



UNIVERSIDADE EDUARDO MONDLANE

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE LICENCIATURA EM DIREITO

TRABALHO DE FIM DE CURSO

**A SUCESSÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVO NO REGIME DA
SEPARAÇÃO DE BENS**

Autora: Raimira Acácio José Mazive

Orientador: Dr. Bernardo Bento Chuzuaio

MAPUTO

2024



UNIVERSIDADE EDUARDO MONDLANE

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE LICENCIATURA EM DIREITO

TRABALHO DE FIM DE CURSO

**A SUCESSÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVO NO REGIME DA
SEPARAÇÃO DE BENS**

Trabalho de Fim de Curso a ser apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane como requisito parcial para a obtenção do grau de Licenciatura em Direito.

Autora: Raimira Acácio José Mazive

Orientador: Dr. Bernardo Bento Chuzuaio

MAPUTO

2024

DECLARAÇÃO DE AUTENTICIDADE

Eu, Raimira Acácio José Mazive, declaro por minha honra que o presente Trabalho de Fim de Curso, com o título: *A Sucessão do Cônjuge Sobrevivo no Regime da Separação de Bens*, é da minha autoria, tendo sido elaborado em conformidade com o Regulamento para Obtenção do Grau de Licenciatura em Direito vigente na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane. O mesmo resulta do meu esforço individual, e nunca foi antes apresentado em nenhuma instituição de ensino para a obtenção de qualquer grau académico, constituindo, por isso, um trabalho exclusivo e autêntico cujas fontes consultadas para a sua elaboração foram devidamente evidenciadas.

O autor

(Raimira Acácio José Mazive)

Maputo, Julho de 2024



UNIVERSIDADE EDUARDO MONDLANE

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE LICENCIATURA EM DIREITO

**A SUCESSÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVO NO REGIME DA
SEPARAÇÃO DE BENS**

JÚRI

MONOGRAFIA PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE LICENCIATURA EM DIREITO

Presidente: _____

Orientador: _____

Arguente: _____

Raimira Acácio José Mazive

Maputo, ____ / ____ / ____

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, que constituem os meus faróis nos momentos mais sombrios e minha alegria nos momentos mais coloridos.

Meu pai, Jossias Acácio José Mazive (*in memoriam*) que inculuiu em mim o amor pela leitura, que no solo etéreo em que se encontra, sorria orgulhoso, pois a sua menina seguiu seus ensinamentos.

Minha mãe, Beatriz Pedro, minha âncora em um turbilhão de incertezas, cuja vontade de garantir o meu bem-estar foi sempre sua prioridade. Eis o resultado de todas as suas lutas diárias.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ser o meu baluarte e por me ensinar que a verdadeira sabedoria parte da Fé.

Aos meus pais, Jossias Acácio José Mazive (*in memoriam*), e a Beatriz Pedro, pelos valores e princípios em mim inculcados e, acima de tudo, por sempre terem depositado confiança em cada sonho meu.

Aos meus irmãos, Filomena Acácio José Mazive e Efêncio Acácio José Mazive (*in memoriam*), pela amizade e companheirismo; por sempre recordarem-me do meu potencial enquanto aprendiz e por terem aplaudido todas as minhas conquistas; À minha amada sobrinha, Denílcia Mazive, por ser o arco-íris de casa.

Aos meus tios, Henrique Pedro e Amélia Jorge Machai e à minha prima, Sheinila Indy Chaquisse, pela acomodação e por todo apoio incondicional prestado durante o período da minha formação.

Ao meu namorado, Mauro Bernardino Joaquim Guambe, pelo companheirismo e lealdade e, por mesmo distante ter sido o meu despertador para que prosseguisse com a elaboração desta monografia.

Ao Prof. Bernardo Carlos Bento Chuzuaio, na qualidade de supervisor, que apesar da sua intensa rotina mostrou-se disponível para partilhar do seu conhecimento na orientação deste trabalho.

Às minhas colegas, Ângela Dos Santos, Sabina Lazima, Saziana Bule, Nilza Siteo, Margarida Buque e Ângela Vanessa, pelos momentos bons que fizeram-nos sorrir e pelos momentos maus que fizeram-nos reflectir.

Por tudo isso, agradeço!

*“Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades,
Muda-se o ser, muda-se a confiança:
Todo o mundo é composto de mudança,
Tomando sempre novas qualidades.”*

(Luíz Vaz de Camões, *Sonetos*)

RESUMO

Os regimes de bens visam, de um modo geral, reger a situação patrimonial do casal, permitindo-lhes saber se um determinado bem pertence ao marido, à mulher ou a ambos. Imperam no ordenamento jurídico moçambicano três regimes de bens, designadamente o regime da comunhão de adquiridos, com previsão legal no art. 145 da Lei da Família (LF), o regime da comunhão geral, com previsão legal no artigo 155 da LF e o regime da separação de bens, com previsão legal no artigo 158 da LF, sendo este último objecto de nossa análise. O regime da separação de bens é estipulado em convenção antenupcial, que constitui um instrumento prévio à celebração do matrimónio, no qual os esposados gozam da prerrogativa de manifestar a sua vontade em relação ao acervo patrimonial, durante a vigência do casamento. A convenção antenupcial, enquanto pilar da manifestação do princípio da autonomia da vontade em sede do Direito da Família, permite aos esposados adoptar o regime da separação de bens. Sucede, porém, que com a dissolução da sociedade conjugal, a vontade postulada pelos esposados é desmerecida e descredibilizada pelo legislador sucessório, que faz o chamamento do cônjuge sobrevivente, independentemente do regime de bens adoptado. Essa circunstância traz à tona a discrepância entre os dois ramos de Direito que, entretanto, se complementam: o Direito da Família e o Direito das Sucessões. Com efeito, enquanto o legislador, no âmbito do Direito da Família, concede aos esposados a prerrogativa de escolher o regime de bens a imperar nas suas relações jurídico-patrimoniais, por meio do princípio da autonomia da vontade, o legislador sucessório invalida a vontade daqueles, violando assim o princípio outrora mencionado, o que acaba afectando a unidade do sistema jurídico.

Palavras-chave: Regime da separação de bens; Princípio da autonomia da vontade; Sucessão do cônjuge sobrevivente.

ABSTRACT

Property regime aim, in general, to regulate the patrimonial situation of the couple, allowing them to whether a particular property belongs to the husband, the wife or both. For this reason, three regimes of property prevail in Mozambican legal system, namely: the community of acquired regime, with legal provision in article 145 of the Law Family (LF), the general communion regime, with legal provision in article 155 of the LF and the separation property regime, with legal provision in article 158 of the LF, the latter being the object of our analysis. The separation of property regime is stipulated in the prenuptial agreement, which constitutes a previous instrument to the marriage celebration, in which the spouses enjoy the prerogative to express their will in relation to the patrimonial acquis, during and after the validity of marriage. The antenuptial convention, as the pillar of the manifestation of the will autonomy principle in the context of the Family Law, allows spouses to adopt the separation property regime. However, with the dissolution of the conjugal society, the will postulated by the spouses is demeaned and discredited by the legislator succession, who makes the call of surviving spouse, regardless of the property regime adopted. For this reason, we bring to the debate some critical aspects, such as the discrepancy between the two branches of law that complement each other: Family Law and Inheritance Law, because as the legislator, in the context of the Family Law, grant spouses the right to choose the property relations, through the principle of autonomy of will, the succession legislator invalidates their will, thus violating the principle previously mentioned, which ultimately affects the unity of the legal system.

Keywords: Separation of property Regime; Principle of the autonomy of will; Succession of surviving spouse.

LISTA DE AVREVIATURAS E DE EXPRESSÕES EM LÍNGUA ESTRANGEIRA

1. Expressões em língua estrangeira

A contrario sensu = em sentido contrário

Autor sucessoris = autor da sucessão

A posteriori = aquilo que vem depois

A priori =aquilo que vem antes

Apud = citado por

Civil Law = Lei Civil

Conditio sine qua non =condição sem a qual não

De cuius = pessoa falecida

Ex lege = por força da lei

Ex voluntate = por força da vontade

Favor matrimonii = favorecer ao matrimónio

Ibidem/Ibid. = obra do mesmo autor, mesma obra e página.

Idem = do mesmo autor

In casu = no caso em apreço

In = em

Ius delationis = direito de suceder

In memoriam = em memória

Jus succedendi= direito de suceder

Jus= fazer merecer/ direito de usufruir de algo

Licet = permissão

Maxime =maioria

Mortis causa = causa da morte

Op. cit. (opere citato) = na obra citada

Prius = Primeiro

Posterious = posterior

Post mortem = após a morte

Quid Juris = direito aplicável

2. Lista de abreviaturas

Art./arts. = Artigo/artigos

Al. = Alínea

CRM=Constituição da República de Moçambique

CC= Código Civil

CCB= Código Civil Brasileiro

Cfr. = Confira

Ed. = Edição

Ex. vi. = Exemplo vide

IBDFAM= Instituto Brasileiro do Direito da Família

LF= Lei da Família

LS= Lei das Sucessões

n.º = número

p. = página

ss = seguintes

Vol.= volume

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I: OS REGIMES DE BENS VIGENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO MOÇAMBICANO.....	6
CAPÍTULO II: DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE	15
CAPÍTULO III: A SUCESSÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVO NO REGIME DA SEPARACÃO DE BENS	20:
1. Da sucessão por morte: generalidades	20
1.1. Sucessão em vida e sucessão por morte	20
1.2. Espécies de sucessão <i>mortis causa</i>	21
2. Posição sucessória do cônjuge: uma perspectiva comparada	24
2.1. No direito moçambicano	24
2.2. No direito brasileiro.....	26
2.3. Comparação e análise crítica.....	27
3. As incongruências legislativas entre o que vai disposto na Lei da Família e na Lei das Sucessões	31
CONCLUSÕES	33
RECOMENDAÇÕES.....	33
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	35

INTRODUÇÃO

1. Apresentação do tema

O presente Trabalho de Fim do Curso (TFC), também designado Monografia Científica, subordinado ao tema: *A sucessão do cônjuge sobrevivente no regime da separação de bens*, tem por fito analisar, se, terá o legislador sucessório pátrio olhado para as especificidades do regime da separação de bens, aquando do chamamento do cônjuge sobrevivente à sucessão do *de cuius*.

