2103.º-A a 2103.º-C). Assim, o cônjuge sobrevivido tem direito a ser encabeçado no momento da partilha no *direito de habitação da casa de morada de família* e no *direito do uso do respectivo recheio* quando tais bens pertençam em *propriedade à herança* por, nomeadamente, serem bens próprios do *de cuius* ou bens comuns do ex-casal. Repare-se porém, que a norma em causa não atribui ao cônjuge a *propriedade* de tais bens, mas tão só *direitos reais de habitação e uso*, ou seja, a faculdade de se servir de certa coisa alheia e haver os respectivos frutos na medida das necessidades quer do cônjuge quer da sua família. Estas atribuições preferenciais legais não podem exceder a vida do cônjuge, sendo intransmissíveis entre vivos ou *mortis-causa*, não são alienáveis, são insusceptíveis de aquisição por usucapião e extinguem-se nos termos gerais do direito de uso e habitação, nomeadamente por morte do cônjuge sobrevivido usuário ou do cônjuge sobrevivido apenas usuário do recheio. Para além de caducarem se o cônjuge não habitar a casa por prazo superior a um ano. Diga-se ainda que o encabeçamento do cônjuge nos direitos de habitação e de uso pressupõe que na partilha a titularidade da propriedade de habitação e de uso venha a caber a *outros* herdeiros e as atribuições legais têm *valores pecuniários próprios* que vão integrar a eventual meação ou o quinhão hereditário do cônjuge sobrevivido, devendo este tornas aos herdeiros se o valor recebido exceder o da sua parte sucessória e meação se a

---

juge sobrevivido ser ou não o chamado cônjuge “pobre” ou “rico”, consoante o menor ou maior quantitativo de bens próprios.

houver <sup>(24)</sup>.

## II — Problemas particulares que se põem a propósito da sucessão do cônjuge sobrevivivo na Reforma de 1977

### a) O cônjuge como herdeiro legitimário prioritário

Em primeiro lugar surge-nos a questão da legitimidade de se tomar o cônjuge como herdeiro não só legítimo mas também herdeiro legitimário prioritário.

Há autores que defendem que uma melhor solução estaria em chamá-lo apenas, em caso de concurso, como usufrutuário, porventura até como usufrutuário legitimário <sup>(25)</sup>, como aliás acontece no Código Civil espanhol e era proposto no Anteprojecto do Código Civil de 66, como vimos.

A isto há que responder que o usufruto, para além de querer manter, nomeadamente, uma prevalência dos irmãos e seus descendentes face ao cônjuge, traduz uma solução obsoleta, porque vai longe o tempo das famílias patriarcais, da grande família, os irmãos e os próprios descendentes e ascendentes dispersam-se face à globalização actual, enquanto o cônjuge é que acompanha dia a dia a vida do *de cuius*.

Velhas ideias, como a garantia da troncalidade e a permanência dos bens dentro da mesma estirpe familiar, não se compadecem com as situações actuais da vida moderna.

Por outro lado, também acontece que, no nosso sistema jurídico actual, se um casamento vai até à morte de um dos cônjuges, é porque esse casamento *persistiu*, sobreviveu a bastantes vicissitudes e nele se cumpriram os deveres de auxílio mútuo e outros deveres pessoais e patrimoniais relevantíssimos. *Ubi incommoda, ibi commoda*, também. O casamento é o acto nuclear da cons-

---

<sup>(23)</sup> Porém, propunha-se, na sucessão legítima, que “na falta de parentes em linha recta, sucedem os irmãos na propriedade e o cônjuge no usufruto” (art. 135.º do Anteprojecto de Galvão Telles). Cfr., a este respeito, CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO CIVIL DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA (pref. de I. Galvão Telles) *Direito das Sucessões, Trabalhos Preparatórios do Código Civil*, Lisboa, Universidade, 1972, págs. 70 e 63.

<sup>(24)</sup> Para desenvolvimentos, cfr. CAPELO DE SOUSA, *ob. cit.*, II, 4.ª ed., págs. 155 e segs.

<sup>(25)</sup> Neste sentido, nomeadamente, OLIVEIRA ASCENSÃO, José, *Sucessões*, Coimbra Editora, 1989, pág. 352 e seg. O Dec.-Lei n.º 496/77, de 25-12, como consta do n.º 51 do seu Preâmbulo, ponderou devidamente a questão de estabelecimento de usufruto ou

tituição da sociedade civil e a sua permanência com necessário desenvolvimento é extremamente complexa.

