

DISPOSIÇÃO *MORTIS CAUSA* DE UM BEM CERTO E DETERMINADO DO PATRIMÓNIO COMUM

Guilherme de Oliveira

Faculdade de Direito de Coimbra / Centro de Direito da Família

Palavras-chave: comunhão pós-conjugal; testamento

Keywords: *post-matrimonial communion*; will

Resumo: Qual é o regime aplicável à disposição de um bem certo e determinado pertencente ao património comum, em favor de um terceiro, se o testamento foi feito depois do divórcio, quando já perdurava uma *comunhão pós-conjugal*?

Abstract: What is the law ruling the allocation of a certain asset that belonged to the common patrimony, if the will was made after the divorce and before the matrimonial partition?

O regime jurídico aplicável ao património comum do casal — no tempo que medeia entre a dissolução do casamento e a partilha — não está definido pela lei portuguesa ⁽¹⁾; e a doutrina também não lhe tem dedicado muita atenção ⁽²⁾.

Estas omissões talvez se justifiquem pelo facto de a chamada “comunhão pós-conjugal” tender para a extinção, na medida que, mais tarde ou mais cedo, algum interessado vai requerer partilha que desfaz a

comunhão; e, por outro lado, a doutrina comum entende que os problemas dignos de solução jurídica são bem enquadrados pelas regras que valem para o regime geral da *compropriedade*⁽³⁾. Também aceito facilmente que as regras da *compropriedade* são adequadas para resolver os problemas que a comunhão pós-conjugal apresenta — quem administra, quais são os poderes do administrador, qual é a medida do direito de cada contitular, se há um direito à divisão, se há um direito de preferência na alienação de cada quota, etc..

Porém, qual é o regime aplicável a um testamento, feito por um cônjuge, em que o autor dispôs de um bem certo e determinado pertencente ao património comum, em favor de um terceiro?

Se esta disposição foi feita durante o casamento, ninguém duvidará de que o regime aplicável é o que consta do art. 1685.º, n.º 2: o legado só daria ao beneficiário o direito de exigir o respetivo valor em dinheiro ⁽⁴⁾; e, sendo uma liberalidade, não poderia deixar de ser imputada na meação do disponente.

⁽¹⁾ O mesmo se passa em outros países, como Espanha (Carlos LASARTE – *Derecho de familia*, 8.ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 227 e segs.) e França (TERRÉ; SIMLER – *Les régimes matrimoniaux*, 6.ª ed., Paris, Dalloz, 2011, p. 477 e segs.).

⁽²⁾ Devemos exceptuar o trabalho de Esperança MEALHA – *Acordos conjugais para partilha dos bens conjugais*, Coimbra, Almedina, 2003.

⁽³⁾ Por todos, Pires de LIMA; ANTUNES VARELA – *Código civil anotado*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, anot. ao art. 1404.º.

⁽⁴⁾ No dizer de Braga da CRUZ, “a disposição que incide sobre bens certos e determinados pertencentes à comunhão é sempre válida quanto ao valor, e sempre nula, em princípio, quanto à substância, de tal modo que o contemplado pode

A intenção do regime consagrado no art. 1685.º, n.º 2, é a de conciliar dois interesses: por um lado, pretende-se garantir que o bem que fora objeto da disposição se conserva no património onde estava, sem alteração de estatuto, pronto para a partilha entre os dois ex-cônjuges; por outro lado, pretende-se respeitar a vontade do testador, e proteger o destinatário, segundo um princípio basilar e antigo, que não deve ser esquecido⁽⁵⁾. Ora, esta conciliação obtém-se através da simples *conversão legal* da disposição em *espécie* na disposição do respetivo *valor* (acompanhada da imputação deste valor na meação do disponente).

Mas qual é o regime aplicável se a disposição testamentária foi feita depois do divórcio, quando já perdurava uma *comunhão pós-conjugal*?

Nestas condições, pode pensar-se que não existe uma norma *diretamente* aplicável a este caso. Pode pensar-se isto, não por causa da formulação do art. 1685.º, n.º 2, que se refere genericamente a disposições de bens do “património comum”, sem especificar se a disposição é feita durante o casamento ou depois da sua dissolução; ou seja, na letra da norma, nada nos diz sobre o momento anterior ou posterior à dissolução do casamento, em que se supõe que a disposição é feita. Porém, a norma está colocada na secção das “disposições gerais” do capítulo referente aos “efeitos do casamento” (antes da dissolução) e

esta colocação sugere que foi pensada para disposições feitas durante o casamento, satisfazendo alguma exigência peculiar (nunca explicitada) do direito matrimonial.

Diro isto, é tentador recorrer à norma geral que manda aplicar as regras da compropriedade a outras formas de comunhão, desde que não se encontre uma disciplina especialmente aplicável (art. 1404.º CCiv). E seria natural sugerir a aplicação — subsidiariamente e “com as necessárias adaptações” — do art. 2252.º CCiv (que é aplicável a qualquer compropriedade ou à comunhão de outros direitos).