A realização do mesmo constitui *conditio sine qua non* para a culminação de estudos do curso de Direito, obtendo assim, o grau de Licenciatura em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane (FD-UEM).

1.1. Contextualização

O Direito da Família e o Direito das Sucessões estabelecem entre si uma relação de complementaridade, resultando, para o Direito das Sucessões, algumas consequências supervenientes dos actos praticados em sede do Direito da Família.

É no âmbito do casamento, enquanto fonte das relações jurídico-familiares, que assiste aos nubentes a prerrogativa de escolher o regime de bens¹ que melhor regerá as suas relações jurídico-patrimoniais durante o casamento. Assim, imperam no ordenamento jurídico moçambicano três regimes de bens, quais sejam: o regime da comunhão de adquiridos, com previsão legal no art. 145 da Lei da Família (LF), o regime da comunhão geral, com previsão legal no art. 155 da LF, e o regime da separação de bens, com previsão legal no art. 158 da LF, sendo, este último, objecto de nosso estudo.

A prerrogativa da escolha do regime de bens emerge do princípio orientador das relações jurídico-privadas – o princípio da autonomia da vontade – que goza de previsão legal no art. 405.º do Código Civil (CC), segundo o qual: “as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos no CC ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver.”

¹ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2.ª Edição: Reimpressão, aafdl, p.526.

É no âmbito do princípio supramencionado que as partes (os esposados) gozam da faculdade de determinar o regime de bens em convenção antenupcial (art. 122 da LF), desde que o façam nos limites legalmente previstos.

Os esposados podem optar pelo regime da separação de bens, mediante o qual cada esposado conserva para si o uso, fruição e disposição dos seus bens, quer presentes, quer futuros.²

Contudo, verifica-se que, com a dissolução da sociedade conjugal em virtude de morte de um dos cônjuges, o legislador sucessório pautou em privilegiar, senão amparar o cônjuge supérstite, de modo a não deixar que o mesmo saia de “mãos vazias.” Entretanto, para certa corrente doutrinal e jurisprudencial, esse posicionamento viola a *ratio* do princípio da autonomia da vontade, por não permitir que a vontade dos nubentes prevaleça *post mortem*.

Para essas correntes, mostra-se incoerente conferir aos esposados a faculdade de escolher o regime da separação de bens, se o mesmo não prevalecerá após a morte de um dos cônjuges, pois, sendo certo que o cônjuge supérstite não beneficia de meação, instituto que é chamado à colação, quer no regime de comunhão de adquiridos, quer no regime de comunhão geral, pode o autor da sucessão, ainda em vida, optar por deixar testamento ou mesmo fazer alguma doação em convenção antenupcial.

Portanto, a previsão da lei não atentou ao princípio da autonomia da vontade, pois, se os esposados no âmbito da sua liberdade de escolha, e de forma unânime, convencionaram pelo regime da separação de bens, presume-se que somente queiram comungar o afecto e não o património, pelo que não se mostra justificado o desrespeito ao princípio da autonomia da vontade, assim como não se mostra justificada a incongruência/discrepância legislativa que acaba criando entre o Direito da Família e o Direito das Sucessões, afectando, assim, a unidade do sistema jurídico, como se o Direito de compartimentos estanques se tratasse.

1.1. Justificativa da Escolha do Tema

A principal razão por detrás da escolha do tema objecto de discussão é a discrepância que se verifica entre os dois ramos de Direito: o Direito da Família e o Direito das Sucessões. O legislador da Lei da Família estabeleceu, no âmbito do princípio da autonomia da vontade, que os nubentes gozam da prerrogativa de escolher o regime de bens que vai imperar nas suas

² Por regime de bens deve entender-se 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. *Vide*, para o efeito, COELHO, Francisco Pereira; DE OLIVEIRA, Guilherme (2016) *Curso de Direito da Família: Introdução ao Direito Matrimonial*, Vol. I, 5.^a Ed., Imprensa da Universidade de Coimbra, p. 559.

relações jurídico-patrimoniais, sendo que um dos regimes susceptível de escolha pelos nubentes é o da separação de bens, em que cada um dos esposados reserva para si a propriedade exclusiva sobre os seus bens passados, presentes e futuros.

Não obstante, o legislador, ao estabelecer a classe de sucessíveis, não considerou a harmonização e a unidade do sistema jurídico, na medida em que abre espaço ao chamamento do cônjuge supérstite em concorrência com os descendentes ou com os ascendentes, mesmo nas situações em que o casamento tenha sido celebrado sob o regime da separação de bens, violando, deste modo, o princípio da autonomia da vontade.

Pelo que se mostra de extrema relevância discutir o tema ora escolhido, visto que permitir-nos-á demonstrar que a letra da lei está longe de ser perfeita; apresenta-se inconsistente e revela que o legislador, na sua actividade de normar, focou-se na vertente social e solidária, deixando escapar a prerrogativa que em outro campo, concedera aos nubentes para determinarem ou manifestarem a sua vontade.

1.2. Delimitação do Tema

a) Delimitação temporal

O tema é analisado com base na *ratio* da *Lei n.º 23/2019, de 23 de Dezembro*, que aprova a *Lei das Sucessões*, que revoga o Livro V do Código Civil de 1966; e com base na *Lei n.º 22/2019, de 11 de Dezembro*, que revoga a Lei da Família aprovada pela *Lei n.º 10/2004, de 25 de Agosto*, esta última que revogou o Livro IV do supra citado Código Civil.

b) Delimitação espacial

A análise do tema objecto de debate cinge-se na ordem jurídica moçambicana, não obstante o recurso ao Direito Comparado, com vista a ampliar o campo de abordagem e buscar subsídios na realidade estrangeira, susceptíveis de aprimoramento no nosso Direito interno.

c) Delimitação da amplitude do tema

O presente estudo tem por escopo a *sucessão do cônjuge sobrevivente no regime da separação de bens*, cuja análise cingir-se-á aos regimes de bens que imperam no ordenamento jurídico moçambicano, com grande ênfase para o da separação de bens e suas repercussões no Direito das Sucessões, não obstante a abordagem em torno do princípio da autonomia da vontade e suas nuances nas relações jurídico-privadas.

Portanto, na nossa abordagem, deixamos de fora as possíveis implicações sucessórias decorrentes da escolha do regime de comunhão de adquiridos que se aplicaria à união de facto.

Relativamente aos bens que os cônjuges ou consortes levam para o casamento ou união de facto, que se sabe constituem bens de exclusiva propriedade de quem os traz para a sociedade conjugal ou união de facto.

1.3. Problemática

A realização do presente estudo visa discutir o seguinte problema:

- Até que ponto o legislador sucessório pátrio respeita a posição adoptada pelos nubentes ao permitir o chamamento privilegiado do cônjuge sobrevivente que tenha casado em regime de separação de bens?

1.4. Objectivos

a) Objectivo geral:

- Demonstrar que o legislador sucessório pátrio não terá respeitado o princípio da autonomia da vontade ao permitir o chamamento privilegiado do cônjuge sobrevivente que tenha casado com o autor da sucessão em regime de separação de bens.

b) Objectivos específicos:

- a) Enunciar e descrever os regimes de bens vigentes no ordenamento jurídico moçambicano;
- b) Descortinar sobre o princípio da autonomia da vontade;
- c) Explicar a ordem de chamamento dos herdeiros à sucessão, com particular destaque para o cônjuge sobrevivente, assim como a análise comparativa entre os ordenamentos jurídicos moçambicano e brasileiro, respectivamente;
- d) Analisar a discrepância entre o previsto na Lei da Família e na Lei das Sucessões, respectivamente.

1.5. Metodologia

Para a realização do presente trabalho, vai se privilegiar o *método eclético*, que consiste na combinação de vários processos ou técnicas de investigação, a saber: o *método dedutivo*, que corresponde à análise de circunstâncias gerais, mormente os regimes de bens vigentes no ordenamento jurídico moçambicano, para desembarcar na compreensão de realidades particulares, isto é, no regime da separação de bens; o *método comparativo*, que se materializa mediante o estudo comparado, quer de sistemas jurídicos, mormente o moçambicano e o brasileiro, de leis vigentes e as revogadas, da doutrina e da jurisprudência; o *método analítico-sintético*, que consiste no estudo minudente da partícula menor que compõe o tema objeto de discussão: a violação do princípio da autonomia da vontade por parte do legislador sucessório ao permitir o chamamento do cônjuge sobrevivente que tenha celebrado casamento em regime de separação de bens.

1.6. Plano de Redacção

O presente estudo terá como estrutura: uma introdução, três capítulos, conclusões e recomendações.

No primeiro capítulo tratar-se-á dos regimes de bens vigentes no ordenamento jurídico moçambicano e suas respectivas nuances.

No segundo capítulo tratar-se-á ao pormenor, do princípio da autonomia da vontade, que constitui o arcaboiço das relações jurídico-privadas, suas características e as consequências da sua violação.

No terceiro e último capítulo tratar-se-á do tema objecto de estudo, de onde discutiremos a susceptibilidade do chamamento do cônjuge sobrevivente no regime da separação de bens e a violação, por parte do legislador, do princípio da autonomia da vontade.