Além do que, em Portugal liberalizou-se de forma exagerada, a nosso ver, o divórcio, por força dos Decs.-Leis n.ºs 272/2001, de 13-10, e 163/95, de 13-7, e da Lei n.º 47/98, de 10-8. Com efeito, o divórcio por mútuo consentimento pode ser requerido imediatamente, no dia a seguir ao próprio casamento, porque não está dependente nem de um prazo de idade dos cônjuges nem do decurso de um qualquer prazo de duração do próprio casamento (art. 1775.º, n.º 1). Mais ainda, do ponto de vista processual, deixou a lei portuguesa de exigir duas conferências antes de se decretar tal divórcio. O divórcio por mútuo consentimento agora está sujeito a uma única conferência (arts. 1777.º CC e 1423.º CPC eliminados pelo Dec.-Lei n.º 272/2001). Não há, pois, o período de reflexão que havia na lei anterior. Pode acontecer, e tem acontecido, que as pessoas se caiam numa crise conjugal, frequentes na vida de um casal, que leve precipitadamente a que ambos recorram ao divórcio, mas, passado algum tempo, passada a crise, embora eles se tenham arrependido, mas, se se tiver realizado a única conferência, os ex-cônjuges já não podem reconciliar-se.

Acresce que, em matéria de divórcio litigioso, a nossa lei é extremamente liberal, pois permite-o através de uma cláusula geral (art. 1779.º, n.º 1) e concede inclusivamente o divórcio ao próprio cônjuge *culpado* separado de facto durante apenas três anos consecutivos após a Lei n.º 47/98 (art. 1781.º, al. *a*)), quando na Reforma de 1977 o período exigido era de seis anos consecutivos. Além do que, com uma causa de divórcio perfeitamente surrealista na lei portuguesa de 1998 permite-se também que seja decretado o divórcio litigioso através de uma separação de facto por *um ano* se o divórcio for requerido por um dos cônjuges, mesmo que *culpado* da separação, “*sem oposição do outro*” (art. 1781.º, al. *b*)! Ora acontece muitas vezes que esta não oposição do cônjuge inocente pode ser motivada por diversos motivos, de carácter económico (por custas, honorários de advogados, deslocações, etc), por não querer incomodar outras pessoas (*v. g.* a testemunhar), por não querer entrar em litígios judiciais e até pelo mero facto de o cônjuge inocente poder ter sido citado editalmente e nem ter tido conhecimento da própria acção de divórcio litigioso. Ou seja, aqui a base desta causa de divórcio é fundamentalmente processual, o que é injusto e violento, sobretudo quando beneficia o cônjuge culpado da separação.

Ora, estando hoje em Portugal o divórcio extremamente facilitado, há que presumir que são sólidos e profícuos os casamentos dissolvidos por morte de um dos cônjuges. Portanto, há que respeitar esta solidez e proficuidade, o que

justifica a legitimidade de o cônjuge sobrevivivo ser *herdeiro* legítimo e legítimo *prioritário*, para mais num mundo globalizado como o actual e de família nuclear, com tendências pós-modernas, como a nossa.

b) *Regime sucessório do cônjuge casado com separação de bens*

*De iure constituto* o cônjuge casado no regime de separação de bens em Portugal também goza do atrás referido regime hereditário (arts. 2133.º, n.ºs 1, als. *a*) e *b*), e 3, e 2157.º) (26). Mas *de iure constituendo* há quem entenda (27) que tal regime não lhe deveria ser aplicável. Argumenta-se a este favor que se os cônjuges quiseram ter em vida uma separação de patrimónios dever-se-ia respeitar também por morte essa vontade.