No entanto, o regime do art. 2252.º CCiv foi pensado para os casos em que o disponente tem um direito parcial sobre a coisa certa e determinada — ela pertence-lhe numa certa medida — e o negócio é válido nessa medida, sendo nulo “quanto ao restante” a menos que possa ser convertido numa disposição do valor (art. 2252.º, n.º 1, parte final). Ora, na comunhão pós-conjugal, um ex-cônjuge não é proprietário parcial da coisa certa e determinada legada — esta não lhe pertence, nem em parte. Antes de realizada a partilha, os ex-cônjuges não são parcialmente donos de qualquer bem concreto do património; só a partilha haverá de concretizar os seus direitos de meação, isto é, só a partilha haverá de dizer quais os bens concretos que lhes serão atribuídos. Sendo assim, a aplicação daquele art. 2252.º CCiv à disposição *mortis causa* de um bem certo e determinado do património comum seria consideravelmente grosseira.

A meu ver, *existe uma norma que se aplica diretamente* à situação em causa, apesar de o legado ter sido feito depois da dissolução do casamento: o próprio art. 1685.º, n.º 2, CCiv.

sempre exigir o respetivo valor em dinheiro, mas nunca pode, em princípio, exigir a própria coisa (Capacidade patrimonial dos cônjuges, BM) n.º 69, 1957, p. 377).

⁽⁵⁾ Sobre estas razões que justificaram o art. 1685.º, n.º 2, cfr. Guilherme Braga da Cruz — *ob. loc. cit.*; Luiz da Cunha Gonçalves — *Tratado de Direito Civil*, vol. IX, Coimbra, Coimbra Editora, 1934, p. 485; Pires de Lima e Antunes Varella — *Código Civil anotado*, vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 312-3; F. M. Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira — *Curso de Direito da Família*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 401-2.

Olhando rigorosamente para esta norma, pode observar-se que a declaração de vontade no sentido da disposição de bens certos e determinados do património comum tanto pode ser feita durante o casamento como depois da sua dissolução; porém, a aplicação do regime — a sua vigência e as suas consequências — só podem ter lugar (em qualquer caso) depois da dissolução do matrimónio por morte, isto é, quando a disposição *mortis causa* produz efeitos. Na verdade, qualquer testamento, para além de ter a sua “eficácia diferida para o momento da morte, é em si mesmo um negócio cuja vigência mesma é diferida até aquele momento: (ele é) uma «*lex privata*» de vigência condicionada e diferida”⁽⁶⁾; como disse SAVIGNY, o testamento só tem significado e existência depois da morte do testador (no sentido de que o testamento «propriamente não existe antes da morte do testador»⁽⁷⁾).

Ou seja: embora o art. 1685.º, n.º 2, CCiv esteja colocado onde está — num capítulo sobre “efeitos do casamento” — a verdade é que ele não tem uma relação específica com a constância do matrimónio, não pretende regular um aspeto da constância do matrimónio; ele é, fundamentalmente, uma norma que *só tem sentido e eficácia no âmbito da comunhão pós-matrimonial*.

É certo que a disposição *mortis causa* pode ser feita durante o casamento, e, assim, pode supor-se que este é um regime feito para a duração do matrimónio; mas é claro que a disposição também pode ser feita depois da dissolução e, sobretudo, esta

alternativa é *totalmente indiferente e irrelevante*. Não interessa nada o momento em que a disposição foi feita; o que interessa é a consequência jurídica estabelecida pelo art. 1685.º, n.º 2, e este artigo só tem sentido e eficácia — só se assume, verdadeiramente, como uma norma jurídica — no âmbito da comunhão pós-matrimonial, depois da dissolução do casamento por morte do testador. Só depois da dissolução do casamento por morte é que operam os efeitos jurídicos estatuídos, a «*lex privata*» instituída pelo testador.

Assim, o art. 1685.º, n.º 2, pode assumir-se como uma das normas ressalvadas pelo art. 1404.º: “... sem prejuízo do disposto especialmente...”⁽⁸⁾.

Aceitando as considerações precedentes, deve concluir-se que não há uma lacuna de previsão quanto ao regime aplicável às disposições por morte de bens certos e determinados do património comum, quando são elas são formuladas depois da dissolução do casamento; de facto, creio que há uma norma diretamente aplicável, embora ela esteja colocada num capítulo que regula os “efeitos do casamento”⁽⁹⁾.

⁽⁶⁾ Por outro lado, não é desprezível notar que, para satisfazer os interesse que estão em jogo, não precisamos de usar o regime severo da nulidade da alienação de bens alheios que resultaria da aplicação do art. 2252.º CCiv, nem o regime complicado da prova da ciência do testador (resultante do testamento) acerca da extensão do seu domínio sobre a coisa.

⁽⁷⁾ Não estou a dizer que a norma está mal colocada. Na verdade, a regra é adequada também quando a disposição *mortis causa* é formulada durante o casamento... Ou seja, deve valer a mesma disciplina tanto quando o testamento é feito antes da dissolução como quando o casamento já se extinguiu e, portanto, a norma podia figurar nos dois lugares sistemáticos, ou num só com remissão para o outro, ou ainda apresentar-se como se apresenta, exigindo uma interpretação como a que acabei de fazer.

⁽⁶⁾ J. Baptista MACHADO — *Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil*, Coimbra, Almedina, 1968, p. 194-5.

⁽⁷⁾ *Apud* J. Baptista MACHADO, *ob. e loc. cit.*, nota 145.

