

O NOVO DIREITO SUCESSÓRIO PORTUGUÊS

DIOGO LEITE DE CAMPOS

1 — *Parentesco, casamento e sucessão.*

“O parentesco não é um fenómeno estático; não existe senão para se perpetuar.” “A criança é indispensável para atestar o carácter dinâmico e teleológico da actividade inicial que funda o parentesco com base e através das alianças.” Estas afirmações de LÉVI-STRAUSS¹ servirão de base de compreensão às palavras que se seguem se atentarmos que, para este autor, no parentesco em geral se incluem as relações de filiação e as relações de alianças matrimoniais, sendo o parentesco por laços de filiação função do parentesco por alianças matrimoniais. O parentesco é uma chave (embora em vias de inutilização) da interpretação das nossas sociedades, nas quais ainda não está totalmente reduzido à família restrita, mas preside, em parte, à formação e ao relacionamento dos grupos sociais.² Chave esta tanto mais importante quanto re-

¹ *Anthropologie Structurale*, Paris, 1958, p. 57. LÉVI-STRAUSS pretende concluir que, na maior parte dos sistemas de parentesco, o desequilíbrio inicial que se produz numa dada geração entre aquele que cede uma mulher e aquele que a recebe, só pode ser estabilizado por contrapartidas que se verifiquem nas gerações seguintes. O princípio da reciprocidade (“estrutura fundamental do espírito humano”) explicaria o fenómeno matrimonial no seu conjunto (*Les structures élémentaires de la parenté*, Paris, 2.^a ed., 1967). LÉVI-STRAUSS demonstrou que o parentesco constitui um sistema organizado em redor de uma “estrutura mínima” ou “átomo de parentesco” de que as alianças matrimoniais e a filiação são um dado imediato. Como todas as sociedades conhecem a proibição do incesto, a obrigação de procurar o cônjuge fora do grupo de filiação torna necessário estabelecer relações de parentesco através de alianças matrimoniais com grupos de diferente parentesco: um homem não pode obter uma mulher senão de outro homem que lhe cede uma filha ou irmã (*Anthropologie Structurale*, cit., Cap. II). Assim, o parentesco por aliança matrimonial é um elemento integrante do parentesco em geral ou, se quisermos, do sistema de parentesco-alianças.

² O sistema de parentesco exprime directamente certas relações sociais, metaforicamente, certas relações políticas, moldadas sobre as relações de parentesco como modo de interpretação ideológica de relações cuja natureza real nem sempre corresponde à sua representação. Quanto às sociedades primitivas, a articulação economia-parentesco não se apresenta como uma relação externa, mas como uma relação interna. As “relações de produção”

apresenta ainda, senão a linguagem geral do relacionamento social,³ pelo menos, e embora cada vez mais reduzido à família conjugal, o instrumento de uma função sexual, económica, reprodutiva e educativa, para cujo exercício nenhuma sociedade conseguiu ainda encontrar um substituto adequado. Se não se assegurassem a primeira e a terceira funções, a sociedade desintegrar-se-ia; sem a segunda, a vida não poderia existir; sem a quarta, a cultura desapareceria.⁴ As regras do parentesco constituem outros tantos traços que, uma vez caracterizados e conexionados, tornam objectivamente necessárias, e portanto compreensíveis, outras formas de relação a todos os níveis — nomeadamente a nível de organização do trabalho, da detenção e da transmissão da propriedade. A família, considerada no tempo, organiza um circuito de transmissão dos bens, oposto ao carácter unifuncional da troca.⁵ Mas também constitui uma estrutura prévia de detenção e função dos bens, de produção, consumo, distribuição e assistência, em termos de o voto de CARBONNIER, de não ser à escala do homem mas à escala da família que se construa a propriedade,⁶ ainda encontrar hoje real consagração, embora seguramente inferior à de épocas passadas.⁷

³ Vide nota anterior.

⁴ G. P. MURDOCK, *Social Structures*, New York, 1949. Se é certo que nas chamadas tribos primitivas não existem solteiros pela simples razão de que estes não poderiam sobreviver (LÉVI-STRAUSS), nas sociedades contemporâneas continua a haver casamento sobretudo por uma necessidade espiritual — que já não económica — dos cônjuges. E deverão existir casamentos se a sociedade quiser reproduzir-se sobrevivendo — o que é cada vez mais difícil com a substituição do casamento pela união de facto, da qual nascem poucos filhos, e com a dessocialização do casamento que é acompanhada de diminuição do número de filhos, vistos como um constrangimento económico e uma limitação do grau de felicidade individual dos pais.

⁵ Vide "Les biens et les choses", *Archives de philosophie du droit*, 1979, p. 16 e segs.

⁶ *Flexible droit*, 4.^a ed., 1979, p. 222.

⁷ NASH (*Primitive and Peasant*, p. 34) escrevia, a propósito da antiga economia camponesa na Europa, que "os direitos são um reflexo da posição da pessoa ou unidade social na estrutura social", não sendo "direitos à propriedade no mesmo sentido que a propriedade nas leis e na economia do mundo

situam-se no próprio funcionamento das relações de parentesco, que determinam os direitos do indivíduo sobre os bens materiais e em relação aos outros homens. Constituem a "armadura sociológica" do pensamento selvagem (Cf. LÉVI-STRAUSS, *Du miel aux cendres*, Paris, 1967, p. 37 sgs. 241 segs.). Esta plurifuncionalidade do parentesco explica como ele funciona nas sociedades primitivas como forma de linguagem geral das relações dos homens entre si e com a natureza (Cf. *Les domaines de la parenté*, MARC AUGÉ, *La parenté et le reste*, Paris, 1975). O problema da passagem às sociedades com Estado é o de saber em que condições as relações de parentesco deixam de desempenhar o papel dominante de unificar todas as funções da vida social (*ibid.*).

O parentesco servir-nos-á de chave de compreensão e de crítica de um certo direito sucessório, de um certo sistema organizado de transmissão de bens por causa de morte, na medida em que constitui um código e um veículo dos grupos sociais e das relações entre os mesmos perante a propriedade. O direito das sucessões (tal como o direito dos regimes dos bens do casamento) organiza-se sob o sinal da protecção do “património familiar”,⁸ não constituindo mais do que um dos aspectos da disciplina jurídica das relações patrimoniais da família.⁹ Assim, será necessário, para entender o que há de novo num certo direito das sucessões — no caso o português — que o jurista — que não queira reduzir-se à mera exegese de normas e à comparação meramente formal — pesquise o significado das alterações através da anatomia e da fisiologia do casamento/parentesco, e tente entender estes na própria sociedade global que os deve ter determinado, sentido último da alteração e base definitiva para a sua crítica.

Neste pressuposto, a exposição que se segue dividir-se-á em duas partes fundamentais: na primeira esboçaremos, através de um breve passar em revista da formação do casamento moderno,

⁸ Cf. FRANÇOIS TERRÉ e YVES LEQUETTE, *Droit civil, Les successions, Les libéralités*, Paris, 1983, n.º 6, p. 6. Com isto não queremos afirmar a exclusividade da justificação “família” no que se refere à existência e conformação do fenómeno sucessório *mortis causa*. Mas sim, e tão-só, que ainda será esta que tem mais peso, pelo menos no que se refere à organização do fenómeno sucessório, perante o factor de a propriedade privada para cumprir a sua função social, ser hereditável. O proprietário, perante a perspectiva da devolução *mortis causa* dos seus bens à colectividade, desinteressar-se-ia deles, ou administrá-los-ia de modo nocivo. Colocar-se-ia na situação de um usufrutuário, procurando retirar o máximo rendimento imediato do bem, mesmo que este fosse destruído. (Cf. CARBONNIER, *Flexible droit*, cit., p. 221.)

⁹ Para uma análise da projecção sobre os regimes sucessórios de evolução económica e social em França, vide, entre outros, P. CATALA, *Les réglemets successoraux depuis les réformes de 1938 et l'instabilité économique*, Montpellier, 1954; H. VIALLETON, *Famille, patrimoine et vocation héréditaire en France depuis le code civil*, Mélanges Maury, 1960, III, p. 576 segs.; DAGOT, *L'esprit des réformes du droit successoral (Liberté-Égalité-Fraternité)*, Mélanges Marty, 1978, p. 305 segs.

occidental. Ser membro da tribo ou da comunidade, da família ou da linhagem, implica acesso a áreas específicas da terra”. “A própria noção de herança, da forma desenvolvida em sociedades não camponesas por definição não poderia existir. O legado de uma geração a outra não envolvia necessariamente a morte de um dos pais e era encarado legalmente como partilha de propriedade de família entre os seus membros” (T. SHANIN, “The nature and logic of the peasant economy”, *Journal of Peasant Studies*, 1, n.º 1, 1973, e 1, 2, 1974). É evidente que esta análise (que é acentuada para a Polónia por B. GOLISKI, *Basic concepts of rural sociology*, Manchester, 1972) é susceptível de controversia em outros países, e de largas mitigações conforme os tempos. É, nomeadamente, posta em causa, quanto à Inglaterra por ALAN MACFARLANE, *The Origins of English Individualism*, London, 1978.

uma compreensão estrutural, mas sobretudo teleológica, deste. Na segunda parte, e assentes na dupla perspectiva do casamento como instrumento de relação pessoal e de circulação de bens, diluiremos o que há de novo no direito sucessório português.