Porém, há razões públicas *imperativas*, que impõem que o cônjuge sobrevivivo, pela própria dignidade da instituição matrimonial, tenha o nível de vida mais próximo possível do que vinha usufruindo durante o casamento. Já lhe basta o sofrimento da morte do outro cônjuge com quem teve uma relação presumidamente sólida e profícua, como vimos, não deve perder ainda o seu trem habitual de vida e ver, nomeadamente, entrar pela porta da casa de morada da família reivindicantes que não tiveram a ligação humana que existiu entre os dois. Há na sucessão do cônjuge sobrevivivo uma protecção ao grau de afectos presumidos. O casamento tem finalidades sociais básicas e insubstituíveis e é dever do Estado protegê-lo especialmente (arts. 66.º Const. e 1576.º e 1577.º CC), em função de interesses não só particulares mas também colectivos. Aliás, ninguém é obrigado a casar-se. Pode recorrer à união

---

de instituição como herdeiro prioritário a favor do cônjuge sobrevivivo, decidindo-se por esta última solução. Mais se disse aí que “a consagração de um legado em usufruto dificulta a gestão dos bens da herança, afecta a sua livre circulação e cria possibilidades de conflito entre o beneficiário do usufruto e o beneficiário da raiz”, que “o estabelecimento dos filhos pode ser mais afectado pela concessão de um longo usufruto ao cônjuge sobrevivivo do que pela atribuição de uma quota em propriedade” e que “o usufruto pode levar os filhos em dependência económica a vender a sua quota de raiz, com a consequente saída dos bens da família-linhagem”.

(26) Não apenas porque a letra dos arts. 2133.º, n.º 1, als. *a*) e *b*), 2139.º e segs. e 2157.º, ao utilizar apenas o termo “cônjuge”, abarca essa hipótese, mas também porque se o legislador não admitisse essa sucessibilidade deveria dizê-lo no art. 2133.º, n.º 3, e é de presumir que ele soube exprimir o seu pensamento em termos adequados (art. 9.º, n.º 3). Por outro lado, como veremos, vai também nesse sentido o espírito daquelas normas, introduzidas pelo Dec.-Lei n.º 446/77, de 25-11.

(27) O art. 1829.º do Código Civil brasileiro, diferentemente dos regimes igualitários

de facto, que tem crescido e sido objecto de ampla protecção legal, não tendo (por enquanto?) efeitos sucessórios directos (o art. 2020.º não legitima mentes preocupadas em evitar a sucessão por morte do parceiro em vida, particularmente face ao parceiro de outrem).

Aliás, o facto de os cônjuges terem estabelecido o regime de separação de bens como regime matrimonial apenas vale para a vida, pois é esse o sentido próprio do regime matrimonial de bens, a questão sucessória constitui um outro problema, com fundamentos e objectivos diferentes (28). Até porque, como princípio geral, ninguém, em vida, pode por *contrato* (29) renunciar à herança de uma pessoa viva ou dispor da sua própria sucessão (art. 2028.º). Caso contrário, haveria um pacto contratual, uma forma de sucessão contratual proibida pela nossa lei e pelos bons costumes.

Ou seja, na letra e no espírito da Reforma de 1977 pretendeu-se ajustar a situação do cônjuge sobrevivente na escala dos sucessíveis legítimos à existência da família nuclear e dar ao cônjuge um “título sucessório semelhante em dignidade ao dos descendentes que na família entraram pela geração”, mantendo ao cônjuge sucessível, o mais possível, o mesmo nível de vida que vinha usufruindo (30).

Tais razões são válidas para todos os cônjuges, qualquer que seja o regime de bens no casamento. Não há entre nós casamentos, ao menos para efeitos sucessórios, de primeira e de segunda classe.

*c) O problema da colação do cônjuge em caso de concurso com descendentes*

---

italiano, belga, grego e português, exceptua os cônjuges casados nos regimes da comunhão universal, da separação *obrigatória* de bens e da comunhão parcial, se o autor da herança não tiver deixado bens particulares, do regime geral sucessório do cônjuge sobrevivente, *supra* referido. Por sua vez, como vimos acima, os §§ 1931, n.ºs 3 e 4, e 1371.º, n.º 1, do BGB atribuem ao cônjuge sobrevivente casado no regime de separação de bens um regime sucessório muito favorável, exactamente para o fazer participar, embora só sucessoriamente, das vantagens do casamento na aquisição ou manutenção de bens, mesmo que exclusivos do outro cônjuge (que não sujeitos a compropriedade) e da normal entajada familiar.

(28) P. COELHO e G. OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família, cit.*, I, 3.ª ed., pág. 517, conceitualizam o “regime de bens do casamento” como “o conjunto de regras cuja aplicação define a propriedade sobre os bens do casal, isto é, a sua repartição entre o património comum, o património do marido e o património da mulher”. Ou seja, regras válidas para o tempo de vida do casal, sendo certo que, tal regime cessa com o divórcio, a morte e até mesmo com a separação de pessoas e bens.