CAPÍTULO I

OS REGIMES DE BENS VIGENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO MOÇAMBICANO

1. A convenção antenupcial e os regimes de bens

Iniciamos o nosso estudo com a exposição das matérias relativas a convenção antenupcial e o regime de bens, pois, de forma regular, os esposados usam-na como instrumento para regulamentar as suas relações jurídico-patrimoniais aquando da celebração do casamento. Olhamos ainda neste capítulo, para os regimes de bens vigentes no ordenamento jurídico moçambicano, com particular destaque para o regime da separação de bens, discorrendo em torno da sua evolução desde o Código Civil de 1966, ao regime da Lei da Família em vigor.

A convenção antenupcial constitui o único modo através do qual é permitido aos esposados fazerem estipulações sobre o regime de bens,³ estando cientes que, as “*estipulações sobre regime de bens feitas fora da convenção antenupcial consideram-se não escritas.*”⁴

Para **Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira**, “*a convenção antenupcial corresponde a um acordo entre os nubentes destinado a fixar o seu regime de bens.*”⁵

Por sua vez, o Prof. Duarte Pinheiro, considera que , embora a convenção antenupcial seja o único meio legal pelo qual os esposados estipulam o regime de bens do casamento, “*a convenção antenupcial não deve ser definida como um acordo dos nubentes sobre o regime de bens que vai vigorar no seu casamento.*”⁶ Isto resulta do facto de a convenção antenupcial não conter cláusulas que versam sobre o regime de bens, ademais, não é permitida a alteração por meio de uma convenção antenupcial, *de regras legais sobre administração e disposição dos bens do casal nem sobre dívidas dos cônjuges.*⁷

Percorrendo o âmbito legal, a convenção antenupcial encontra-se regulada no artigo 122 da Lei da Família (LF), que dispõe: «*os esposados podem fixar livremente, em convenção antenupcial,*

³ PINHEIRO, Jorge Duarte (2008) *Op. cit.*, p. 503.

⁴ *Idem*, p. 502.

⁵ COELHO, Francisco Pereira; DE OLIVEIRA, Guilherme (2016) *Op. cit.*, p. 570.

⁶ PINHEIRO, Jorge Duarte (2008) *Op. cit.*, p. 502.

⁷ *Ibidem*.

o regime de bens do casamento, quer escolhendo um dos regimes previstos na presente Lei, quer estipulando o que a esse respeito lhes aprouver, dentro dos limites da lei».

Está patente a manifestação do princípio da autonomia da vontade que desemboca na liberdade contratual, permitindo aos esposados escolher o regime de bens que regerá a sua relação patrimonial, no entanto, por tratar-se de uma liberdade em sentido restrito⁸, os esposados só podem escolher os regimes legalmente previstos, não gozando da prerrogativa de criar regimes *mistos*.⁹

Não obstante a fixação do regime de bens constitua a regra geral, os esposados gozam da prerrogativa de regular matérias que estejam relacionadas aos bens, desde que tenham em consideração as restrições ou limitações à autonomia da vontade. Assim, face às restrições ao princípio da liberdade no âmbito da celebração da convenção antenupcial, não devem os esposados:¹⁰

- Regular a sucessão hereditária dos cônjuges ou terceiro;
- Regular acerca dos direitos e obrigações conjugais;
- Estabelecer a comunicabilidade de bens que em outro campo são considerados incomunicáveis (cfr. o art. 156 da LF).

Deste modo, presume-se que tudo quanto não tenha sido objecto de regulação por parte da disposição supracitada é susceptível de ser regulado em convenção antenupcial, traduzindo-se, *maxime*, na susceptibilidade de regular na convenção antenupcial tudo o *que não é proibido por lei*.¹¹

Retratada a convenção antenupcial de forma sumariada, agora é momento de debruçarmo-nos em torno dos regimes de bens, que constituem o conteúdo principal de uma convenção antenupcial.

⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte (2008) *Op. cit.*, p. 503.

⁹ Situação que se verifica no ordenamento jurídico brasileiro, em que a liberdade de estruturação do regime de bens, para os nubentes, é total. Não impõe a Lei que os esposados se restrinjam aos regimes de bens legalmente previstos. Assim, os esposados gozam da faculdade de criar regimes mistos, podendo modificar ou repelir normas dispositivas de determinado tipo escolhido, restringindo ou ampliando seus efeitos; podem até criar outro regime não previsto na lei, desde que não constitua expropriação disfarçada de bens por um contra outro, ou ameça a crédito de terceiro, ou fraude à lei, ou contrariedade aos bons costumes, o que consubstancia, cá entre nós, um regime de bens atípico. *Vide* LÔBO, Paulo (2017), *Direito Civil: Famílias*, 7.^a Edição, Saraiva, p. 350-351.

¹⁰ Cfr., artigo 123 da LF.

¹¹ Esta situação deve-se a máxima que é invocada no debruçar do Princípio da Legalidade, em sede do Direito Público, segundo a qual tudo aquilo que não for proibido é permitido. *Vide* Princípio da Legalidade. Disponível em: https://pt.m.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%Apio_da_legalidade.

Entende o Prof. Pereira Coelho que, o *regime de bens* compreende ao “*estatuto que regula, num determinado casamento, as relações patrimoniais entre os cônjuges e entre estes e terceiros.*”¹²

Esta concepção faz menção não só à massa patrimonial dos cônjuges entre si, como também à sua relação com terceiros, cunhando o entendimento de que o regime de bens não só impera entre os esposados, como também entre estes e terceiros, que no âmbito das suas relações devem ter em atenção o regime matrimonial de bens que impera no seu casamento.¹³

Portanto, o regime de bens “*pode assumir um carácter legal ou convencional.*”¹⁴ O seu carácter legal resulta da lei, “*prevalecendo no silêncio dos nubentes ou nos casos de invalidade da convenção,*”¹⁵ e o seu carácter convencional resulta do princípio da autonomia da vontade, que se manifesta no acordo celebrado entre os esposados na convenção antenupcial.

1.1. Regimes da comunhão de adquiridos e da comunhão geral: visão geral

O regime da comunhão de adquiridos “*consiste na participação comum dos cônjuges no património que foi obtido na vigência do casamento por título oneroso.*”¹⁶

Este regime jurídico encontra-se previsto entre os artigos 145 a 154 da LF, concebendo-se como um regime “*intermediário entre a comunhão geral e o regime da separação de bens.*”¹⁷

O seu carácter intermediário resulta da sua convencionalidade ou supletividade. Este regime é convencional, quando adoptado pelos esposados na convenção antenupcial, manifestando a sua vontade de comungar os bens adquiridos a partir da data da celebração do casamento; é supletivo nos casos em que os esposados não celebram convenção antenupcial, ou celebrando-a, argue-se a sua caducidade, invalidade ou ineficácia, conforme dispõe o artigo 141 da LF.

No regime da comunhão de adquiridos, o princípio geral é o de que os bens adquiridos na constância do casamento são comuns, a menos que a lei imponha excepções.¹⁸

Em jeito de comparação, a autonomia dos bens comuns em face dos bens próprios de cada um dos cônjuges é limitada ou incompleta.¹⁹ Assim, o seu carácter limitado ou incompleto emerge

¹² COELHO, Francisco Pereira; DE OLIVEIRA, Guilherme (2016) *Op. cit.*, p.559.

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ BRAZ, Maria Oliveira da Silva (2019) *O Regime de Bens – Sustentar o Princípio da Imutabilidade ou Inovar para o Princípio da Mutabilidade*, Dissertação (Mestrado), Universidade do Minho, p. 37-38.

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ CHAVES, João Queiroga (2009) *Casamento, Divórcio e União de Facto*, *Quid Juris-Sociedade* Editora, p.176.

¹⁷ PEREIRA, Margarida Silva; GUERREIRO, Raquel Castro, *Direito da Família in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 51.

¹⁸ PEREIRA, Margarida Silva; GUERREIRO, Raquel Castro, *Op. cit.*, p. 53; Cfr., artigos 146, 147 e 149 da LF.

¹⁹ COELHO, Francisco Pereira; DE OLIVEIRA, Guilherme (2016) *Op. cit.*, p.598.

do facto de os bens comuns não estarem destinados a responder somente pelas dívidas comuns, havendo circunstâncias em que os mesmos respondem também pelas dívidas próprias de cada um dos consortes.

Na sequência, os bens comuns só poderão sagrar-se património autónomo quando só respondam e respondam só eles pelas dívidas comuns, apartando do seu campo, as dívidas de exclusiva responsabilidade dos cônjuges.²⁰

Adentrando para o regime da comunhão geral, neste, «*o património comum dos cônjuges é constituído por todos os bens presentes e futuros, que não sejam exceptuados por lei*» (art. 155 da LF). Trata-se de uma comunhão não só de domínio, mas também de posse e de administração.²¹

O regime da comunhão geral resulta da estipulação das partes, isto é, a sua aplicação só é chamada quando resulte da vontade expressa dos esposados em adoptar este regime de bens. O regime da comunhão geral encontra-se previsto entre os artigos 155 a 157 da LF, razão pela qual são chamados à colação os institutos regulados em sede do regime da comunhão de adquiridos, em resultado da sua supletividade (art. 157 da LF).

Atendendo e considerando que no regime da comunhão geral, quer os bens anteriores quer os bens adquiridos na constância do casamento integram a comunhão, existem, porém, bens que não integram a comunhão – os exceptuados por lei.²² Contudo, a incomunicabilidade dos bens não se projecta aos frutos supervenientes dos mesmos, isto é, os bens não integram o património comum, mas os frutos da transmissão ou locação dos bens, integram a comunhão.²³

A título de exemplo, pode ser considerada uma situação em que um dos cônjuges possua um imóvel deixado por seu pai em virtude de sua morte, cuja deixa vem acompanhada de uma cláusula de incomunicabilidade. O imóvel é de exclusiva titularidade do cônjuge, não sendo comunicável ao outro, porém, decidindo o cônjuge titular do imóvel arrendá-lo ou aliená-lo, o valor da renda mensal ou da alienação do imóvel integra o património comum, por ser o fruto superveniente daquele bem.