2 — *Génese e constituição do direito matrimonial moderno.*

É na segunda metade do século XI que podemos situar o início da grande tentativa da Igreja para se reformar, reformando necessariamente ao mesmo tempo toda a sociedade. Ao nível do corpo eclesiástico, assistimos à luta contra a simonia¹⁰ e o nicolaísmo,¹¹ à proclamação do primado do espiritual sobre o temporal, dos bispos sobre o rei, e da submissão daqueles ao Papa.¹² No plano da sociedade, temos a sua organização através da disciplina do casamento. Se não o tivéssemos dito no início, afirmaríamos agora com ênfase que é ao nível do casamento que qualquer sociedade — e muito particularmente a medieval — se tem organizado e tentado perpetuar, mantendo as suas estruturas, organizando um sistema simbólico que traduza a ideia que a sociedade tenha de si própria, da sua própria perfeição. Quando se queria introduzir a cidade de Deus nos *peritura regna*, era fundamental transformar o casamento em obra divina. É significativo o facto de um dos instrumentos que os bispos e o papado utilizaram para sujeitar os reis e a nobreza fosse o casamento, a sua forma, os seus impedimentos, submetendo-os à sua autoridade e à disciplina por eles criada. Quantas vezes na base das lutas entre o Papa e o rei, até Henrique VIII, não estiveram a indissolubilidade do casamento e a proibição do incesto?

A Igreja começou por encarar sólidamente o casamento na moral, opondo a sua moral, a das Escrituras,¹³ à moral dos guerreiros.

A dificuldade fundamental com que a Igreja se debateu numa primeira época foi a da ausência de uma liturgia matrimonial, sabendo nós quanto, ainda no início do segundo milénio, a reflexão teológica partia directamente da liturgia. Nos países do Reno, nos séculos IX, X e mesmo XI, o casamento escapava largamente à

¹⁰ Amor dos prazeres do mundo.

¹¹ Intromissão do poder temporal na escolha dos dirigentes da Igreja.

¹² Enquanto, como é sabido, pelo menos a tradição mais próxima, a carolingia, submetia os bispos à autoridade do rei, consagrado como eles e seu protector.

¹³ Mat., XIX, 6; Marc., X, 12; Mat., XIX, 10; I Cor. VII, 17 e 27; Pedro, I, III, 1; Ef., V, 21; Col., III, 18; Ef., V; I Cor. VII, 10, 11, VII, 1 e 8, 40, 38, 33, 55, 2, 5, etc.

acção da Igreja: aparentemente não havia bênção nupcial, sendo o casamento entendido na sua forma civil, herdeira da tradição romana clássica. Daqui resultava, na prática, a sua fácil dissolubilidade, o rapto, o incesto, a confusão com o concubinato,¹⁴ aceite na falta de um casamento legítimo, e a proliferação do casamento à maneira dinamarquesa.^{15 16}

A pré-história passa por JONAS, bispo de Orléans, que na sua *Da instituição dos leigos*, partindo das três regras: monogamia, exogamia e repressão do prazer, tenta sublimar os hábitos. Aos *bellatores* o bispo JONAS propõe um novo combate, o dos vícios, seguido da alegria da vitória, na esteira da concepção do casamento como exercício ascético, que havia de dominar os tempos seguintes.

HINEMAR, arcebispo de Reims, nas suas obras *Do divórcio* e *Da repressão do rapto*, vê no casamento uma chave da obra social: o regresso à ordem exige que se consolide o pacto conjugal através do qual se opera pacificamente a distribuição das mulheres, e que se afirmem os ritos civis pelo qual o negócio se realiza.

Mantendo-se embora nesta época, à margem do sagrado, a instituição matrimonial constituía uma pedra fundamental da organização da sociedade, da paz pública. A consciência deste facto levou os bispos e a Igreja, enquanto motor da organização social e garantia da paz pública, a ocuparem-se crescentemente dele.¹⁷

Mas o passo decisivo foi dado por BOURCHARD, bispo de Worms, através do seu *Decretum* (1107-1112), recolha de cânones, de preceitos das Escrituras, da obra dos Padres da Igreja, dos Concílios e dos Papas, obra imensamente divulgada na sua época e nos tempos que se lhe seguiram.¹⁸ Tinha uma intenção moral e peni-

¹⁴ Validação pela Igreja em 398 através do cânon 17 do Concílio de Toledo.

¹⁵ Esta ligação (**Friedelehe**) constituía uma espécie de matrimónio de segundo nível, frequentemente temporário, cujos filhos deviam ceder perante os provenientes do casamento legítimo (**Muntehe**). Guilherme, "o Conquistador" (ou "o Bastardo") teria nascido de uma ligação **more danico**.

¹⁶ Vide sobre esta época, P. TOUBERT "La théorie du mariage chez les moralistes carolingiens", in **II matrimônio nella società alto medioevale**, Spoleto, 1977.

¹⁷ Note-se, a favor da facilidade de penetração da Igreja neste domínio, que "o sistema simbólico no qual assentavam a moral laica e as práticas do casamento não tinham por único fundamento os valores materiais; a produção, o dinheiro, o mercado não constituíam a sua chave, como na nossa cultura". "Na consciência dos cavaleiros, este género de preocupações é ainda marginal nesta época." A chave do sistema aristocrático de valores era o que se chamava, no século XII, a **probitas**, a qualidade de probo, a valia do corpo e da alma que levava simultaneamente às proezas e às larguezas (DUBY, **Le chevalier, la femme et le prêtre**, Paris, 1981, p. 41-2).

¹⁸ Eivada, note-se, de atribuições erróneas e de arranjos dos textos recolhidos (vide MARC BLOCH, **La société féodale**, Paris, 1968, 142), aliás pouco ou nada censuráveis numa época desejosa sobretudo, de eficácia.

tencial: definir o mal, iluminar as consciências, promover a punição do pecado.

Logo no Capítulo 94 do Livro I, BOURCHARD trata das principais infracções que há a descobrir e punir. Se à cabeça aparece o homicídio, logo a seguir surgem questões que se referem ao casamento e aos pecados sexuais, desde o adultério, até ao dever de vigilância sobre as servas ou as mulheres de família. A primeira exigência é da monogamia. Segue-se-lhe a proibição do rapto, da ruptura dos desponsais, do incesto. Só no fim, o que se refere à sexualidade. Separando nitidamente conjugalidade e sexualidade, BOURCHARD mostra considerar ainda o casamento como um problema eminentemente social, variando aliás as penas conforme o pecado perturbe ou não a paz pública. Assim, os raptadores de mulheres, que abalaram a paz pública — diríamos, a regra do domo, da reciprocidade — são punidos como os homicidas.

O penitencial preocupa-se com a distinção entre o casamento legítimo e o concubinato, exigindo a publicidade das núpcias — que não há que confundir com a bênção do casamento. É sobre o consentimento mútuo que é colocado o acento tônico — consentimento não dos nubentes, note-se, mas das respectivas parentelas, necessário para que a ligação se processe na paz.

Como causas de repúdio da esposa, encontramos o parentesco, o atentado contra a vida do marido, o adultério, o seu rapto ou a impotência do marido. Mas nestes últimos três casos, na impossibilidade de novo casamento, haveria que se recorrer ao concubinato, embora este tivesse como consequência privar o homem de verdadeiros herdeiros. Com efeito, não poderiam ser herdeiros os que não obtivessem dos seus dois progenitores a *probitas*, qualidade mestra que se alcançava através do sangue, misturado, indissolavelmente, do pai e da mãe. A função laica do casamento residia em assegurar a transmissão, na honra, do valor viril. Encontro de linhagens, portanto, que vinha entroncar na doutrina dos Padres da Igreja, bem representada por Sto. Agostinho para quem o casamento seria bom, antes de mais, por permitir a procriação.¹⁹

Uma vez ancorado o casamento na moral, havia que o definir, o disciplinar, o fazer entrar no mundo menos flexível do direito. Foi de algum modo a tarefa de St. Yves de Chartres,²⁰ ao consti-

¹⁹ Embora, para uma importante corrente, na qual se integra S. Jerónimo, o casamento fosse por si mesmo um mal, pelo menos na medida em que é poluído pelo prazer (vide JEAN SCOT ERIGÈNE, in *Patrologie Latine*, 122, 806 segs.), corrente que encontrou forte eco no maniqueísmo dos séculos X-XII.

²⁰ Sobre o que se segue, vide, sobretudo, Y. LABONTE, *Le mariage selon Yves de Chartres*, Bruges, 1965. Mas, também, G. DUBY, *Le chevalier, la femme et le prêtre*, cit. cap. IX, para uma abordagem sociológica.

tuir um corpo jurídico-canónico, a *Panormia*. Ele tinha em vista disciplinar o casamento, que até aqui, como vimos, relevava sobretudo o foro civil, e submetê-lo, e através dele toda a sociedade, à autoridade da Igreja.

St. Yves assenta em dois pilares fundamentais: indissolubilidade do casamento, e sua natureza essencialmente espiritual. O primeiro é objecto da secção que trata do divórcio, o segundo da que se ocupa “das núpcias e do casamento”.

O casamento é considerado uma instituição natural, consagrada desde a origem da condição humana.²¹ É a idéia da sacralidade do casamento que se desenha.²² Sacramento assente no acordo de vontades, no pacto de *desponsatio*, indissolúvel desde que os nubentes, tendo atingido a idade da razão (sete anos), nele consintam.²³ Mas pacto solene, revestido de uma forma complicada, de um ritual de gestos e palavras, acompanhado por um sacerdote.²⁴

²¹ Carta 230, ed. Leclercq.