Diferentemente, na sucessão *mortis causa* entre cônjuges releva, sobretudo, como

Sendo o cônjuge sobrevivivo, face às alterações do Dec.-Lei n.º 496/77, herdeiro legal prioritário a par dos descendentes, concorrendo com eles de um modo até algo beneficiado, na medida em que a sua quota não pode ser inferior a uma quarta parte das quotas legitimária e legítima globais, importa sabermos se, neste caso de concurso e quando haja liberalidades em vida a favor quer do cônjuge quer dos descendentes <sup>(31)</sup>, haverá lugar ou não à colação e em que termos. É que, anteriormente, na red. inicial do Código Civil de 66, previa-se uma colação apenas por parte dos descendentes, porque só os descendentes eram herdeiros legais prioritários.

Todavia, o nosso Código Civil não resolve expressamente tal questão, diferentemente da solução adoptada nas alterações ao Código Civil italiano pela Lei n.º 151/75, de 19 de Maio <sup>(32)</sup>.

A primeira questão é a de sabermos se estamos perante um *caso omissis* no Código Civil português, após a red. do Dec.-Lei n.º 496/77, ou, diferentemente, face a um caso *previsto* de negação da colação do cônjuge na nossa legislação actual. Entendemos que a redacção actual do nosso Código Civil, *no respeitante à colação*, que ficou intocada por tal decreto-lei, *não regula* a hipótese de *concurso* hereditário do cônjuge com descendentes, com ocorrência

---

vimos, a persistência válida e indissolvida do casamento até à morte de um dos cônjuges, com a inerente presunção do cumprimento dos deveres conjugais (arts. 1672.º e segs. e 2133.º, n.º 3), e da justiça de manter, na medida do possível, o nível de vida do cônjuge sobrevivivo.

<sup>(29)</sup> Nomeadamente, por convenção antenupcial estipuladora do regime da separação de bens (arts. 1698.º e 1735.º). Ela só pode conter, em termos sucessórios, *doações por morte*, directa ou indirectamente, a favor do casamento (arts. 1700.º a 1707.º).

<sup>(30)</sup> Cfr. n.ºs 50 e 51 do Preâmbulo do Dec.-Lei n.º 496/77, de 25-11.

<sup>(31)</sup> E, obviamente, se o *de cuius* não se pronunciar sobre a sujeição ou não à colação dessas liberalidades. Com efeito, dado o carácter supletivo da colação, a questão fica resolvida no sentido querido pelas partes se, no acto da doação em vida ou posteriormente com mútuo consenso, elas declaram que a liberalidade fica sujeita à colação ou não fica sujeita. Igualmente, o *de cuius* pode unilateralmente, por acto em vida quanto às despesas sujeitas a colação (art. 2110.º) ou por testamento, *dispensar* da colação as liberalidades em vida (cfr. art. 2113.º).

<sup>(32)</sup> Este diploma deu nova redacção ao art. 737.º do Código Civil italiano, passando a obrigar também à colação o cônjuge sobrevivivo, quando concorra à herança do cônjuge doador com os filhos legítimos e naturais e seus descendentes legítimos e naturais. Cfr., a este respeito, GIUSEPPE AZZARITI, *Successioni per causa di morte e donazione*, 6.ª ed., 1977, págs. 46 e segs., e TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova, 1980, págs. 924 e segs.

<sup>(33)</sup> Casos omissos são, nos termos do n.º 1 do art. 10.º, “os casos que a lei não pre-

de liberalidades em vida a favor de tais sucessíveis, e que tal situação *carece de disciplina jurídica*. Há, assim, caso omissis (33).