²⁰ COELHO, Francisco Pereira; DE OLIVEIRA, Guilherme (2016) *Op. cit.*, p.598.

²¹ *Idem*, p.643.

²² Cfr., n.º 1 do art. 156 da LF.

²³ Cfr., n.º 2 do artigo 156 da LF.

1.2. Regime da separação de bens

1.2.1. Um percurso no tempo: o regime do Código Civil de 1966

Num período anterior ao do desmembramento do Livro IV do Código Civil de 1966, o regime da separação de bens apresentava duas facetas, a saber:²⁴

- Separação convencional de bens;
- Separação imperativa de bens.

A separação imperativa de bens é aquela que resultava de uma obrigação legal mediante o preenchimento de alguns requisitos.

Deste modo, o n.º 1 do artigo 1720.º do Código Civil de 1966, dispunha que o regime imperativo da separação de bens era aplicado nas circunstâncias em que:

- a) o casamento fosse celebrado sem precedência do processo preliminar de publicações;*
- b) o casamento fosse celebrado por quem tenha completado 60 anos de idade;*

O facto de o casamento ter sido celebrado sem o *processo preliminar de publicações*²⁵ preenchia o primeiro requisito para a aplicação do regime imperativo da separação de bens, porque se partia do princípio de que a vontade de contrair matrimónio não fora levada ao conhecimento do público e, como forma de frustrar eventuais situações constrangedoras, como, por exemplo, a existência de um impedimento dirimente absoluto – *a idade inferior a dezasseis anos*²⁶, o legislador, naquela época, pretendia assim acautelar situações do género, tendo concedido primazia ao acervo patrimonial.

Quanto ao disposto na **al. b) do art. supra**, constata-se que o legislador da época inculcava a ideia de que pessoas que já se encontrassem na faixa dos 60 anos em diante não gozassem da capacidade de estar no comando de suas emoções tão pouco de seu património e, para evitar que o parceiro/a se aproveitasse de sua situação económica, a lei barrava, impondo que o casamento fosse celebrado segundo o regime imperativo da separação de bens.²⁷

²⁴ CHAVES, João Queiroga (2009) *Op. cit.*, p. 181.

²⁵ O processo preliminar de publicações visa obrigar as partes (nubentes) a reflectir no passo importantíssimo que vão dar e assegurar a conformidade à lei do “contrato” a celebrar. Dada a importância do casamento para os cônjuges, os seus parentes, filhos e para a sociedade em geral, o legislador pretende prevenir leviandades e vícios, mais do que remediá-los depois, com os inerentes custos pessoais e sociais. Para o efeito, *Cfr.*, art. 163 e ss da Lei n.º 12/2018, de 4 de Dezembro- Código de Registo Civil; Disponível em: <https://octalberto.wixsite.com/octalberto/e-o-casamento-como-contrato>.

²⁶ *Cfr.* al a) do artigo 1601.º do Código Civil de 1966.

²⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte (2008) *Op. cit.*, p. 529.

Deste modo, entende-se que o pensamento do legislador era proteger a pessoa idosa, por, em algumas circunstâncias, não dispor de capacidade para discernir sobre certos actos de sua vida. Todavia, violava o princípio da igualdade previsto no artigo 35 da Constituição da República de Moçambique, que preconiza a não discriminação independentemente de qualquer situação.

O facto do casamento ter sido celebrado em regime imperativo da separação de bens não impedia que os nubentes fizessem doações entre si, o que constituía uma verdadeira forma de apaziguar os constrangimentos causados pelo legislador da época ao determinar que todo aquele que pretendesse contrair matrimónio estando na faixa dos 60 anos de idade, devesse reger-se pelo regime imperativo da separação de bens.²⁸

Apesar de não haver bens comuns, a casa de morada de família, qualquer que fosse o cônjuge proprietário, só podia ser alienada, onerada, arrendada ou constituídos outros direitos pessoais de gozo sobre ela, mediante o consentimento de ambos cônjuges, conforme dispunha o n.º 2 do artigo 1682.º²⁹

Não obstante a completa separação de bens, a cooperação entre os cônjuges era essencial na vivência da sociedade familiar, o que se reflectia nas suas relações patrimoniais e, ambos tinham a obrigação de contribuir para os encargos domésticos, conforme aludia o artigo 1676.º do CC-1966; e o cônjuge sobrevivente detinha o direito à sucessão como herdeiro legítimo, pelo que era chamado na quarta posição (al. d) do n.º 1 do art. 2133.º do CC-1966).

Assim, a prática de actos que implicassem a privação total ou parcial da casa de morada de família carecia de consentimento de ambos e o mesmo se diga quanto aos móveis usados conjuntamente na vida do lar ou como instrumento comum de trabalho, e os móveis pertencentes exclusivamente ao cônjuge que os administrava, conforme dispunha o n.º 3 do artigo 1682.º do CC-1966. Nestes casos, ainda que o bem pertencesse exclusivamente a um dos cônjuges, o proprietário não podia dispor dele livremente.

²⁸ **Artigo 1720.º – (Regime imperativo da separação de bens)**

(...)

2. O disposto no número anterior não obsta a que os nubentes façam entre si doações. Esta disposição somente era invocada para os cônjuges que celebrassem o casamento na faixa etária dos 60 anos em diante, e não para a questão da ausência do processo preliminar de publicações.

²⁹ **Artigo 1682.º – (Alienação de bens entre vivos)**

(...)

1. Só podem, todavia, ser alienados com o consentimento de ambos os cônjuges:
 - a) Os móveis pertencentes exclusivamente ao cônjuge que os não administra, salvo tratando-se de actos ordinários de administração;
 - b) Os bens móveis, próprios ou comuns, utilizados conjuntamente pelos cônjuges na vida do lar ou como instrumento comum de trabalho.

Portanto, a diferença entre os dois regimes verificava-se no âmbito das doações entre casados: eram válidas no regime convencional, nulas no regime imperativo (art. 1762.º do CC-1966).

Denota-se que no regime típico da separação de bens não havia bens comuns. Os bens pertenciam a um cônjuge em propriedade exclusiva, ou a ambos, em compropriedade. Contudo, os cônjuges casados sob o regime da separação estavam obrigados *a um mínimo de comunhão de vida patrimonial*, no âmbito dos deveres de assistência, solidariedade e coabitação.³⁰

Assim, a concepção supra citada defendia que, preenchido pelo menos um dos requisitos previstos no artigo 1720.º do Livro IV do CC de 1966, seria aplicável aos esposados o regime imperativo da separação de bens, como um mecanismo de restringir dos mesmos o uso da autonomia da vontade e acautelar situações em que um dos esposados, geralmente o mais novo, era movido por algum interesse económico, desvirtuando-se do real fim do casamento – comungar o amor e o afecto, mediante a comunhão plena de vida. Comunhão esta que não devia ser movida por interesses diferentes do amor e do afecto, pelo que, o casamento não devia ser olhado como um negócio, em que, dissolvida a sociedade conjugal, quer por meio do divórcio quer em virtude de morte, o cônjuge estivesse mais preocupado em sair com a sua parte avaliada em bens materiais.³¹

Na visão do Prof. Jorge Duarte Pinheiro: “*O regime imperativo da separação de bens visava combater o casamento negócio.*”³²

Constata-se que isto devia-se ao facto de pessoas com idade avançada, optassem por contrair matrimónio com um/a parceiro/a muito mais novo/a, o que a sociedade não enxergava de bons olhos – imperava aqui o senso comum.³³

Para sanar essas irregularidades emocionais, vigorava a imposição legal do regime da separação de bens “*entendida como um elemento dissuasor do casamento por interesse económico. Contudo, por um lado, é um instrumento limitado, em virtude de implicar uma regulamentação sucessória menos favorável para o cônjuge sobrevivente.*”³⁴

A sujeição ao regime imperativo da separação de bens por quem tivesse completado 60 anos de idade fundava-se na suspeita de que o consentimento do outro nubente é determinado por

³⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte (2008) *Op. cit.*, p. 546.

³¹ *Idem*, p. 528.

³² *Ibidem*.

³³ *Idem*, p. 529.

³⁴ *Ibidem*.

motivações económicas, partindo do pressuposto de que uma pessoa com 60 anos ou mais de idade tem, em regra, pouco tempo e pouca qualidade de vida.³⁵

Deste modo, denota-se que, não tendo os cônjuges gozado da faculdade de determinar o regime de bens para o casamento, entendeu o legislador que, devia, ao menos, conceder ao chamamento do cônjuge supérstite em virtude da morte do *de cuius*.³⁶

A disposição legal que previa o regime imperativo da separação de bens foi revogada, por violar o princípio da igualdade previsto no art. 35 da CRM³⁷ e por limitar a autonomia da vontade dos nubentes, pois negava a um casal a faculdade de escolha do regime de bens em virtude da idade de um dos nubentes, pelo que, desde 2004,³⁸ prevalece em solo pátrio, o regime da separação convencional de bens.

1.2.2. O regime da Lei da Família

Segundo o regime da separação de bens previsto na LF em vigor, cada um dos esposados «conserva o domínio e fruição de todos os seus bens presentes e futuros, podendo dispor deles livremente» (art. 158 da LF).

Vigora como regime convencional, porque resulta da vontade estipulada pelos esposados na convenção antenupcial, conforme alude o primeiro período da disposição do art. 158 da LF.

Esta tem se mostrado ser uma evolução em relação ao que predominava no período anterior ao da autonomização do Livro IV do Código Civil de 1966, que para além da vertente convencional era também aplicado de forma imperativa, sem respeitar à vontade dos esposados.