²² Com tanta firmeza, que um cônego de Paris, que se casou, é “degradado” para a “ordem dos cônjuges” para não se dissolver o seu casamento. Vide Carta 218. Contudo, mantêm-se as causas tradicionais de divórcio: adultério e incesto. Vide infra.

²³ *Panormia*, VI, 3 e 4, in *Patrologie Latine*, 161. Acentue-se que, mesmo quando o acento tónico foi transferido para a vontade dos nubentes, o acordo das parentelas continuou a ser elemento de peso, de direito e(ou) de facto, na celebração do casamento e na sua manutenção. As duas linhagens “contratantes” constituem importantes factores de estabilidade e de amortecimento das crises (Vide, entre muitos outros, PETER LASLETT, *The world we have lost*, esp. cap. 8). É ilustrativa desta dicotomia — “casamento social” e “casamento individual” — o direito matrimonial do povo Samo (Cf. F. HÉRITIER, *La paix et la pluie. Rapports d'autorité et rapport au sacré chez les Sammo*, *L'Homme*, XIII, 2, 1973 e em *Les domaines de la parenté*, cit.). Ao lado do casamento primário que exprime um acordo entre as linhagens, que estas impõem, eventualmente pela força, e que é em princípio, indissolúvel, existe outro tipo de casamento, dissolúvel, simples acordo entre indivíduos.

²⁴ *Ibid.*, 2 e 5. Sto. YVES distinguia a promessa de casamento, acordo entre os nubentes, do casamento propriamente dito, centrado sobre a declaração solene de vontade de cada um dos nubentes. Em breve passou a ser corrente a distinção entre “consensus de futuro” e “consensus de presente”. Desta distinção, e sobretudo da desmaterialização do segundo momento que deixava de assentar na cópula, resultava a possibilidade da intervenção do sacerdote nos dois momentos (e não só no primeiro) e a socialização do segundo, apesar da sexualidade que o envolvia.

Aliás, a sacralização do matrimónio, se exigiu uma certa “desmaterialização” prévia deste, conduziu ao acentuar da sua função espiritual, algumas vezes de forma radical. UGO DE SAINT VICTOR (“Des sacrements de la foi chrétienne”, II, 11, *Patrologie Latine*, 1766, 488) ao mesmo tempo que assinala ao casamento uma virtude de salvação, reduzia-o à simples fé jurada, à promessa de não desfazer o vínculo até à morte (“Dela virginité de Maria”, in *Patrologie Latine*, 176, 859 segs.), o que desencarnava o casamento (a obrigação do comércio carnal seria o companheiro e não a causa do casamento), mas também o dessocializava, subtraíndo-o perigosamente ao controle da Igreja (já que o rito nupcial presidido pelo sacerdote deixava de ser imprescindível) e

Seguidamente, o bispo de Chartres lembra, na esteira de Sto. Agostinho, que o único fim do casamento é a procriação.²⁵

Finalmente, a reafirmação da regra da monogamia leva à solução do problema do concubinato, proibindo-o ou absorvendo-o pelo casamento: quando um homem trata a sua concubina como se de esposa se tratasse, eis um casamento indissolúvel.²⁶ Encontramos aqui a configuração de uma forma de casamento medieval português. Este, ao lado do casamento “de bênção”, revestido de maior solenidade, conhecia o casamento “a furto ou de juras” que assumia, ainda que contraído na presença de um sacerdote (*juras in manus clericis*), um carácter secreto ou de consciência, e o casamento “de pública forma”, para o qual bastavam simples palavras do presente e que, como o nome indica, unia os que se comportavam como casados.²⁷

O sistema matrimonial era posto sob a égide da Igreja que se reservava a judicatura nesta matéria,²⁸ nomeadamente quanto

²⁵ Panormia, 7 e 8.

²⁶ “Decretum”, VII 59, 66, in *Patrologie Latine*, 161.

²⁷ Sobre a história do casamento em Portugal vide ARAÚJO E GAMA, **O casamento civil**, Coimbra, 1887; ALEXANDRE HERCULANO, **Estudos sobre o casamento civil**, Lisboa, 1892; MARNÓCO E SOUZA, **História das Instituições**, Coimbra, 1908; PAULO MERÊA, **Em torno do casamento de juras**, “Estudos de Direito Hispânico Medieval”, I, Coimbra, 1952; CABRAL DE MONCADA, “O casamento em Portugal na Idade Média” **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, VII, 192, 22; GUILHERME BRAGA DA CRUZ, **O Direito de Troncalidade e o Regime Jurídico do Património Familiar**, I, Braga, 1941; HUMBERTO BAQUERO MORENO, **O casamento no contexto da Sociedade Medieval Portuguesa**, “Braccara Augusta”, XXX, III, 1979.

²⁸ A definição normativa e dogmática a que a Igreja se dedicou a partir do século XI terá constituído um facto importante no aparecimento e no sucesso de numerosas heresias, nos séculos XII e XIII (que, é certo, também vieram, antes da reforma gregoriana ocupar espaços vazios ou corrompidos), algumas das quais centradas na recusa da concepção católica de matrimónio e da sua disciplina. Assim, os **vaudois** franceses excluía qualquer outra lei religiosa para além do Evangelho, embora continuassem frequentemente a participar no culto oficial. Já os **vaudois** italianos recusavam os sacramentos dos sacerdotes católicos, criando um culto especial. Os discípulos de Amaury de Bene reivindicaram uma liberdade moral ilimitada, enquanto os sequazes de Ortilieb de Strasbourg rejeitavam o casamento. Os catáros, que opunham um deus da luz e do espírito a um deus da sombra e da carne, exigiam que o homem se abstinésse de qualquer comércio carnal: procriar seria favorecer as resistências da matéria, aumentando os sequazes do mal. (Vide R. NELLI, **Le phénomène cathare**, 1964; **Vaudois Languedociens et pauvres catholiques**, 1967; **Cahiers de**

ao interesse da parentela dos esposos. Mas este radicalismo é em breve compensado por outros comentadores das Escrituras que, como PIERRE LOMBARD, afirmam que entre os esposos existe uma dupla união, a do consentimento das almas e a da mistura dos corpos (**Livre des sentences**, IV, 26): o consentimento é o símbolo da união espiritual entre a Igreja e Cristo; as núpcias, o símbolo da sua união corporal. Embora o que prevaleça e constitua o casamento seja o “**consensus** de presente”. Assim se salvou o aspecto material do casamento, ao mesmo tempo que ne'e se reconhecia o carácter sacramental.

às causas de divórcio: adultério (aqui compreendido o adultério espiritual, como, por exemplo, adesão à heresia) e incesto.

3 — O casamento-instituição e o fenómeno sucessório — Indicação da sequência

Deparamos pois com um modelo de casamento que, embora burilado por concílios, papas e doutores, atacado pelas correntes da liberdade (protestantes, homens das luzes e liberais), pelo menos na sua sacralidade e indissolubilidade, havia de se enraizar nos costumes, informar as sociedades e chegar até nós. Foi este modelo que, conformando as sociedades, pelo menos até ao início deste século, assegurou a transmissão da fortuna, de geração em geração, e deste modo, sustentou a “infra-estrutura” social; e que, sobretudo, situado no ponto de encontro do profano e do religioso, disciplinador dos impulsos profundos da procriação, e do essencial da troca de pessoas e bens constituiu no interior da sociedade, o código pelo qual esta se representou e se reviu como espelho da sua purificação. É ainda hoje a fronteira, em constante deslocação, da nova divisão entre o profano e o religioso, o ponto de referência dos que atacam em certo tipo de sociedade que passa, e a barbacá dos que a defendem. Não é objectivo desta exposição criticar, mas só entender. Por isso não tomaremos partido no debate — que aliás extravasaria também os limites da nossa análise. Bastam-nos reter, para os nossos fins, que a Idade Contemporânea, e em muitos países ainda as nossas próprias gerações, receberam o casamento (e através dele o parentesco) construído em termos de instituição social — socialmente criada e apoiada — dinâmica e extraprojectada, disciplinadora da procriação. Casamento que, através destas características, assumia a função subordinada de regulador do património e de transmissor dos bens²⁹ (e,

²⁹ Apesar das profundas alterações verificadas nos últimos decénios a todos os níveis das sociedades europeias, e que se reflectiram no casamento e na família parece continuar a haver uma maioria da população a favor da transmissão de bens por sucessão *mortis causa*. É pelo menos o que sucede em França em que, numa sondagem de 1965 (“Attitudes des français à l’égard des successions”, sondagens IFOP, *Sondages*, 1970, n.º 4), 50% dos inquiridos se diziam muito favoráveis à transmissão de bens, 39% por certo bastante favoráveis e só 9% bastante ou muito desfavoráveis. Estes dados mantiveram-se substancialmente em 1979 (sondagens SOFRES, *Le Figaro*, 22 de março de 1979) e em 1981 (sondagens IFOP, *Le Point*, 9 de novembro de 1981). Neste último ano, 79% dos inquiridos diziam-se favoráveis à transmissão e só 4% se afirmaram contra. Isto, apesar de 39% dos inquiridos não pensar vir a herdar...