Com efeito, na redacção vigente do nosso Código Civil, no respeitante à colação, *todo o instituto* ficou intocado pelo Dec.-Lei n.º 496/77. Por outro lado, não se regulou a hipótese de *concurso* hereditário de cônjuge com descendentes com ocorrência de liberalidades em vida a favor de tais sucessíveis. Além disso, o Preâmbulo da Reforma de 1977 estabelece, como vimos, que ao cônjuge, quando concorra com descendentes, seja atribuída uma parte de filho e que lhe cabe um título sucessório semelhante em dignidade ao dos descendentes. Acresce que a mesma Reforma foi predominantemente de carácter *pontual*, face à entrada em vigor da Constituição de 1976. Não deve por isso estranhar-se não se ter previsto uma revisão do complexo instituto da colação. Aliás, a manutenção deliberadamente intocada do regime anterior da colação com vista à exoneração do cônjuge da colação pela Reforma de 1977 não seria sequer neste concurso inteiramente conclusiva no sentido de obrigar apenas os descendentes à colação. Na verdade, poder-se-ia defender que nesse caso não havia lugar à colação de qualquer dos herdeiros, pois o facto de o cônjuge concorrer à sucessão e estar dispensado de colação impossibilitaria *ab initio* o prosseguimento da finalidade da colação, ou seja, a igualação da partilha dos herdeiros prioritários. Tanto mais que, se o legislador do Dec.-Lei 496/77 pretendesse resolver a questão no sentido da exoneração do cônjuge da colação em caso de concurso, consagrando uma solução que não parece ser a mais correcta, como decorre da solução contrária expressa do art. 737.º do CC italiano, deveria ao menos exprimir o seu pensamento em termos que se revelassem adequados, como proclama o art. 9.º, n.º 3, do Código Civil português, e não nos parece que a *não alteração* do regime anterior da colação fosse a melhor e a menos equívoca forma de tomar posição face a uma questão *nova* e que mexe com toda a estrutura da colação. Até porque mesmo que o legislador tivesse pretendido no referido caso de concurso hereditário que apenas os descendentes estivessem sujeitos à colação, importaria saber, e nisso seguramente haveria caso omissis, em que termos se processaria a igualação, se a favor de todos os herdeiros, inclusive o cônjuge, se apenas a favor dos descendentes em todo o remanescente da herança ou se a favor apenas dos descendentes mas com base somente nos quinhões legíti-

---

veja”, a que a doutrina acrescenta o requisito de tais casos carecerem de regulação jurídica. Ora, os casos de colação *previstos* pelo legislador são os constantes dos arts. 2104.º e segs., inteiramente correspondentes à *redacção inicial* de 1966 e compaginados com o

mos dos descendentes conferentes. Pelo que o legislador voltaria a não ser inequívoco. Parece mais razoável pensar que toda a questão ficou na órbita dos mecanismos gerais da ciência jurídica, particularmente dos processos de inte-

---

facto de os descendentes, e só estes, serem então os sucessíveis legitimários e legítimos prioritários; pelo que a colação aí prevista se realizava indiscutivelmente *apenas entre os descendentes*, sendo certo que então nenhuns obstáculos se punham quanto ao objectivo da colação de realização da *igualação* na partilha (art. 2104.º, n.º 1), para além daqueles que resultassem da insuficiência de bens na herança (cfr. art. 2108.º, n.º 2).

(<sup>34</sup>) Defendendo, *de iure constituto*, a colação do cônjuge em concurso com os descendentes, CAPELO DE SOUSA, *Sucessões, cit.*, II, págs. 224 e segs.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Sucessões, cit.*, 2000, págs. 531 e segs.; LEITE DE CAMPOS, Diogo, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 1997, págs. 589 e segs.; e FRANÇA PITÃO, *A posição ...*, *cit.*, págs. 61 e segs.

Negando a existência de caso omissis e sustentando que apenas os descendentes estão sujeitos à colação, cfr. PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões, cit.*, 1992, págs. 292 e segs., seguido por CORREIA RAMIREZ, P. N., *O Cônjuge Sobrevivente e o Instituto da Colação*, Coimbra, Almedina, 1997, págs. 94 e segs., e ANA LEAL, *ob. cit.*, pág. 247 e segs.

Com todo o respeito pelo nosso Mestre, para além das razões já invocadas e a invocar no texto principal, não nos convencem os argumentos contrários.

Em primeiro lugar, não será exacto que “só um legislador *inepto*, no plano da expressão, teria mantido intocadas as normas referentes à colação e, em particular o art. 2104.º, se fosse sua intenção impor ao cônjuge a obrigação de conferir os bens doados”. É que, a imposição ao cônjuge da obrigação de conferir os bens doados não resulta de “intenção” do legislador de 1977, mas sim, ao invés, de *caso omissis* (ou seja, de *ausência* de previsão e regulação de uma situação que carece de disciplina jurídica) e de ser essa a solução que resulta de analogia *legis* ou *iuris* (art. 10.º, n.ºs 2 e 3). Por outro lado, não há no caso que prefigurar, e muito menos necessariamente, um legislador “inepto”, para efeitos de aplicação do art. 9.º, n.º 3, uma vez que todo o complexo sistema da colação não foi tocado em qualquer um dos seus artigos pela Reforma de 1977 e esta foi predominantemente adaptativa da Constituição de 1976. São normais, e algumas vezes queridos pelo legislador, os casos omissos. Aliás, PEREIRA COELHO, *Curso de Direito da Família, cit.*, 2001, pág. 271, defende inclusivamente, e muito bem, que a mesma Reforma teve “um lapso” e falta de “cuidado” na redacção do art. 116.º, pois o respectivo regime deve valer também para o casamento católico. Há então um ainda mais impressionante caso omissis, resolúvel com recurso ao art. 10.º