Desde a entrada em vigor da Lei n.º 10/2004, de 25 de Agosto, Lei da Família, os esposados são livres de contrair matrimónio sem ter de observar restrições à sua liberdade de escolher o regime de bens, mesmo em situações de ausência do processo preliminar de publicações e ou ter um dos esposados idade igual ou superior a 60 anos de idade.

No regime da separação de bens não existem bens comuns; cada bem é da exclusiva propriedade do outro.³⁹

³⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte (2008) *Op. cit.*, p. 529.

³⁶ *Idem*, p. 528.

³⁷ Cfr., art. 35 da CRM.

³⁸ Isto verificou-se com a entrada em vigor da Lei n.º 10/2004, de 25 de Agosto.

³⁹ PINHEIRO, Jorge Duarte (2008) *Op. cit.*, p. 528.

Neste regime, cada cônjuge responde pelas dívidas que contraiu e, quanto as dívidas contraídas por ambos os cônjuges, responde o património próprio dos dois cônjuges, e não em regime de solidariedade, a menos que, voluntariamente, assim se tenham obrigado.

Esta é a solução que nos é apresentada pela lei geral (Código Civil). Sucede, todavia, que em sede do Direito da Família não prevalece a solidariedade dos cônjuges em virtude das dívidas que tenham sido contraídas por ambos, devendo cada cônjuge responder pelas suas dívidas com base nos seus bens próprios. Esta é a ilação que pode ser extraída do n.º 2 do art. 119 da LF, que assim dispõe: «*No regime da separação de bens a responsabilidade não é solidária*».

Não se fala aqui de bens comuns, mas de *compropriedade dos bens*,⁴⁰ à qual o legislador prontificou-se em abordar no n.º 1 do art. 159 da LF:⁴¹ «*os esposados gozam da prerrogativa de estabelecer, em convenção antenupcial, cláusulas de presunção sobre a propriedade dos móveis*».

Por conseguinte, existem situações em que os cônjuges não têm a certeza da propriedade exclusiva sobre um determinado bem, não devendo ficar à mercê da dúvida, de tal maneira que, os bens móveis são tidos como pertencentes a ambos cônjuges em regime de compropriedade.⁴²

Portanto, o art. 159 da LF abarca somente os bens móveis, o que leva ao entendimento de que as dúvidas sobre a titularidade exclusiva de um determinado bem só possam ser suscitadas quando se trate de bens móveis e, em relação aos bens imóveis, não seja invocada a presunção da sua titularidade, por se tratar de bens cuja aquisição deve observar a um leque de formalidades.⁴³

⁴⁰ Para esta questão, Cfr., artigo 1403.º do Código Civil.

⁴¹ **Artigo 159 (...)**

1. Quando haja dúvidas sobre a propriedade exclusiva de um dos cônjuges, os bens móveis são tidos como pertencendo em compropriedade a ambos os cônjuges.

⁴² Cfr., n.º 2 do art. 159 da LF.

⁴³ A título de exemplo, temos o imóvel (casa) cuja sua aquisição carece de escritura pública para atestar a sua existência, servindo como um instrumento que é usado como meio de prova, bem como garantir a oponibilidade a terceiros de má fé.

CAPÍTULO II

DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

1. Princípio da Autonomia da Vontade

Na perspectiva do **Prof. Menezes Cordeiro**, a autonomia da vontade pode revestir dois sentidos distintos:⁴⁴

- Sentido amplo;
- Sentido restrito.

Em sentido amplo, “*a autonomia privada traduz a esfera de liberdade das pessoas juridicamente tutelada.*”⁴⁵ Por exemplo, o facto de o António comprar uma viatura inculca em si a sua vontade de adquirir um bem móvel, sendo que a lei dispõe de mecanismos para tutelar eventuais situações que possam colocar em causa o seu direito de propriedade. Claro, desde que observe todas as formalidades legalmente exigidas para a sua aquisição.⁴⁶

Esta concepção traduz a ideia de que não se trata de uma liberdade que se encontra somente a mercê da vontade das pessoas, a mesma tem de ser submetida à tutela legal, de modo que não haja conversão da liberdade em libertinagem.⁴⁷

Em sentido restrito, a “*autonomia privada exprime a permissão de actuação jurígena.*”⁴⁸

Deste sentido extrai-se o entendimento de que tem de haver, *a priori*, uma previsão legal de um determinado comportamento, isto é, tem de existir uma norma que preveja uma conduta susceptível de produzir efeitos jurídicos, como, por exemplo, a celebração de convenção antenupcial. Trata-se de uma norma prevista no art. 122 da LF, que é adoptada de livre vontade pelos esposados, sendo susceptível de produzir efeitos jurídicos na esfera dos esposados assim como na de terceiros.

⁴⁴ CORDEIRO, Menezes António (1986) *Direito das Obrigações*, Vol. I, Lisboa, p. 55.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Temos o caso do registo do automóvel e da consequente aquisição do título de propriedade. Informação disponível em <https://www.inatter.gov.mz/>.

⁴⁷ CORDEIRO, Menezes António (1986) *Op. cit.*, p. 55.

⁴⁸ *Ibidem*. A actuação jurígena verifica-se sempre que um comportamento voluntário permitido, por integrar determinada previsão normativa, produza efeitos jurídicos, isto é, sempre que um comportamento voluntário produza efeitos jurídicos.

Ainda no cerne da autonomia da vontade, o **Prof. Carlos Alberto da Mota Pinto**⁴⁹ a define como o poder conferido aos particulares de autoregulamentarem os seus interesses, resultante da sua convivência com os outros sujeitos jurídico-privados. É, nada mais, que a *soberania do querer, do império da vontade*.

Da concepção apresentada pelo Prof. Mota Pinto, cunha-se o entendimento de que para que haja a manifestação da autonomia da vontade é necessário que o sujeito em causa conviva com outros sujeitos, o que remete à ideia de que embora a autonomia da vontade possa ser manifestada de forma unilateral, na maior das hipóteses, esta persiste de forma consistente nos contratos bilaterais.⁵⁰

Urge a necessidade de estabelecer uma distinção entre a autonomia da vontade, da autonomia privada.⁵¹ Ora, ambas as expressões designam a mesma realidade, mas em determinadas circunstâncias são encaradas em prismas opostos. “*A autonomia privada parte da norma jurídica: é a permissão jurídico-privada de produção de efeitos jurídicos. A autonomia da vontade parte da vontade humana: é a potencialidade jurígena de comportamento humano livre.*”⁵²

A previsão do princípio da *autonomia da vontade*⁵³ tem o seu ápice no art. 405.º do CC, que se manifesta na sua liberdade de estipulação e de celebração. Trata-se de “*liberdades negativas porque estão voltadas a impedir a intervenção do Estado legislador ou juiz.*”⁵⁴

Embora afirme-se que *as liberdades negativas são aquelas que visam impedir a intervenção do Estado legislador ou juiz*, a doutrina defende que, no plano real, a informação é deturpada, fazendo com que haja a intervenção mínima do Estado com vista a averiguar eventuais situações que possam colocar em causa os fins a serem prosseguidos pelo mesmo, pois, a criação de uma norma tem por objectivo a sua aplicação num determinado Estado, pelo que, seria inconcebível proceder com a sua criação sem que haja a mínima intervenção do Estado.⁵⁵

⁴⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota (2005) *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Lda., p. 102.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ CORDEIRO, António Menezes (1986) *Op. cit.*, p. 57.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ O princípio da autonomia da vontade é, por seu turno, expressão de um princípio mais amplo – princípio da liberdade, segundo o qual é lícito tudo o que não é proibido; a este se contrapõe o princípio da competência, em função do qual só é lícito o que é permitido, sendo dominante no Direito Público.

⁵⁴ LÔBO, Paulo (2017) *Direito Civil- Contratos*, 3.ª Edição, Paulo, Saraiva, p. 61.

⁵⁵ *Ibidem*.

À liberdade de estipulação corresponde a susceptibilidade de fixar o conteúdo do contrato, desde que observados os comandos legais (arts. 405.º e n.º 1/398.º, ambos do CC); e à liberdade de celebração corresponde a susceptibilidade da escolha do modo como as partes pretendem o negócio jurídico.

O campo de aplicação do princípio da autonomia privada é, em geral, fixado em função da chamada liberdade de contratar, contudo, o princípio projecta-se também no domínio dos direitos subjectivos.⁵⁶

Portanto, os “*direitos subjectivos constituem um dos instrumentos através dos quais se realizam os interesses de cada um, no domínio das relações sociais entre particulares. A autonomia expressa-se, pois, aqui, no poder de livre exercício dos direitos pelo seu titular.*”⁵⁷

2. Limites ao Princípio da Autonomia da Vontade

O art. 405.º do CC⁵⁸ estatui, de forma geral, que a formação do conteúdo contratual deve conter-se dentro dos limites da lei. A título de exemplo, temos o caso do art. 280.º do CC,⁵⁹ que prevê que o objecto do contrato não deve ofender à *moral pública*, os *hábitos e costumes*, devendo as partes, no âmbito da sua liberdade de estipulação, ter em atenção esses aspectos, sob pena de arguir-se a sua nulidade, o que, decerto, limita a liberdade de estipulação.⁶⁰

A existência de limites à liberdade de construir o conteúdo contratual postula um *juízo de mérito*⁶¹ em relação a cada negócio que se celebra.⁶²

⁵⁶ FERNANDES, Luís A. Carvalho (2009) *Introdução: Pressupostos da Relação Jurídica*, 5.ª Edição revista e actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, p. 94.

⁵⁷ FERNANDES, Luís A. Carvalho (2009) *Op. cit.*, p.95.

⁵⁸ **Artigo 405.º – (Liberdade contratual)**

1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprover.
2. As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei.