Contudo, a função social da herança alterou-se significativamente. O aumento da esperança de vida — que leva a que hoje, pela primeira vez na

Fanjeaux; N. COHN, *Les fanatiques de l’Apocalypse*, “Courants millénaristes révolutionnaires du XI^e. au XVI^e. siècle”, avec un postface sur le XX^e. siècle, Paris, 1962.)

em algumas épocas, de certas funções),³⁰ dado que o regime da titularidade e as vias de transmissão dos bens são definidas antes de mais na convenção antenupcial do regime de bens do casamento.

Julgamos que teria algum interesse assistir ao desenrolar das relações que até hoje se estabeleceram entre o casamento, a sociedade e o património familiar, para apreciarmos da sua lógica e as tentarmos “codificar”, para já não dizer “legislar”. Trabalho demasiado vasto, porém, para este âmbito, mesmo que o reduzíssemos ao homogéneo espaço social português, tanto mais que nos últimos decénios teríamos de fazer intervir factores que distorcem a perspectiva tradicional, tais como os seguros de vida, as prestações de segurança social e o direito fiscal, a influenciarem profundamente os fins das famílias, a composição dos seus patrimónios e o seu comportamento económico.

O nosso objectivo será tão-só o de indicar o que há de novo no novo direito sucessório português — entendendo por este o que resultou do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25/11, que veio alterar o Código Civil de 1966 — mesmo que esta compreensão nos faça recuar no tempo o nível dos regimes sucessórios, e nos obrigue, necessariamente, a estabelecer as necessárias correlações lógico-compreensivas tripartidas entre o casamento, o regime sucessório e a constituição patrimonial da família, definida através das convenções antenupciais. Tomaremos como base imediata da análise a ordem dos sucessíveis legitimários e legítimos e o montante das legítimas. Corrigiremos ou completaremos esta primeira percepção da estrutura legal da família através de correlações com o regime de bens supletivo do casamento, de modo a determinarmos uma lógica de conjunto, na qual se inserirá o casamento.

³⁰ Nas sociedades em que o parentesco está na base da organização social, como ainda são, em parte, as nossas, a herança (transmissão de bens) é geralmente função da filiação. Naquelas em que há coincidência entre parentesco e organização social, a transmissão (sucessão) das funções também é frequentemente função da filiação.

história, coexistam nos países europeus, duas gerações de adultos, pais e filhos — levou a que a idade média a que se herda tenha subido aceleradamente. Enquanto nos séculos passados se herdava, em regra, no momento de entrada na vida activa, hoje, quando o filho se casa, resta ao pai uma esperança de vida de cerca de 25 anos e à mãe de mais de trinta anos. Assim a herança passou a ser uma espécie de subsídio complementar de aposentação (Vide sobre esta matéria L. ROUSSEL, *La famille après le mariage des enfants, Études des relations entre les générations*, Institut national d'études démographiques, 8, 1976, esp. 213 e segs.).

4 — *A reforma de 1977 e o direito sucessório. O estatuto dos filhos nascidos fora do casamento*

A nível do direito sucessório a reforma de 1977 traduziu-se em duas partes: equiparação, para efeitos sucessórios, dos filhos nascidos fora do casamento, aos nascidos do casamento; atribuição da posição de herdeiro legitimário, rodeando-a de certas marcas de favor, ao cônjuge sobrevivivo. Deste último aspecto trataremos mais tarde, com alguma demora. Para já, daremos algumas notas de esclarecimento quanto ao primeiro.

No domínio do Código de 1966, os chamados filhos ilegítimos tinham direito a uma quota legítima ou legitimária igual a metade da dos filhos legítimos ou ilegítimados (arts. 2.139.º, 2, e 2.158.º do Código Civil).

A equiparação dos filhos nascidos fora do casamento, aos nascidos do casamento, impôs-se por força de uma disposição constitucional nesse sentido (art. 36.º, 4, da Constituição da República). Esta igualação significou que, também neste domínio, o casamento deixou de ter a exclusividade social da regulação da procriação.

Esta consequência, anunciada assim simplesmente, atribui ao novo estatuto sucessório dos filhos nascidos fora do casamento uma ressonância que ele efectivamente não tem.

Com efeito, vem coroar uma longa evolução do direito da família e do direito sucessório, no sentido da equiparação de todos os filhos, ou seja, da coincidência entre a filiação natural e a filiação jurídico-social. Tem seguramente muito menor significado do que, por exemplo, a consagração da possibilidade de reconhecimento dos filhos adulterinos, embora, se a compararmos com a atribuição de significativos direitos sucessórios, pelo Código de 1966, aos filhos nascidos fora do casamento.

Correspondeu a um imperativo de justiça da consciência jurídica dominante, eventualmente também preocupada com o facto de que um estatuto discriminatório para os filhos nascidos fora do casamento, pudesse servir de pretexto a abortos "sociais".

Finalmente, a preservação da função disciplinadora que o casamento ainda tem em relação à procriação, não passa por qualquer discriminação dos filhos não nascidos dele — sobretudo se levarmos em conta o imperativo ético que acabamos de indicar e a actual desvalorização da própria procriação na dinâmica do casamento.

Passamos, assim, ao estatuto sucessório do cônjuge sobrevivivo, abordando-o com as precauções metodológicas indicadas.

O regime supletivo de bens previsto no Código Civil de 1867 era o da comunhão geral de bens, também apelidado de costume do reino.³¹ Consubstanciava-se numa comunhão entre os cônjuges de todos os seus bens presentes e futuros, não exceptuados na lei (art. 1.108.º do Código Civil). De entre estes últimos, salientavam-se os doados ou deixados com a causa da incomunicabilidade, ou os sub-rogados em lugar deles (art. 1.109.º, 2).

No caso de morte ou de separação, os bens comuns seriam repartidos entre os cônjuges, ou seus herdeiros, com a devida igualdade — rezava o art. 1.123.º.

Era a comunhão geral o regime tradicional português e que nas vésperas do Código Civil de 1966 era ainda aceite em 98% dos casamentos.

Apoiavam-no argumentos de peso.

Era o que melhor correspondia à essência do casamento, fazendo coincidir a união de patrimónios com a união de pessoas. Esta união patrimonial reflectia a colaboração que cada um dos esposos presta ao outro na conservação e frutificação dos bens existentes e na aquisição de novos bens. A comunhão, dando o seu a seu dono, permitia aliás uma adequada protecção do cônjuge sobrevivivo. A sobrevivência deste, a um nível de vida equiparável ao anterior, parecia ser assegurada através da sua meação nos bens comuns.

Sob o ponto de vista sucessório, a ordem legal da sucessão legítima colocava primeiro os descendentes, seguidos dos ascendentes, dos irmãos e seus descendentes, do cônjuge sobrevivivo e dos outros colaterais até ao sexto grau (art. 1.969.º). Esta óptica parece justificar-se numa lógica de conjunto. O viúvo já estava garantido pela sua meação nos bens do casal. Além disso, a lei atribuía-lhe o usufruto da totalidade da herança e esta fosse devolvida aos irmãos e seus descendentes (art. 2.003.º, § único) ou o usufruto de metade da herança, se esta competisse aos ascendentes ilegítimos (arts. 1.995.º e 1.999.º). Tratava-se, porém, de um legado legítimo eliminável por testamento.

Nos casos em que os direitos derivados do regime de bens não assegurassem a sobrevivência do viúvo, este teria duas faculdades: pedir alimentos aos seus descendentes (art. 172.º) — que seriam

³¹ Sobre o que se segue vide GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O problema do regime matrimonial de bens supletivos no novo Código Civil português* (Estado actual da questão), Lisboa, 1956 (Separata do B.M.J.).

normalmente herdeiros do cônjuge pré-defunto; exercer o seu direito de apanágio, garantido pelos rendimentos da herança do cônjuge falecido (art. 1.231.º) e exercitável contra quem quer que tivesse beneficiado da herança (art. 1.232.º, § único).

Poder-se-ia afirmar, com base no exposto, que o direito português entendia a família como um grupo ligado por laços de consaguinidade, do qual o cônjuge estaria excluído? Seria acusável o Código de 1867 de discriminar desfavoravelmente os vínculos conjugais em benefício da consaguinidade, considerando os descendentes, os ascendentes, e os próprios irmãos e seus descendentes, familiares mais próximos do *de cuius* do que o próprio cônjuge?

Só poderia responder afirmativamente quem não considerasse mais do que os estreitos quadros da posição sucessória do cônjuge sobrevivente. O conjunto das relações patrimoniais da família, de que essa posição é um simples aspecto, indica exactamente o contrário.

O regime supletivo de bens revela que o legislador entende dever existir, também no aspecto patrimonial, uma profunda união entre os cônjuges, vendo em cada um o mais próximo familiar do outro. A família é centrada sobre os cônjuges. O casamento é perpétuo, e a sua estabilidade profunda. Não se compreenderia que fosse outro o pressuposto de uma comunhão geral em que o simples facto do casamento é motivo de aquisição. Com efeito, no caso de separação de pessoas e bens — única interrupção do vínculo conjugal permitida pelo Código de 1867 — a comunhão geral redundará num locupletamento de um dos cônjuges à custa do outro. O cônjuge que deu motivo à dissolução do vínculo conjugal recebe, do mesmo modo, a sua meação nos bens comuns. Mesmo naqueles bens que eram pertença do outro cônjuge antes do casamento ou que lhe advieram posteriormente a título gratuito.