Em segundo lugar, é controverso que “a doação ao cônjuge (seja) feita normalmente com o intuito de o beneficiar e, portanto, por conta da quota disponível”. Para além do que acima dizemos, particularmente do art. 737.º do Código Civil italiano que obriga o cônjuge à colação, nada autoriza a presumir que o doador quer *avantajar* o cônjuge donatário entre vivos perante os seus filhos, mesmo que só “normalmente”, sendo certo que as doações entre casados são vistas com suspeição pelo legislador (face a um eventual ascendente do donatário), *v. g.*, que impõe a livre revogabilidade dessas doações com irrenun-

gração das normas jurídicas, ou seja, que há aqui uma lacuna ou um caso omissivo (34).

Posto isto, vejamos o modo como devemos regular juridicamente o caso omissivo. A este respeito, não nos parece razoável em primeiro lugar que os descendentes, na hipótese de concurso hereditário com o cônjuge sobrevivente, deixem de estar sujeitos à colação. O art. 2104.º do CC não foi alterado no sentido de afastar expressamente a colação dos descendentes em concurso com o cônjuge e é óbvio que boa parte das razões justificativas da colação valem, quer quando os descendentes partilhem a herança apenas entre si, quer quando concorram com o cônjuge sobrevivente (35). Até porque, em ambos os casos, é possível a utilização de mecanismos jurídicos de igualação (36) e porque não seria razoável fazer depender a colação entre descendentes da aleatoriedade da não sobrevivência do cônjuge sucessível.

Dito isto, parece-nos também não se justificar a solução de que *apenas os descendentes* estejam sujeitos à colação e não de igual modo o cônjuge sobrevivente. Para além do que já foi referido, não se justificaria que o cônjuge sobrevivente, chamado *conjuntamente* à herança com os descendentes (37), apro-

---

ciabilidade do direito à revogação (art. 1765.º, n.º 1), diferentemente do que acontece com as doações entre vivos em geral, nomeadamente aos descendentes. Seria *injusto* que o cônjuge beneficiasse da colação imposta aos descendentes sem ele próprio conferir.

Finalmente, não parece convincente argumentar-se para a não colação do cônjuge com o tratamento sucessório mais favorável deste na Reforma de 1977. Na verdade, os regimes favoráveis a um tipo de herdeiros dentro da mesma classe sucessória envolvem discriminação e como tal são excepcionais (cfr. arts. 2134.º e 2136.º), devendo ser objecto de específica disposição legal e não comportando aplicação analógica (cfr. art. 11.º).

(35) A vontade presumida do *de cuius* doador continuará a ser a de antecipar as quotas hereditárias dos descendentes e a de igualá-los, independentemente de eles virem a concorrer ou não com o cônjuge à sua herança. E as razões de equidade social no sentido da igualação dos descendentes vigoram também num caso e noutro.

(36) A igualação na partilha é, desde logo, possível na esfera dos descendentes, mediante colação entre eles, quer haja ou não concurso com o cônjuge sobrevivente. Mas até inclusivamente a igualação global na partilha, em caso de concurso dos descendentes com o cônjuge, é possível entre todos os herdeiros se, por via de integração jurídica, o cônjuge também estiver sujeito à colação, como parece dever ser o caso.

(37) Cfr. os arts. 2157.º, 2159.º, 2139.º e 2133.º, n.º 1, alínea *a*), sendo certo, inclusivamente, face ao art. 2137.º, n.º 2, que o próprio cônjuge e os descendentes gozam entre si de direito de acrescer.