⁵⁹ **Artigo 280.º – (Requisitos do objecto negocial)**

1. É nulo o negócio jurídico cujo objecto seja física ou legalmente impossível, contrário a lei ou indeterminável.
2. É nulo o negócio contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes.

⁶⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais (2008) *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra, p. 423.

⁶¹ Trata-se de um juízo de licitude, que tem por finalidade situar o negócio dentro ou fora da área do permitido, do *licet*, quer dizer, no espaço próprio da autonomia da vontade. Portanto, a licitude, vista de um modo amplo redonda na liberdade dentro da qual é lícito às pessoas privadas, às pessoas comuns, reger e tratar livremente dos seus assuntos, contratos e celebrar negócios, prometer e comprometer-se; em sentido restrito, confunde-se com a legalidade e indica uma conexão legalista do Direito, redutora da liberdade e da autonomia privada à conformidade com a lei. *Vide* VASCONCELOS, Pedro Pais (2008) *Op. Cit.*, p.424.

⁶² *Ibidem*.

Assim, “os limites da autonomia da vontade encontram-se na lei, na moral e na natureza.”⁶³

No Direito da Família, verifica-se que “nos contratos familiares há liberdade de concluir ou não o respectivo contrato – é o pensamento da autonomia que subjaz e enforma o Direito Civil.”⁶⁴

Pode-se ter situações em que um casamento não é celebrado em virtude de existência de circunstâncias que obstam a que um dos nubentes conclua o contrato em causa, como é o caso da união de facto devidamente atestada.⁶⁵

No que concerne a liberdade de fixação do conteúdo contratual, encontra-se excluída do âmbito dos contratos familiares pessoais. Sendo o casamento um tipo contratual acompanhado por uma complexidade e rigidez e, estando os seus efeitos legalmente previstos, tornam-se insusceptíveis de modificação pelas partes.⁶⁶

No que concerne ao âmbito familiar patrimonial (ex: convenção antenupcial), como referido em outro campo de análise⁶⁷, os esposados gozam de uma liberdade que limita-se aos regimes de bens legalmente previstos, não devendo os esposados regular sobre aspectos que não estejam abarcados na lei, sob pena de nulidade, conforme a ilação extraída das disposições conjugadas dos arts. 122 e 123, ambos da LF.

No que atine aos contratos sucessórios, isto é, aqueles que visam reger a sucessão por morte de uma pessoa, “a lei só admite em medida limitadíssima e com carácter excepcional.”⁶⁸ Assim, quanto aos pactos sucessórios, vinga como regra geral – a sua nulidade, sendo, porém, admitidos os *pactos confirmativos*⁶⁹ quando constem de convenção antenupcial.⁷⁰

Na visão do Prof. Mota Pinto, *a sucessão voluntária resulta, quase sempre, de um negócio unilateral – o testamento*, sem apartar as doações por morte, que remetem à sucessão

⁶³ VASCONCELOS, Pedro Pais (2008) *Op. Cit.*, p.424.

⁶⁴ PINTO, Carlos Alberto (2005) *Op. cit.*, p.118.

⁶⁵ Cfr., al. d) do artigo 32 da LF.

⁶⁶ PINTO, Carlos Alberto (2005) *Op. cit.*, p.118.

⁶⁷ Vide p. 7.

⁶⁸ PINTO, Carlos Alberto (2005) *Op. cit.*, p. 118.

⁶⁹ Os pactos confirmativos são retratados no âmbito da sucessão contratual, consistindo na renúncia a um direito sucessório ainda em vida do autor da sucessão, ou seja, ocorre a renúncia à sucessão de pessoa viva. Nos pactos confirmativos, o autor da sucessão dá destino ao seu património, mediante a instituição de herdeiro e a nomeação de legatário. Estes pactos são válidos somente quando constem de convenção antenupcial, devido ao *favor matrimonii* caso contrário, são considerados nulos, conforme dispõem as disposições conjugadas do n.º 2 do art. 158 da LS e do n.º 2 do art. 946.º do CC. Na mesma senda, *Vide COSTA, Simone Oliveira (2018) A Relevância dos Pactos Sucessórios na Sucessão na Empresa Familiar: O Pacto de Empresa*, Dissertação (Mestrado), Universidade Católica Portuguesa, Porto, p. 13 e ss.

⁷⁰ Cfr., n.º 2 do artigo 946.º do Código Civil.

contratual.⁷¹ Quanto ao testamento, há liberdade de celebração e liberdade de fixação do conteúdo, todavia, observa algumas restrições, sendo uma delas o facto de o testador não poder dispor da legítima, “*por esta ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários.*”⁷²

Portanto, no Direito da Família a autonomia da vontade abrange, praticamente, apenas a liberdade de celebração, com excepção das convenções antenupciais (arts. 122 e 123, ambos da LF), onde vigora o princípio da tipicidade.

E, no Direito das Sucessões, tem maior incidência na sucessão voluntária, em que temos as doações por morte e a sucessão testamentária onde prevalece do autor da sucessão⁷³ desde que, ao fazer as deixas, não afecte a legítima dos seus herdeiros legitimários, conforme dispõe o artigo 136 da LS.

⁷¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota (2005) *Op. cit.*, p. 118.

⁷² Cfr., artigo 136 da LS.

⁷³ PINTO, Carlos Alberto (2005) *Op. cit.*, p. 118.

CAPÍTULO III

A SUCESSÃO DO CÔNJUGE SOBREVIVO NO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS

1. Da sucessão por morte: generalidades

O termo sucessão pode ser analisado no *sentido amplo e no sentido restrito*. No sentido amplo, a sucessão é sinónimo de transmissão e, no sentido restrito, a sucessão designa transmissão por morte.⁷⁴ Isto implica que, a sucessão em sentido amplo, exprime uma relação de continuidade de factos ou de coisas, ou seja, exprime a relação existente entre um *prius* e um *posterius*. Por outro, a sucessão em sentido restrito, corresponde a transferência da herança, em virtude da morte do autor da sucessão para os seus herdeiros.⁷⁵

Sob o ponto de vista legal, dispõe o artigo 1 da Lei das Sucessões (LS): «*Diz-se sucessão o chamamento de uma ou mais pessoas a ingressar nas relações jurídico-patrimoniais de que era titular uma pessoa falecida e a consequente transferência dos direitos e obrigações desta*».

Esta concepção é integrada por dois elementos:⁷⁶

- Em primeiro lugar, ocorre a modificação subjectiva, isto verifica-se, a título de exemplo nas situações em que, estando numa relação obrigacional ocorre a mudança da pessoa do credor-proprietário, isto é, ocorre a mudança de sujeitos, passando a pessoa viva a ingressar nas relações jurídico-patrimoniais de uma pessoa falecida.
- Em segundo lugar, a relação jurídica se mantém a mesma, apesar da modificação subjectiva operada. Prevalece o carácter objectivo da relação jurídica titulada pelo *de cuius*.

1.1. Sucessão em vida e sucessão por morte

A sucessão em vida corresponde à modificação subjectiva da relação jurídica ainda em vida do anterior titular, ou seja, ocorre *inter vivos*.⁷⁷ Há aqui uma alteração dos sujeitos, que se traduz na transferência dos direitos e obrigações do anterior titular para o novo titular.⁷⁸

⁷⁴ TELES, Inocêncio Galvão (1991) *Direito das Sucessões: Noções Fundamentais*, 6.^a Edição Revista e Actualizada, Coimbra Editora, Lda, p. 25.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ COELHO, Francisco Manuel Pereira (1969) *Op. cit.*, p. 6 e ss.

⁷⁷ TELES, Inocêncio Galvão (1991) *Op. cit.*, p. 29.

⁷⁸ COELHO, F. M. Pereira (1992) *Op. cit.*, p.25.

Situação diferente ocorre na sucessão por morte, em que a referida modificação subjectiva só se verifica depois da morte do anterior titular da relação jurídica; em vida deste, não opera qualquer transferência do direito, que continua radicado na sua esfera jurídica.⁷⁹ Esta preconiza, como requisito para o seu desencadeamento, a ocorrência do fenómeno jurídico morte.

Portanto, existe doação em vida, quando esta produz imediatamente os seus efeitos, embora alguns possam ficar condicionados à morte do doador, como é o caso da doação *cum moriar* (quando o doador morrer), em que o doador pode estipular “*que os bens doados só se transfiram para o donatário ou este só possa exigí-los quando o doador falecer.*”⁸⁰

Não obstante a condição, a título imediato, o donatário adquire direitos, ainda que limitados, sobre os bens doados, como é o caso da *doação com reserva de usufruto* e a *doação com reserva do direito de dispor*.⁸¹

1.2. Espécies de sucessão *mortis causa*

Com o falecimento de uma pessoa, ocorre a abertura do fenómeno sucessório, que culmina com o chamamento de várias pessoas a suceder. “*É-lhes oferecida a sucessão mediante a atribuição do direito de aceitar ou repudiar (ius delationis ou jus succedendi).*”⁸²

Neste diapasão, encontram-se dois títulos de vocação sucessória, a saber: o que decorre da lei e o que decorre da vontade do autor da sucessão.⁸³

Os beneficiários da sucessão podem emergir de designação legal ou da vontade do *autor successoris* no exercício da autonomia da vontade que lhe é concedida pelo legislador. Significa isto que o *de cuius*, dentro dos limites em que a lei admite a sua liberdade, pode, em princípio, designar como sucessível quem muito bem quiser. Quanto à lei, faz a designação através dos critérios genéricos, segundo é próprio da sua linguagem, indicando como sucessíveis pessoas que se encontram em determinada relação com o *de cuius*.⁸⁴

Portanto, a sucessão legal produz-se *ex lege* e a sucessão voluntária produz-se *ex voluntate*.⁸⁵

⁷⁹ COELHO, F. M. Pereira (1992) *Op. Cit.*, p.26.

⁸⁰ *Idem*, p.34.