Pode afirmar-se, mesmo, que o legislador dá prevalência aos laços conjugais sobre os de consaguinidade. Assim, a comunhão geral levará, eventualmente, a que os bens abandonem a linha familiar em que se encontravam. Era o caso, por exemplo, de o titular de um património avoengo contrair casamento, segundo o costume do reino, com outrem, e este casamento se dissolver sem descendentes comuns. Metade daquele património transmitir-se-á aos herdeiros do viúvo em prejuízo da linhagem de que eram originários os bens.

6 — Cont. b) *A Lei do divórcio*

A Lei do Divórcio, de 1910, ao instituir o divórcio para o casamento civil — único que passa a ser legalmente reconhecido — provoca um certo abalo na lógica deste regime. Com efeito, a instituição familiar é atacada pela ideia-força do divórcio. O casamento já só é presuntivamente perpétuo. É, portanto, mais fácil realizar o casamento-negócio, através da combinação do regime da comunhão geral (que se mantém intocado) com o divórcio e a separação. Os casos de desvios dos bens da linha familiar originária avolumam-se conseqüentemente. A estabilidade da família e a união entre os esposos, que servem de pressuposto à comunhão geral, têm de ser vistas a uma nova luz. O regime supletivo pode, assim, ser legitimamente repensado.

A posterior proibição, nos anos quarenta, do divórcio para os casamentos católicos, não vem alterar os dados fundamentais do problema. Continua a haver um certo número de casos em que a dissolução do casamento leva a injustos locupletamentos de um cônjuge, ou ao desvio inconveniente dos bens da linhagem originária.

7 — Cont. c) *Código Civil de 1966*

O Código Civil de 1966 veio estabelecer a comunhão de adquiridos como regime supletivo. Já no começo dos anos sessenta, a diminuição da estabilidade do casamento — que contudo se expressava em reduzidíssimas percentagens de divórcios e de separações — constituía um argumento de valor contra a comunhão geral como regime supletivo de bens. A ideia da comunhão de adquiridos começava a avolumar-se. Com efeito, trata-se de um regime mais adequado aos momentos de crise, evitando injustas repartições de bens. Por outro lado, o regime de bens escolhido parecia não ter significado para o bom entendimento dos cônjuges. A unidade do matrimónio pode ser atingida seja qual for o regime de bens. Um casamento bem-sucedido transformará numa verdadeira comunhão qualquer regime de separação de bens — afirmava-se.

Aliás, nas famílias com maiores haveres, o regime convencional era muito frequentemente o da comunhão de adquiridos. Ou vinha a sê-lo, na prática, através de cláusulas de incomunicabilidade dos bens. De modo que, na realidade, a comunhão geral estava limitada aos matrimónios de poucos ou nenhuns bens materiais, para os quais, portanto, o problema do regime de bens era despidendo de interesse. Adoptar legalmente, como foi feito, a

comunhão de adquiridos como regime de bens supletivo seria como que consagrar os costumes dominantes.

Mantinha-se todavia um argumento de peso a favor da comunhão geral: era este o regime que melhor protegia os interesses do cônjuge menos favorecido economicamente, no caso de pré-morte do outro. E este argumento funcionava sobretudo com referência à mulher. Estando esta normalmente afastada, como estava, da actividade remunerada, a sua esperança de sobrevivência estaria só no património conjugal. A meação deste património assegurar-lhe-ia o mesmo nível de vida — com base na ideia, particularmente errónea para os pequenos e médios patrimónios, de que um só vive com metade do que necessitava o casal.

Esta situação de dependência da mulher em relação ao património conjugal era acentuada por diversos factores. Ao marido competia, não só um largo poder decisório sobre as actividades produtivas da mulher (art. 1.676.º), como, em princípio, a administração dos bens do casal (art. 1.678.º). A mulher podia ser impedida pelo marido de auferir rendimentos pelo seu trabalho ou pelo comércio.

Além de que, nas regiões de pequena propriedade do Norte do país, havia o seguinte costume, determinado pela necessidade de não tornar inviáveis as explorações rurais: os pais deixavam, por morte (ou doavam em vida) — art. 2.029.º —, ao filho mais velho os bens imóveis, entregando aos restantes a sua legítima em dinheiro. Este costume, aceito correntemente pelos interessados, permitia que o património hereditário da mulher casada se viesse a dissolver, em seu prejuízo, nos bens comuns do casal, ou a ser facilmente dissipado em virtude dos poderes de administração do marido.

É certo que, na segunda metade da década de sessenta, a mulher tem um acesso efectivo ao mercado do trabalho muito superior ao que até aí se verificava. Deste modo, também a mulher adquiria uma autonomia patrimonial que lhe permitia dispensar a protecção do património conjugal. Tratava-se, porém, de um fenómeno ainda suficientemente limitado para poder invalidar as considerações anteriores.

Foi, sem dúvida, com o objectivo de conciliar as vantagens dos dois regimes em causa, que o legislador dispôs, no art. 1.719.º, o seguinte preceito: é permitido aos esposados convencionar, para o caso de dissolução do casamento por morte de um dos cônjuges, e quando haja descendentes comuns, que a partilha dos bens se faça segundo o regime da comunhão geral, seja qual for o regime adoptado. Combinando o regime supletivo com esta cláusula, salvaguardar-se-iam as situações de crise, permitir-se-ia normalmen-

te a manutenção dos bens na mesma linha familiar (o divórcio parece romper, mais necessariamente do que a morte, os laços entre os cônjuges e destes para com os filhos) e assegurar-se-ia, simultaneamente, a proteção económica do cônjuge sobrevivivo. Contudo, esta cláusula não foi introduzida no regime supletivo, o que muito prejudicou o seu alcance.

Faltava, portanto, no direito da família, uma tutela do cônjuge sobrevivivo, que o direito sucessório também não lhe concedeu.

O cônjuge continua a não ser herdeiro legitimário, categoria reservada aos descendentes e ascendentes (art. 2.157.º).

É, porém, herdeiro legítimo — em quarta posição, depois dos descendentes, ascendentes, dos irmãos e seus descendentes, e antes dos outros colaterais até ao sexto grau (art. 2.133.º). Se a sucessão for diferida aos irmãos e seus descendentes, o cônjuge sobrevivivo tem direito, como legatário legítimo, ao usufruto vitalício da herança (art. 2.146.º).

Em qualquer caso, o cônjuge só é herdeiro ou legatário legítimo desde que à data da morte do autor da sucessão se não encontre divorciado ou separado judicialmente de pessoas e bens, por sentença que já tenha transitado ou venha a transitar em julgado (art. 2.148.º), caso em que não terá quaisquer direitos sucessórios.

Mantém o viúvo o seu apanágio, tendo o direito de ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pelo falecido (art. 2.018.º).

O saldo do Código de 1966 em relação ao de 1867 é nitidamente desfavorável ao cônjuge sobrevivivo. Este perde a sua meação da globalidade do património conjugal e mantém uma posição sucessória substancialmente idêntica.

Cremos, porém, que a realidade social nos leva a ser menos severos para com o legislador de 1966.

Com efeito, um Código Civil tem de ser elaborado com vista ao longo prazo. E qual era a evolução da família que se desenhava em Portugal?

A estabilidade dos patrimónios encontra-se progressivamente comprometida na sociedade contemporânea. O nível de vida da família é mais assegurado pelos rendimentos do trabalho do que pelo que venha a receber gratuitamente. A sobrevivência económica do viúvo assentará cada vez mais na sua capacidade de trabalho e no que tenha adquirido em conjunto com o cônjuge pré-morto através dos esforços de ambos. Deste modo, os interesses e as expectativas dos cônjuges assentarão sobretudo na massa comum dos adquiridos.

É certo, porém, que a família se centrava progressivamente na família conjugal, com os cônjuges constituindo não tanto o núcleo central, pois sempre o tinham sido, mas quase que o núcleo exclusivo, o que exigia uma consideração particularmente cuidadosa dos laços entre estes. Os tecidos entre pais e filhos apresentavam uma textura mais débil. A convivência e a autoridade eram menores; os filhos saíam mais cedo de casa e mudavam mais frequentemente para localidades diversas. Cada cônjuge aparecia, não só nos princípios como na realidade, o familiar mais próximo do outro.

Sob este ponto de vista, o regime supletivo parecia não traduzir fielmente a realidade social, não acentuando suficientemente o maior peso relativo do núcleo conjugal.

Mas este desfazimento era facilmente colmatado. Eram relativamente frequentes os casos em que os cônjuges dispunham, por testamento, da sua quota disponível a favor do outro (com consequências fiscais pesadas, embora). Se o casamento se dissolvesse por morte, o viúvo teria ao seu dispor uma parte importante — quando não a mais vultosa — do património familiar. No caso de crise, o testamento seria revogado, e o locupletamento evitado.

Assim se obtinha, na vida quotidiana, através da combinação do regime de bens, da posição sucessória do cônjuge sobrevivente e da sucessão testamentária, um estado de coisas que se ia adaptando flexivelmente à evolução dos costumes por muitas críticas de que fosse passível no plano dos princípios.

A família que o legislador de 1966 pressupunha era fortemente centralizada na pessoa do marido, o seu chefe. Era a este que incumbia primordialmente a satisfação das suas necessidades económicas. A mulher continuava em casa ocupada com o governo doméstico.