(38) Nem nos parece, repetimos, que um eventual privilégio de exoneração do cônjuge sobrevivente da obrigação de conferência dos bens que lhe foram doados pelo outro cônjuge, beneficiando da colação dos descendentes, se justificaria pelo tratamento sucessório

veitasse do aumento da massa partilhável pela imputação das liberalidades nos quinhões hereditários dos descendentes sujeitos à colação, estando ele, ao invés e sem razão, dispensado de o fazer, uma vez que no silêncio do *de cuius* as liberalidades que lhe fossem feitas integrariam a quota disponível do autor da sucessão por não estarem sujeitas à colação <sup>(38)</sup>. Depois, porque, mesmo do ponto de vista da vontade presumida do autor da sucessão, uma vez que o cônjuge sobrevivivo passou a ser presuntivo herdeiro legitimário, parece razoável admitir a presunção jurídica, com a qual o *de cuius* deve contar, de que, no silêncio deste, as liberalidades feitas em vida ao cônjuge <sup>(39)</sup> ou aos descendentes constituem uma mera antecipação do quinhão hereditá-

---

mais favorável do cônjuge, manifestado a propósito das quotas avantajadas dos arts. 2139.º, n.º 1, 2142.º, n.º 1, e 2157.º e das atribuições preferenciais dos arts. 2103.º-A e segs. do mesmo Código.

É que tais normas são *excepções* à regra da vocação conjunta e igualitária dos cônjuges em concurso com os descendentes (cfr. nota anterior e n.ºs 50 e 51 do Preâmbulo do Dec.-Lei n.º 497/77 referidos *supra*), que careceram de ser declaradas especificamente pelo legislador, que por excepcionais não comportam aplicação analógica (art. 11.º) e que no caso não são passíveis de interpretação extensiva, para efeitos de exonerar o cônjuge da colação e de o beneficiar com a colação dos descendentes, por falta do mínimo de correspondência verbal para tais efeitos (art. 9.º, n.º 2). Aliás, a colação, pela sua própria natureza, visa a *igualação* da partilha entre os co-herdeiros legalmente prioritários e não se deverá pretender *regulá-la*, nas suas características internas, pelo espírito de normas ou institutos marcados por razões e fundamentos diversos, que legitimam em certos casos alguns tratamentos de favor.

<sup>(39)</sup> Tanto mais que as liberalidades entre casados não são vistas com favor pela lei (cfr. arts. 1761.º e segs.) e reflectem alguns dos caracteres das disposições por morte (*v. g.*, nos arts. 1765.º, n.º 1, e 1766.º, n.º 1, al. *a*)).

<sup>(40)</sup> O legislador, na sua tarefa de ordenação da sociedade, organizou no Dec.-Lei n.º 496/77 a primeira linha da sucessão legal, e particularmente da sucessão legitimária, face a critérios e objectivos sociais que reputou idóneos e que têm sobretudo a ver com a protecção da família nuclear, constituída pelo cônjuge e descendentes (cfr. os n.ºs 49 a 51 do Preâmbulo do Dec.-Lei n.º 496/77), parecendo-nos, por isso, legítimo pensar que a equiparação do cônjuge e dos descendentes, em matéria de colação, fortalecerá o entendimento e a coesão interna da mesma família nuclear e se situa na esteira dos interesses legais protegidos.

<sup>(41)</sup> No direito romano, a ideia de colação começou pela criação pretoriana da *collatio bonorum* (Ulp. 16, 7, 2; D 37, 6; C 6, 2.º), que foi uma medida de equidade e de igualização imposta aos filhos emancipados (os quais podiam adquirir bens em nome próprio) quando passaram a poder concorrer à herança paterna com os filhos sujeitos ao poder paternal (cujos bens que obtivessem entravam no património do *de cuius*) e que tinha por objecto a conferência dos bens adquiridos em nome próprio pelos filhos emancipa-

rio de todos eles, até porque há interesses sociais no sentido de não facilitar a discriminação entre os herdeiros prioritariamente chamados <sup>(40)</sup>. E, mais do que isso, a própria colação tem estado também, e de um modo activo, ao serviço de razões de equidade social (nomeadamente desde os seus primórdios de *colatio bonorum* e de *colatio dotis*) <sup>(41)</sup> para efeitos de tratamento sucessório igualitário dos herdeiros forçosos, normal e prioritariamente chamados à sucessão <sup>(42)</sup>. Ademais, o próprio objectivo da igualação entre co-herdeiros legais faz indubitavelmente parte do suporte legal da nossa colação, como decorre do n.º 1 do art. 2104.º, que refere expressamente que a colação se faz para igualação da partilha. E a igualação global só é possível com a igualação do cônjuge.