⁸¹ SACRAMENTO, Luís Filipe; DO AMARAL, Aires José Mota (1997) *Direito das Sucessões*, 2.^a Edição Revista e Aumentada, Maputo, p.34.

⁸² TELES, Inocêncio Galvão (1991) *Op. cit.*, p.99.

⁸³ Cfr., artigos 3, 4 e 5 da LS.

⁸⁴ *Idem*, p.100.

⁸⁵ *Ibidem*.

O artigo 3 da LS dispõe que: “*a sucessão pode ser deferida por lei ou por acto de vontade praticado pelo seu autor.*”⁸⁶

A sucessão legal emana de um comando legal, sendo, no caso da sucessão legítima, relevante a vontade do autor da sucessão e, no caso da sucessão legitimária, irrelevante essa vontade. Assim, entende-se que, mesmo nas situações em que o autor da sucessão não mantenha, ainda em vida, uma boa relação com os seus herdeiros legitimários, não poderá, de forma arbitrária, proceder ao seu afastamento, senão nos casos previstos na lei, conforme prevê o art. 4 da LS.

Portanto, o art. 4 da LS preconiza ainda que “*a sucessão legal é legítima e legitimária.*”

Com base na conjugação dos arts. 3, 4 e 136 todos da LS, a sucessão legitimária é deferida por lei, sendo imperativa, razão pela qual não pode ser afastada pela vontade do autor da sucessão, pois respeita à porção de bens de que o autor da sucessão não pode dispor, por ser legalmente destinada aos herdeiros legitimários. É, um dos mecanismos usados pelo legislador para proteger os herdeiros legitimários, necessários ou prioritários.⁸⁷

Para melhor “*compreensão deste tipo de sucessão, importa distinguir, no conjunto dos bens do autor da sucessão, duas porções de bens:*”⁸⁸

- A quota legítima ou indisponível;
- A quota disponível.

A quota legítima ou indisponível, corresponde a porção de bens de que o autor da sucessão não pode dispor por estar destinada aos seus herdeiros legitimários.⁸⁹

Conjugando a disposição do art. 118 da LS com a do art. 138 do mesmo diploma legal, a legítima dos filhos em concorrência com o cônjuge segue a seguinte regulamentação:

- *A legítima dos filhos e cônjuge é de 75% da herança, o equivalente a $\frac{1}{3}$, sendo a “partilha feita por cabeça e em partes iguais pelos herdeiros.”*⁹⁰

⁸⁶ Segundo DE SOUSA, Rabindranath Capelo (1993), *Lições de Direito das Sucessões*, 3.^a Edição, Coimbra Editora, Lda, p. 35, há necessidade de desbravar o conceito de lei aqui empregue, que deve ser analisado num sentido lato. Assim, de acordo com o n.º 1 do artigo 2.º do CC «consideram-se leis todas as disposições genéricas provindas de órgãos estaduais competentes». Este conceito abrange as leis constitucionais, as leis ordinárias, os decretos emanados pelo Governo, Regulamentos e demais fontes da Lei. Portanto, não importam somente as disposições constantes da Lei das Sucessões, devendo, para o efeito, considerar-se a hierarquia das normas e a preservação da unidade do sistema jurídico.

⁸⁷ *Ibidem.*

⁸⁸ DE SOUSA, Rabindranath Capelo (1993) *Op. cit.*, p. 39.

⁸⁹ *Ibidem.*

⁹⁰ Cfr., art.121 da LS.

- *Na falta de cônjuge e sendo um só filho, a legítima deste é de 50% da herança, o equivalente a $\frac{1}{2}$.*
- *Na falta de cônjuge e sendo dois ou mais filhos, a legítima destes é de 75% da herança, o equivalente a $\frac{1}{3}$.*

Quanto à sucessão do cônjuge com ascendentes, esta ocorre na “*falta de descendentes do falecido, sendo chamados à sucessão o pai e a mãe em conjunto com o cônjuge sobrevivido.*”⁹¹

A concorrência do cônjuge com os ascendentes ocupa a segunda classe de sucessíveis,⁹² pelo que, quando concorra com os ascendentes, a legítima do cônjuge é de 50% da herança, o equivalente a $\frac{1}{2}$, conforme dispõe a al. a) do art. 139 da LS.

O número 2 do art. supracitado estabelece uma dicotomia,

- por um lado, a concorrência do cônjuge com os ascendentes do primeiro grau, cabendo a estes, a legítima de 30% da herança;
- por outro, a concorrência do cônjuge com os ascendentes do segundo grau, que se verifica na “*falta de ascendentes do primeiro grau*”⁹³, cabendo a estes a legítima de 20% da herança, conforme dispõe o n. °2 do art.139 da LS, sendo que, a quota destinada a estes será dividida em duas partes iguais, cabendo uma ao tronco paterno e a outra ao tronco materno.

Por fim, *a legítima do cônjuge, se não concorrer com os descendentes nem ascendentes é de 50% da herança, o equivalente a $\frac{1}{2}$* , conforme dispõe o art. 140 da LS.

A quota disponível, corresponde a “*porção de bens de que o autor da sucessão pode dispor e que é a quota restante, no caso de ter herdeiros legitimários, ou que é toda herança, no caso de não os haver.*”⁹⁴

Portanto, sempre que há sucessores legitimários, necessários ou prioritários, estão limitados os poderes do autor da sucessão de dispor da porção que por orientação legal está destinada aos seus herdeiros legitimários.⁹⁵

⁹¹ Cfr., art.126 da LS

⁹² Cfr., al. b) do n. °1 do art. 118 da LS.

⁹³ Cfr., art. 127 da LS.

⁹⁴ *Idem*, p. 45.

⁹⁵ *Ibidem*.

Segundo o disposto nos arts. 3, 4 e 116 todos da LS, a sucessão legítima é susceptível de ser afastada pela vontade do autor da sucessão.

Portanto, a sucessão legítima só é chamada à aplicação nas situações em que o falecido não tiver disposto válida e eficazmente, no todo ou em parte, dos bens de que podia dispor para depois da morte, conforme prevê o art. 116 da LS.

2. Posição sucessória do cônjuge: uma perspectiva comparada

O Brasil é o país eleito para a realização deste estudo comparatístico por questões culturais e sociais, que redundam o facto de tanto o Brasil assim como Moçambique terem sido colónias portuguesas.

Ambos ordenamentos jurídicos encontram-se organizados segundo os critérios da família Romano-germânica ou simplesmente *Civil Law*, baseando-se na regra do direito escrito e na hierarquia que se estabelece entre as normas.

O estudo comparatístico permitirá aprofundar a matéria relativa à sucessão do cônjuge no regime da separação de bens, mediante o recurso a posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, relevantes para a elaboração de um sistema jurídico moçambicano sólido.

2.1. Posição sucessória do cônjuge no direito moçambicano

Na redacção do art. 2157.º do Código Civil de 1966⁹⁶, o cônjuge não era herdeiro legítimo, pois esta disposição somente contemplava como herdeiros legítimos os ascendentes e os descendentes do autor da sucessão. O cônjuge somente era chamado na quarta posição, conforme dispunha o art. 2133.º do CC de 1966.

O CC de 1966 não valorizava os vínculos conjugais, pois, o legislador da época considerava serem próximos ao *de cuius* os descendentes, os ascendentes, os irmãos e os seus descendentes, do que o próprio cônjuge.⁹⁷ Contudo, na qualidade de legatário legítimo, o cônjuge supérstite beneficiava do usufruto vitalício da herança.⁹⁸

Atendendo e considerando que o processo legislativo visa acompanhar a dinâmica da sociedade, em 2014, deu entrada na Assembleia da República o Projecto da Lei das Sucessões, que segundo

⁹⁶ **Artigo 2157.º – (Herdeiros legítimos)**

São herdeiros legítimos os descendentes e os ascendentes, pela ordem e segundo as regras estabelecidas nos artigos 2133.º a 2138.º.

⁹⁷ c

⁹⁸ Cfr., artigo 2146.º do Código Civil de 1966. Vide, SOUSA, Sandrina José Figueira (2020) *Estatuto Sucessório do Cônjuge Sobrevivo: Algumas Reflexões Críticas*, Dissertação (Mestrado), Universidade de Lisboa. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/47934/1/ulfd145913_tese.pdf.

a Comissão dos Assuntos Sociais, Género, Tecnologia e Comunicação Social, o Projecto visou a eliminação de normas discriminatórias que violam os princípios dos instrumentos ractificados por Moçambique e a harmonização com os efeitos patrimoniais introduzidos na Lei da Família.

Para tal, a Comissão supramencionada recomendou que o cônjuge sobrevivivo ocupe a terceira posição na classe de sucessíveis por se entender que é a solução legal mais ajustada, considerando que os cônjuges é que contribuíram para a constituição do património conjugal, não sendo acertado que os irmãos e seus descendentes tenham primazia sobre o cônjuge sobrevivivo.⁹⁹

Com a aprovação da Lei n.º 23/2019, de 23 de Dezembro – LS o legislador pátrio passou a prever o chamamento do cônjuge sobrevivivo na 1.ª, 2.ª e 3.ª classes.

Assim, o cônjuge ocupa uma posição privilegiada na classe de sucessíveis, preenchendo o elenco de *herdeiros legitimários*, concorrendo assim com os descendentes ou com os ascendentes do *de cuius*.

De acordo com o que vai previsto no art. 118 da LS, os herdeiros, com particular destaque, para o cônjuge, são chamados à sucessão na seguinte ordem:

- a) *Descendentes e o **cônjuge** ou companheiro da união de facto;*
- b) *Ascendentes e o **cônjuge** ou companheiro da união de facto;*
- c) ***Cônjuge** ou companheiros da união de facto.*
- d) *Irmãos e os seus descendentes;*
- e) *Outros colaterais até ao oitavo grau;*
- f) *Estado.*

Da disposição deste artigo, verifica-se que o legislador sucessório pátrio não pautou pela discriminação do chamamento do cônjuge supérstite em virtude do regime de bens adoptado no âmbito do Direito da Família. Pelo contrário, pode-se constatar que o mesmo ocupa um lugar privilegiado na classe de sucessíveis, concorrendo ainda sozinho, na terceira posição, na sucessão legítima.