Mas é, ao mesmo tempo, uma família que começa a manifestar uma certa crise — muito moderada, embora. O tecido jurídico conjugal adelgaça-se um pouco, para se adaptar a essa crise. É o que parece revelar, nomeadamente, a substituição operada no regime supletivo de bens do casamento.

8 — Cont. d) *A reforma de 1977*

A entrada em vigor da Constituição da República de 1976 arastou significativas alterações no Direito da Família.

No que se refere especificamente ao nosso tema, o art. 13.º, 1, da Constituição dispõe a igualdade dos cidadãos perante a lei, proibindo o n.º 2 do mesmo artigo a discriminação com base no sexo. A igualdade de direitos e de deveres entre os cônjuges quanto

à sua capacidade civil e política e à manutenção dos filhos vem consagrada no n.º 3 do artigo 36.º.

Com base nestes princípios, tomou-se um certo número de medidas (Dec.-Lei n.º 496/77, de 25/11). Desde logo, eliminou-se o estatuto de chefe de família atribuído ao marido, no duplo campo pessoal e patrimonial.

No domínio da actividade económica, qualquer dos cônjuges passa a poder exercer qualquer profissão ou actividade, sem consentimento do outro (art. 1.677.º-D).

Nas relações patrimoniais entre os cônjuges manteve-se o regime supletivo da comunhão de adquiridos, que deixa, contudo, de ser dominado pelos poderes do marido.

No que se refere à administração dos bens, estabeleceu-se a igualdade jurídica entre os cônjuges. A mesma preocupação presidiu aos ajustamentos no regime de alienação e oneração dos móveis e imóveis (art. 1.682.º e segs.).

Onde a alteração foi mais significativa — e não exigida pela Constituição —, foi no estatuto sucessório do cônjuge sobrevivivo.

Na ordem da sucessão legítima, o cônjuge passa para as primeira e segunda classes, em concordância com os descendentes e os ascendentes, e em prejuízo dos colaterais, que também são limitados ao quarto grau (art. 2.133.º). O cônjuge sobrevivivo integra a primeira classe de sucessíveis, salvo se o autor da sucessão faleceu sem descendentes e deixou ascendentes, caso em que integra a segunda classe.

O cônjuge ocupa uma posição privilegiada mesmo em relação aos descendentes. Assim, o art. 2.139.º dispõe que a partilha entre o cônjuge e os filhos se faz por cabeça, dividindo-se a herança em tantas partes quantos forem os herdeiros. Mas a quota do cônjuge não pode ser inferior a uma quarta parte da herança.

Esta vantagem acentua-se perante os ascendentes. Se não houver descendentes e o autor da sucessão deixou cônjuge e ascendentes, ao cônjuge pertencerão duas terças partes e aos ascendentes uma terça parte da herança (art. 2.142.º).

Na falta de descendentes e de ascendentes, o cônjuge é chamado à totalidade da herança (art. 2.144.º).

Mas, além de herdeiro legítimo em posição privilegiada, o cônjuge sobrevivivo é também herdeiro legitimário. Assim, o art. 2.157.º dispõe que são herdeiros legitimários, o cônjuge, os descendentes e os ascendentes pela ordem e segundo as regras estabelecidas para a sucessão legítima.

A legítima do cônjuge, se este não concorrer com descendentes nem ascendentes, é de metade da herança (art. 2.158.º). A

legítima do cônjuge e dos filhos, em caso de concurso, é de dois terços da herança. Como, se não houver cônjuge sobrevivente, a legítima dos filhos é de metade ou dois terços da herança, conforme haja um só filho, ou dois ou mais, verifica-se que o cônjuge sobrevivente, enquanto herdeiro legítimo isolado, é colocado em posição de igualdade com os filhos.

Na hipótese de concurso entre cônjuge e ascendentes, a legítima é de dois terços da herança (art. 2.161.º). Se o autor da herança não deixar descendentes nem cônjuges sobreviventes, a legítima dos ascendentes é de metade ou de um terço da herança, conforme forem chamados os pais ou os ascendentes do segundo grau e seguintes (art. 2.161.º, 2.º). O cônjuge isolado é, assim, equiparado aos pais do *de cuius* no seu conjunto.

Além do que fica dito, o cônjuge tem o direito a ser encabeçado em certos direitos. São eles o direito de habitação da casa de morada da família e o direito de uso do respectivo recheio (art. 2.103.º-A). Deverá tornas aos co-herdeiros se o valor recebido exceder o da sua parte sucessória e meação, se a houver.

Trata-se aqui, como é evidente, de assegurar ao viúvo a fruição de bens essenciais à manutenção da sua qualidade de vida, dos seus hábitos. Na mesma orientação, o art. 111.º (na redacção da reforma de 1978) vem atribuir preferencialmente ao cônjuge sobrevivente a posição de inquilino da casa de habitação comum de que era arrendatário o cônjuge defunto.³²

Um aspecto em que a posição sucessória do cônjuge sobrevivente estará particularmente favorecida é o das despesas sujeitas a colação, se entendermos que ele não é obrigado a restituir à massa da herança, para igualação da partilha, os bens ou valores que lhe forem doados pelo *de cuius*. A dispensa de colação avantajá-lo-á claramente perante os descendentes sujeitos à colação.³³

³² Sobre a posição sucessória do cônjuge sobrevivente em direito comparado vide, entre outros: G. ALLARA, *La successione familiare suppletiva*, Torino, 1945; S. FERRARI, *I diritti del coniuge superstite nel sistema successorio "mortis causa"*, Milano, 1974; L. FERRI, *Dei legittimari*, *Comentario del codice civile a cura de Scialoja e Branca*, Bologna — Roma, 1971; G. MENGONI, "Successioni per causa di morte — Parte Speciale" — *Successione legittimi — Trattato di diritto civile e commerciale diretto da A. Cicu, e F. Messineo*, Milano, 1961; R. RODIÈRE, *Évolution Comparative des Droits Successoraux du conjoint survivant*, *Eull. Société Lég. Comparée*, 1937; R. SCOGNAMIGLIO, *Aspetti successori della riforma del diritto di famiglia* ("Acti del II Convegno di Venezia", 11-12. Marzo, 1972); H. VIALLETON, *Famille, patrimoine et vocation héréditaire en France depuis le Code Civil*, *Mélanges offerts au Doyen Maury*, II. WALD, ARNOLDO — *Direito das sucessões*, 5.ª ed. (com a colaboração de Roberto Rosas), São Paulo, 1983, p. 66 e segs.

³³ Acerca deste problema vide DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Família e Sucessão*, sep. do vol. LVI (1980) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 16 e segs.

A nova situação sucessória do cônjuge sobrevivente necessita de uma análise mais detalhada.

Não há que pôr em causa a consideração de cada cônjuge como o familiar mais próximo do outro, com todas as consequências, nomeadamente patrimoniais, que daí derivam. Sempre assim foi, pelo menos no plano social, como o provaria abundantemente a iconografia dos séculos passados em que os cônjuges ocupavam o centro, rodeados dos filhos.

A definição do estatuto patrimonial dos cônjuges joga com interesses e levanta problemas pertinentes aos Direitos da Família e das Sucessões, que têm de ser harmonizados. Os pontos de vista patrimonial e pessoal, as noções de família e de casal — com todos os interesses subjacentes — a afeição entre esposos e para com os filhos, a necessidade de manter a linhagem familiar e de assegurar a sobrevivência do viúvo, etc., serão outros tantos pontos de referências.

Mais proximamente haverá que conexionar estreitamente o regime de bens de casamento com o estatuto sucessório do cônjuge sobrevivente.

Creemos que a posição sucessória do cônjuge sobrevivente é, no actual direito português, contraditória com o regime supletivo de bens, iludindo alguns dos interesses que estão na base deste.

A introdução do regime da comunhão de adquiridos, em substituição da comunhão geral de bens, foi, desde logo, o resultado da verificação de um certo afrouxamento dos laços pessoais entre os cônjuges — ou, pelo menos, da consideração de que estes laços se afrouxavam ou se dissolviam num número significativo de casos. Foi, sem dúvida, mais aproximadamente, o produto de dois objectivos: o de evitar que o casamento se transforme num meio de adquirir, e o de impedir que os bens mudem de linhagem.

A não alteração, em 1978, do regime supletivo de bens terá significado que aquelas razões se mantinham válidas. Temos portanto um elemento de base para prosseguirmos na análise das relações patrimoniais dos cônjuges. Elemento tanto mais importante quanto o regime de bens não só define a estrutura dessas relações como determina a sua dinâmica *inter vivos* e *mortis causa*.

Sucedem que o novo estatuto sucessório do cônjuge sobrevivente vem contrariar as razões que estão na base da manutenção do regime supletivo da comunhão de adquiridos.

Com efeito, vem reafirmar, desde logo, uma espessura do tecido familiar no núcleo conjugal, que o regime supletivo de bens negou. E que as medidas tomadas nos últimos anos quanto à liberalização do divórcio, também negam.