---

dos. Mas, tal ideia só entrou no domínio específico das liberalidades feitas pelo *de cuius* com a ulterior criação pretoriana da *collatio dotis* (D 37, 7), que obrigava as filhas beneficiadas com dote a conferir à massa hereditária o *dos profecticia* (ou seja, o dote constituído pelo *pater familias*) e inicialmente o *dos adventicia* (isto é, o dote adquirido pela própria filha, só que posteriormente os *bona adventicia* passaram a ser susceptíveis de propriedade pessoal dos filhos sujeitos ao poder paternal, assim desaparecendo o fundamento para tal colação). Justiniano veio a estender a obrigação de conferência dos bens a todas as doações feitas pelo *de cuius* aos seus descendentes, emancipados ou não, que sucedessem a título universal, quer como herdeiros *ab intestato* quer como herdeiros instituídos por testamento, a não ser nesta última hipótese que o testador expressamente os dispensasse (C 6, 20, 17, e Nov. 18, 6). Recorde-se, ainda, que a *uxor in manu* sucedia *filiae loco*, na 1.ª classe de sucessíveis.

<sup>(42)</sup> Veja-se, inclusivamente, o n.º 2 do art. 2108.º a favor de “todos os herdeiros”, razões essas que, com a erupção da sucessão legal em primeira linha do cônjuge, voltam novamente a apelar à colação.

<sup>(43)</sup> Quer a igualação se faça com base em todo o remanescente da herança, quer com base apenas nos quinhões legítimos que caberiam no remanescente da herança aos descendentes do *de cuius*. Esta última é a solução preconizada por JOAQUIM F. NOGUEIRA, *A Reforma de 1977 e a posição sucessória do cônjuge sobrevivente*, ROA, 1980, III, págs. 690 e segs., e, ao que parece, por CARVALHO FERNANDES, Luís, *Lições de Direito das Sucessões*, Lisboa, Quid Juris, 2001, pág. 392, para tentarem obviar à sentida contradição de o cônjuge não estar sujeito à colação e beneficiar da colação dos descendentes. Mas que, para além das desigualdades decorrentes da não conferência de liberalidades pelo cônjuge que permite, acaba noutra contradição ao permitir também uma certa redução do quinhão hereditário do cônjuge face aos descendentes a igualar não beneficiados ou menos beneficiados em vida, vendo-se inclusivamente o primeiro autor obrigado a procurar uma interpretação restritiva da expressão “todos os herdeiros” do n.º 2 do art. 2108.º em termos de a interpretar *actualmente* no sentido de “*todos os descendentes*”, o que, além do mais, não se coaduna com a ideia de a colação respeitar a todos os herdeiros forçosos chamados conjuntamente em 1.ª linha. Veja-se ainda a crítica a esta posição de P. LIMA-A. VARELA, *Código*

Acresce que não nos parece pertinente a solução de somente fazer conferir os *descendentes beneficiados em vida com a correção de se processar a subsequente igualação de quotas apenas a favor dos demais descendentes* <sup>(43)</sup>. Com efeito, para além dos argumentos anteriores a favor da colação do cônjuge, com tal solução ir-se-ia assistir, em maior ou menor grau <sup>(44)</sup>, a uma redução do quinhão hereditário do cônjuge sobrevivivo, particularmente face aos descendentes a igualar. O que parece também não estar nos propósitos da Reforma de 1977, não sendo também de presumir, presentemente, que, todas as vezes que o *de cuius* faz uma doação, omissa ou sujeitada especificamente à colação, a um dos seus descendentes, pretende ou aceita que há que igualar todos os restantes descendentes com prejuízo maior ou menor do quinhão hereditário do cônjuge.

Entendemos, pois, *iure constituendo* e mesmo *iure constituto*, que, dadas as razões materiais e legais referidas, deverão estar sujeitos à colação tanto os descendentes como o cônjuge sobrevivivo, quando concorrem conjuntamente à herança, a exemplo, aliás, da solução expressa já referida do art. 737.º do Código Civil italiano para a mesma hipótese.

---

*Civil Anotado*, cit., VI, pág. 182.

<sup>(44)</sup> Se a igualação se processasse com base em todo o remanescente da herança, ela