Não interessa para aqui cotejar estas últimas medidas com a realidade social, para determinar se vêm responder a necessidades gerais ou só activar um processo em parte por um fenómeno de dinâmica externa. Só convém salientar que se tomaram decisões importantes que conduzem a uma nova visão legal do casamento. De entre elas há a salientar, desde logo, a admissão civil do divórcio também para os casamentos celebrados canonicamente. Mas, igualmente, e sobretudo, a instituição do divórcio por mútuo consentimento.³⁴

O casamento-instituição, moldado e sustentado em larga medida pelas pressões sociais — o direito aqui compreendido — é posto em causa em benefício do casamento-contrato. O novo casamento “valerá o que valerem os cônjuges”. Ainda não se trata, é certo, do “casamento” visto como uma união entre duas pessoas independentes, do qual o direito se desinteressa largamente. Mas é já um contrato posto vastamente à disposição dos interessados, pelo menos quanto à sua duração — o que vem determinar profundamente a sua textura. Enquanto subsistir, viverá com base no equilíbrio de forças de dois sócios iguais e indiferenciados juridicamente. O seu fim estará, sem constrangimentos externos, nas mãos dos interessados.

Como aceitar assim que o casamento “valha necessariamente” uma herança? O momento foi mal escolhido, pelo seu contexto, para favorecer tão rigidamente o cônjuge sobrevivente.

Dir-se-á que só valem herança os casamentos que durem até ao falecimento de um dos cônjuges. As uniões estáveis e felizes. Mas continua a ser legítimo duvidar da correcção deste prémio à continuidade. Há variados graus de realização, de felicidade, nas uniões duradouras. Muitas terão sobrevivido só pelo sentido de dever dos cônjuges ou pelo desejo destes de assegurarem uma vida familiar normal aos filhos. Estará, assim, muito longe da intenção do *de cuius*, e não corresponderá ao interesse social, atribuir uma parte muito importante da herança ao viúvo em prejuízo dos filhos. A imposição legal vigente poderá mesmo acarretar importantes custos sociais. Casamentos que, de outro modo, perdurariam, serão atacados pelo divórcio ou pela separação precisamente com o objectivo de eliminar um dos cônjuges da lista dos herdeiros legitimários.

Concordamos de boa mente em que o viúvo terá colaborado na produção e na conservação dos bens, pelo que lhe deverá competir uma parte deles. Mas trata-se de um argumento a situar

³⁴ Sobre estas medidas vide FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Curso de Direito da Família* (dact.), Coimbra, 1977.

na problemática do regime supletivo de bens. A colaboração na produção dos bens já é contemplada na comunhão de adquiridos. O atribuir-se muito peso ao facto de cada um dos cônjuges, ao ajudar o outro a manter os seus bens, ter *ius* a uma participação neles, levar-nos-á à comunhão geral. Eventualmente a um regime misto: comunhão de adquiridos durante a vida do casal, partilha por morte segundo a comunhão geral. Este regime combinaria as vantagens de ambos os regimes-tipo, sem a maioria dos seus inconvenientes. É de lamentar que não esteja consagrado no Código como regime supletivo. Assim, se revelaria, na sede correcta, que a lei considera, realmente, cada cônjuge como o familiar mais próximo do outro. Pois, repetimo-lo, não é isto que está em causa. Mas sim a sua tradução legislativa.

A dessocialização do casamento deveria levar ao afrouxamento dos laços jurídicos entre os cônjuges, através de uma redução dos bens comuns e dos poderes de administração também comuns. Mas deveria determinar também o esbatimento ou mesmo a supressão dos direitos sucessórios do cônjuge sobrevivivo, limitado aos seus bens e àqueles que herdasse da sua linhagem — a exemplo, aliás, do que sucedia, em princípio, na Europa, antes do século XI. Nesta medida, a simples comunhão de adquiridos e o relegar do cônjuge sobrevivivo para uma posição modesta na linha dos sucessíveis — para depois da linhagem do *de cuius* — pareciam satisfatórios.

Transformar um cônjuge em herdeiro forçado do outro é, ao arrepio desta tendência e da lógica, desvalorizar os regimes de separação — que deixam de o ser pelo menos *mortis causa* — e acentuar ainda mais a comunhão, onde quer que esta exista.³⁵

Mas, levando a nossa análise um pouco mais longe, verificamos que, contraditoriamente, a posição privilegiada do cônjuge sobrevivivo parece resultar também de uma certa concepção da dessocialização do casamento. Este aparece transformado num simples acordo entre as partes, de relevância social esbatida. É uma lei entre as partes, que já não é lei social. Perde o seu carácter dinâmico, deixa de ser pensado para se perpetuar, através dos filhos, assumindo um carácter estático. Reduz-se portanto aos cônjuges — passando a procriação a ser dispensável — e não mais servindo de modo de relação dos grupos sociais.³⁶

³⁵ Na linha desta “conexão” externa aos regimes de bens deve situar-se a atribuição da casa de família a um dos cônjuges no caso de divórcio, mesmo que seja pertença do outro e neste caso — título de arrendamento; art. 1.793 do Código Civil. Vide também MICHEL GRIMALDI, “Le logement et la famille”, *Répertoire du notariat Defre nois*, 103, m. 17, p. 1.105 e segs.; GUYON, *Le statut du logement familial en droit civil*, J.C.P., 1965 I, 2.041; CREFF, *Le logement familial en droit civil*, Rennes, 1975.

³⁶ Vide supra n.º 1.

Nesta medida, a afirmação de que cada cônjuge é o parente mais próximo do outro — pela razão “negativa” de que os outros são ainda mais afastados —, esgotaria o significado das relações do casamento e das nascidas deste. A posição sucessória privilegiada atribuída ao cônjuge sobrevivente não necessitaria, para este ponto de vista, de mais justificação.

Ora bem: é certo que os diversos modelos de sociedade postos em prática na Idade Contemporânea puseram em causa o casamento — instituição e a estrutura e dinâmica tradicionais de família, mesmo da família restrita. Ou porque a família tolhesse o livre e desvinculado exercício do direito à procura da felicidade dos cidadãos,³⁷ ou porque tal fosse necessário em virtude das no-

37 Num longo percurso que partiu do *memento mori* do ano mil, em que o Deus do Apocalipse ainda não aparecia encarnado na forma do Filho (e que foi retomado pela reforma da Igreja Católica dos séculos XVI-XVII e pelas Ordens Terceiras com a sua espiritualidade semimonástica) — mas que também passou, e foi contrariado por movimentos tão díspares como a reabilitação da matéria, contra os cátaros; o averroísmo; a teologia da encarnação; o optimismo ingênuo dos primeiros tempos do franciscanismo; a literatura da cavalaria, descobrindo as pessoas dos esposos e o amor por baixo da estrutura social do casamento; o ockhamismo, apoiando a irracionalidade do dogma, e, portanto, a fuga ao constrangimento da Igreja; etc.; alcançou-se no século XVIII uma “existência” nova de felicidade associada à liberdade. Esta foi entendida como o direito que cada um tem de não ser estorvado pelos demais no exercício da sua actividade, o que destruíra de raiz o mundo anterior, fundado na tradição e na autoridade. É certo que esta liberdade é uma afirmação formal de uma capacidade abstracta, um modo-de-ser negativo entendido em termos de reacção contra os constrangimentos externos que impeçam a livre expansão da liberdade individual (vide GUIDO DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo*, Roma, 1940, II). Todavia, a esta liberdade cedo foi conexionado um fim, embora externo: “Todos os homens... são dotados pelo seu criador de certos direitos inalienáveis; entre estes direitos encontram-se a vida, a liberdade e a procura de felicidade” (**Declaração de Independência dos EUA**). Esta procura tem como pressuposto necessário a liberdade. Sendo o poder público instituído para a protecção, segurança e benefício de todos (vide a generalidade das declarações dos Estados norte-americanos), da associação entre este papel e o direito à felicidade, prosseguido através da liberdade, resulta o predomínio do indivíduo — “quanto menos o homem fôr obrigado a fazer outra coisa senão o que a sua vontade deseja ou o que a sua força permite, mais a sua situação no Estado é favorável (G. HUMBOLDT, *Essai sur les limites de l'action de l'État* (trad. francesa, 1867, p. 178). Nunca será demais encarecer o papel que desempenharam na gênese do liberalismo o calvinismo (para o qual a salvação se obtém pela fé, e não pelas boas obras) e o pensamento anglo-saxónico. Abafando o sentimento trágico da existência (na esteira de LOCKE, para quem a moral é essencialmente social, e de ESPINOSA, que rejeita a noção de pecado) ANTHONY, conde de Shaftesbury, afirma que Deus não é trágico, e que o deus razão proíbe conceber a existência mortal como preparação para a imortalidade — enquanto BOSSUET (*Oraison funèbre de Marie Therèse d'Autriche*) pregava que “um cristão nunca está vivo na terra, porque está aí sempre mortificado, e a mortificação é uma prova, um aprendizado, um começo da morte”. E JOHN TOLAND proclama: “*Christianity not mysterious*”. Isto para só falar nos precursores da grande aspiração à felicidade que (já sentida no Renascimento) se havia de espalhar confinadamente pela Europa no século

vas relações de produção entretanto surgidas.³⁸ Não foi todavia possível retirar ao casamento (e atribuir a outrem) o papel de fonte (quase) exclusiva da procriação.³⁹ E como as sociedades sentem (ou têm sentido) a necessidade de se perpetuarem, mesmo aquelas que têm assistido, sem querer intervir, ao facto de o casamento, enquanto acordo, se dessocializar e se dessocializar a procriação,⁴⁰ fazem algo para preservar a procriação atingida pela circunstância de o investimento a longo prazo que os filhos representam ser dificilmente compatível com a nova representação social do casamento e a sua instabilidade. O Estado-providência aparece, pois, a estimular a procriação através de subsídios de maternidade e aleitação, férias por maternidade, concessão de alojamento, etc. Tenta assegurar a função de manutenção e educação dos filhos através de diversas prestações sociais pecuniárias

³⁸ Vide a interessante análise de MARX.

³⁹ Mesmo as chamadas “uniões livres” transformam-se regularmente em casamento quando nasce, ou está para nascer, um filho.

⁴⁰ O que se traduz, nomeadamente, na permissão do aborto com base na ideia de que os filhos nascituros dizem só respeito aos pais (ou à mãe).

XVIII (*Oh Happiness! Our Being's End and Aim* — POPE) até constituir o fundamento e a finalidade da sociedade civil — “a alegria torna-nos deuses; a austeridade demônios”, escrevia FREDERICO II a VOLTAIRE em 1737 — e que encontrou expressão acabada no utilitarismo inglês.

Quando se substituíu à justiça, entendida como uma ordem (transcendente) nas coisas, a felicidade desvinculada é natural que a estabilidade do casamento ficasse abalada. Nesta ordem de idéias, afirma um dos mais ilustres antropólogos actuais: “No século XVIII, ADAM SMITH podia escrever: “O amor que dantes era paixão ridícula, tornou-se mais sério e respeitável. Como prova disto é válida a nossa observação de que não havia antigamente a tragédia motivada por amor, enquanto agora ela é mais respeitável e influencia todos os espectáculos públicos.” (... amor vário e inconstante, não conjugal, pois “o amor delicado e fiel subsiste apenas nos velhos romances” — vide *Madelaine di Puisieux ou a necessidade de ser inconstante*, cit. por PAUL HAZARD, *O pensamento europeu no século XVIII*, II, p. 57). A ideia de que o casamento deve ser uma união baseada no amor romântico leva logicamente à conclusão de que se o marido e a esposa descobrem que não se amam devem ser autorizados a dissolver o casamento. Esta é a prática de Hollywood, mas colide com o controle do casamento por parte da Igreja ou do Estado” (A. R. RADCLIFFE-BROWN, na Introdução a *Sistemas políticos africanos de parentesco e casamento*, trad. port., Lisboa p. 65).

É necessário porém temperar o discurso anterior. Se a liberdade é essencial ao modo de ser do homem, coexiste necessariamente com uma certa ordem. Aliás, todas as grandes ideologias da liberdade contêm referência a uma ordem (R. POLIN, em *L'obligation politique*, proclama que “para os liberais a liberdade que está com a razão, na própria raiz da existência do homem, é fundamentalmente uma liberdade em relação a uma ordem”). E a felicidade, para que o homem tende naturalmente, tem diversos conteúdos.

O que houve foi a transição, na Idade Moderna, de uma ordem transcendente para uma ordem imanente (“contratual”). E, frequentemente, a redução da felicidade à sua dimensão material de consumo, alienando o sujeito em objecto. É seguramente este último desvio — e só este — que é criticável.

e a criação de creches e colégios que aliviem os pais o mais possível dessa função.

Trata-se, pois, de uma tendência que nenhum Estado quer ver contrariada, pelo menos naquilo que não fira a nova concepção da liberdade dos cônjuges.

Vimos que esta liberdade parece ser cortada através de imposição de um cônjuge ao outro como herdeiro forçado. Esta imposição contraria, também, desnecessariamente, a necessidade de salvaguardar a função de procriação do casamento. A afirmação de direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente, nos termos em que o fez a reforma de 1978, acentuando o carácter de círculo fechado do casamento, que dificilmente se abre antes de esgotados os cônjuges, veio desvalorizar ainda mais, pelo menos a nível das representações, o significado dos filhos. Fê-lo desnecessariamente, ao utilizar, e por utilizar, uma técnica inadequada: o necessário relevo dos cônjuges como centro da família deveria ser acentuado a nível do regime de bens. Assim não se marginalizariam os filhos numa família tão reduzida que o não suporta. E continuaria a significar-se a estes (e à sociedade) que também eles estão no cerne da família — condição imprescindível da reprodução social desta última.

A estas críticas não seria sensível, pois, um regime que tendesse para a comunhão de bens, embora com as precauções derivadas da menor estabilidade do casamento. Julgamos que este regime seria mais bem aceito — e mais de acordo com o sentido que se pretende ter a evolução do casamento — do que o foi a nova posição sucessória do cônjuge sobrevivente.

O sistema sucessório vigente é passível ainda de outra crítica.⁴¹ O casamento, dissolvido por morte, é causa de aquisição patrimonial. Ressuscita-se, sucessoriamente, o casamento-negócio. O que foi, sem dúvida, um resultado que o legislador quis evitar com a eliminação da comunhão geral como regime supletivo. Aliás, a solução legal vai permitir claras fraudes a outras disposições.

Segundo o art. 1.720.º, 1.º, 1, b, o casamento celebrado por quem tenha completado sessenta anos de idade considera-se sempre contraído sob o regime de separação de bens. Visa-se, deste modo, salvaguardar o interesse dos nubentes de idade avançada, porventura senilmente generosos para com o outro esposado. E, além disso, pretende-se evitar os casamentos por interesse, avivado este pela presumível morte próxima do cônjuge mais abastado.

Sucedem, porém, que se abriu largamente a janela sucessória aos casamentos “por interesse”, ao lado dos casamentos *d’amour*

⁴¹ Para uma consideração dos inconvenientes do regime constituído sob o ponto de vista fiscal, vide *Família e Sucessão*, cit.

et de raison. Agora, o nubente interesseiro é herdeiro legítimo e, se não houver descendentes nem ascendentes, herdará mesmo tudo. Bastar-lhe-á um pouco de paciência.

Finalmente, a reserva hereditária do cônjuge sobrevivente vem contrariar outra das finalidades do regime supletivo de bens vigente: evitar que os bens mudem de linhagem. Há que compensar, todavia, esta consideração com a circunstância — que terá, sem dúvida, parecido decisiva ao legislador de 1977 — de que na família conjugal moderna cada cônjuge aparece como o familiar mais próximo do outro. Consideração, que na linha que temos vindo a propor, deveria ter exercido o seu peso logo na escolha do regime de bens.

Quanto à protecção do cônjuge sobrevivente, que parece ser a última defesa da solução legal de 1978, entendemos, como já referimos, que deveria ter sido levada em conta previamente no regime de bens — possivelmente, através da introdução do art. 1.719.º no regime supletivo, e permitindo, eventualmente, a revogação desta cláusula por qualquer dos cônjuges, mesmo por testamento. *Iure successorio*, seguiríamos por via diversa.⁴² O cônjuge sobrevivente deveria ser usufrutuário,⁴³ a título de sucessor legítimo, da herança do cônjuge defunto, antes mesmo dos filhos (devendo tomar-se medidas de desagravamento fiscal). Embora eventualmente se submetessem os seus actos, compreendidos nos poderes inerentes ao usufruto, a qualquer controlo mais estreito dos titulares da raiz. Só deste modo, e sobretudo quanto aos pequenos e médios patrimónios, se obtém a protecção suficiente do cônjuge sobrevivente. Protecção apesar de tudo necessária na época actual. O aumento da duração média da vida faz com que as necessidades dos grupos

⁴² A protecção *iure successorio* do cônjuge sobrevivente aparece, na generalidade dos países, como uma exigência da consciência jurídica dominante (que contudo, hesita e se perturba quando considera a hipótese de um novo casamento — vide M-C. RONDEAU-RIVIER, *Le remariage*, dact., Lyon, 1981). Vide, entre muitos outros, N. CARLIER-MACKIEWICZ, *Les veuves et leurs familles dans la société d'aujourd'hui. Étude sociologique*, 1982, e A. BÉNABENT, *La famille*, 1982. No direito inglês, pelo contrário, o caminho individualista seguido, há muito, em matéria de bens e sucessória (Cf. MAITLAND, *English Law*, p. 433), com larga independência entre os cônjuges, retira significado social à questão.

⁴³ CARBONNIER critica esta solução que conduz a um desmembramento da propriedade impróprio para a exploração satisfatória dos bens, pensando na “imensa multidão de velhas senhoras usufrutuárias de mãos débeis e inexperientes” (*Droit civil*, 3, p. 56). Diríamos, pelo contrário, que é necessário “resocializar” a propriedade, dividindo-a nas suas utilidades, repartindo-as e desmobilizando-as, tornando-a um instrumento dinâmico de progresso social. Seguir o caminho já indicado pela diversificação dos títulos de crédito (acções, obrigações, participantes, bens de janissara, etc.), pelos fundos de investimentos, mobiliários e imobiliários, etc.

idosos aumentem. E cada vez menos é possível contar com todo o apoio necessário dos descendentes dispersos e mergulhados numa sociedade de consumo absorvente. Note-se que se obtém a protecção desejada sem permitir que os bens mudem de linhagem, e sem defraudar substancialmente as expectativas hereditárias imediatas dos parentes mais próximos, e o carácter dinâmico que assinalamos no matrimónio, pois se trataria de uma situação transitória. Nas famílias unidas, os descendentes continuarão a usufruir, na medida das suas necessidades, bens que, pelo facto de estarem encabeçados nos ascendentes, nem por isso estão menos ao serviço de todo o agregado.