⁹⁹ Debate sobre o Projecto da Lei do Direito Sucessório e a Lei da Família-Fórum Mulher. Disponível em: <https://forumulher.org.mz/forum-mulher-promove-reflexao-sobre-o-projecto-de-lei-do-direito-sucessorio-e-da-lei-da-familia/>.

2.2. Posição sucessória do cônjuge no direito brasileiro

Percorrendo o Direito da Família Brasileiro, reparamos que o Livro IV do CCB tipifica quatro regimes de bens: a comunhão universal de bens, a comunhão parcial de bens, a participação final nos aquestos e a separação de bens, que pode ser obrigatória ou convencional, constituindo, estes dois últimos, objecto de nossa análise.¹⁰⁰

O regime da separação de bens é obrigatório quando decorre da lei (art. 1.641 do CCB), devendo ser aplicado para as seguintes situações:

- das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
- da pessoa maior de 60 anos;
- de todos que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

O regime da separação de bens é convencional quando estipulado em convenção antenupcial, conforme dispõem os arts. 1687 e 1688 do CCB.

Parte-se do pressuposto que os esposados que procedem de tal maneira podem ser titulares de um património robusto,¹⁰¹ razão pela qual não acham viável a intersecção patrimonial, focando-se simplesmente em garantir a comunhão afectiva.

Adentrando ao Direito das Sucessões, no ordenamento jurídico brasileiro o cônjuge é considerado herdeiro necessário, estando ele na primeira, segunda e terceira classes de sucessíveis, desde que preenchidos os requisitos do art. 1.830 do CCB.

Para o cônjuge concorrer com os descendentes é necessário que esteja dentro do que prevê o Inciso I do art.1.829 do CCB, ou seja, o cônjuge será herdeiro em concorrência com os

¹⁰⁰ O regime da comunhão universal de bens, preconiza a comunicação dos bens presentes e futuros dos cônjuges, incluindo as respectivas dívidas, conforme dispõe o art. 1. 667 do CCB. Cá entre nós, este regime assemelha-se ao da comunhão geral de bens, previsto no art. 155 da LF; o regime da comunhão parcial de bens, preconiza que somente se comunicam os bens adquiridos pelo casal, após a constância do casamento, funcionando também como regime supletivo, conforme dispõe o art. 1.658 do CCB. Cá entre nós, as directrizes deste regime de bens assemelham-se as do regime da comunhão de adquiridos, previsto no art. 145 da LF; o regime da separação de bens subdivide-se em separação obrigatória, que resulta de imposição legal e separação convencional de bens que resulta da manifestação de vontade dos nubentes em convenção antenupcial, conforme dispõe o art. 1. 641 do CCB. Cá entre nós, vigora apenas o regime da separação convencional de bens, previsto no art. 158 da LF; por fim, temos o regime da participação final nos aquestos segundo o qual, cada cônjuge possui património próprio, constituído dos bens que cada um possuía ao casar e os por ele adquiridos a título oneroso, que subsiste até a dissolução da sociedade conjugal. Trata-se de um modelo híbrido, pois na constância do casamento aplicar-se-ão as disposições do regime da separação de bens, mas com a dissolução da sociedade conjugal cada cônjuge terá a metade dos bens adquiridos pelo casal a título oneroso, conforme dispõe o art. 1.672 do CCB.

¹⁰¹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson (2017) *Curso de Direito Civil: Sucessões*, Editora JusPodvm, p. 316.

descendentes, salvo se casado com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens; ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Quanto às implicações sucessórias atinentes ao cônjuge supérstite que tenha contraído matrimônio com o *de cuius* – autor da sucessão no regime da separação de bens prevê o Inciso I do art. 1.829 do CCB:

A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – Aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Segundo o sublinhado legal, o cônjuge só será chamado a suceder nos regimes que não foram alvo de menção na disposição retro citada, isto é, o cônjuge sobrevivente não concorre com os descendentes quando haja celebrado casamento com o *de cuius*, ex-consorte, no regime da comunhão universal e no regime da separação obrigatória de bens.

Na visão do Prof. Fábio Ulhoa Coelho, na concorrência do cônjuge com os descendentes ou com os ascendentes, há que considerar o regime de bens, ou seja, a qualidade de concorrente ou sucessível pode ser negada ao cônjuge em virtude do regime de bens adotado no casamento.¹⁰²

Como se pode ver, o legislador sucessório brasileiro não contemplou, nas suas exceções, o regime da separação convencional de bens, pelo que, o cônjuge supérstite é chamado a suceder neste regime.

2.3. Comparação e análise crítica

a) Quanto à autonomia da vontade

Em ambos ordenamentos jurídicos, verifica-se um conflito entre a autonomia da vontade e a proteção do cônjuge sobrevivente, ou seja, o cônjuge supérstite casado com o *de cuius* em regime de separação de bens, é chamado à sucessão, independentemente do regime de bens escolhido.

¹⁰² COELHO, Fábio Ulhoa (2018) *Curso de Direito Civil: Família; Sucessões*, 6.^a Ed. Revista e Atualizada, Editora Saraiva, São Paulo, p. 287 a 288.

Por essa razão, em Brasil posicionamentos doutrinários divergentes têm surgido para contestar essa orientação, na sua letra e espírito. A respeito, Carlos Gonçalves expressa o entendimento de que o cônjuge não concorre com descendentes ou com os ascendentes, preservando assim a autonomia da vontade expressa em convenção antenupcial, pois, na óptica deste autor o objectivo principal do regime da separação de bens é justamente garantir que o património de cada cônjuge permaneça individualizado.¹⁰³

Cá entre nós, analisada a perspectiva *a contrario sensu* constata-se à invasão do legislador pátrio na esfera privada, como também à desconsideração das formalidades a serem observadas na escolha do regime da separação de bens, que envolve indivíduos com sã consciência de seus actos, com capacidade para discernir o que se encontra no leque de seus anseios. Portanto, considera-se irrelevante o inconformismo do cônjuge supérstite ao não ser chamado em concorrência com os descendentes ou com os ascendentes, pois, terá pactuado livremente pelo regime da separação de bens e actuação adversa à vontade manifestada levaria de sua parte, à violação dos ditames da boa-fé.

Neste diapasão, o legislador sucessório pátrio não abre espaço para que o chamamento do cônjuge à sucessão *seja condicionado ao regime de bens*¹⁰⁴ escolhido pelos esposados, aquando da celebração do casamento, violando deste modo, o princípio que serve de bússola para as relações jurídico-privadas – o princípio da autonomia da vontade.

Ainda nesta perspectiva, pode-se fazer eco também a Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald: *“Entendemos firmemente que as pessoas casadas no regime de separação convencional de bens não podem herdar em concorrência com os descendentes e ascendentes, sob pena de afronta directa à autonomia privada e a todos os princípios garantidores da liberdade de autodeterminação.”*¹⁰⁵

Assim, o cônjuge sobrevivente não pode herdar em concorrência com os descendentes ou com os ascendentes em virtude de existência de regras que limitam a liberdade do autor da sucessão

¹⁰³ GONÇALVES, Carlos Roberto (2021) *Direito Civil Brasileiro: Sucessões*, Vol. 7, 15.ª Edição, Saraiva, p. 345.

¹⁰⁴ Já era assim no artigo 2133.º do Código Civil de 1966, simplesmente, o cônjuge supérstite era chamado em 4.º lugar condicionado à inexistência dos descendentes de outros parentes do *de cuius*. Quanto a nós, esse regime harmonizava-se melhor com o regime da separação de bens escolhido. Na verdade, o chamamento do cônjuge, à luz da legislação anterior, deixa claro, entrelinhas, que para o legislador, os bens pairassem para parentes muito afastados ou ao Estado e para serem destinados ao cônjuge sobrevivente, ainda que o regime de bens tivesse sido o da separação, optou pela segunda solução, o que nos parece correto.

¹⁰⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson (2017) *Op. cit.*, p.317.

testar, devendo, para o efeito, respeitar os acordos pré-nupciais e a independência entre os patrimónios, como meio de evitar eventuais conflitos.¹⁰⁶

Nestes termos, questionamo-nos se, não concorrendo o cônjuge sobrevivente com os descendentes ou com os ascendentes ou, na falta destes qual seria a posição do cônjuge sobrevivente? Avançasse com a solução de que o cônjuge sobrevivente casado com o *de cuius* em regime de separação de bens, pode ser chamado na terceira posição da classe de sucessíveis para evitar que a herança seja perdida à favor do Estado.¹⁰⁷

Assim, destinar a herança ao Estado na existência de cônjuge sobrevivente pode chamar à colação o enriquecimento sem causa uma vez que o Estado não teve qualquer participação directa na constituição do património, ao contrário do cônjuge sobrevivente que muitas vezes terá contribuído de forma significativa, ainda que indirectamente para a constituição do património.¹⁰⁸

Nos dizeres de **Maria Hironaka**: *“Nítida é a afronta ao princípio da liberdade ao se facultar a escolha do regime de bens e introduzir modificações que desconfiguram a natureza do instituto e alteram a vontade do de cuius.”*¹⁰⁹

Parte-se do pressuposto que os esposados que prosseguem de tal maneira podem ser titulares de um património robusto,¹¹⁰ razão pela qual não acham viável a intersecção patrimonial, focando-se simplesmente em garantir a comunhão afectiva.

Portanto, o legislador não devia ser indiferente à vontade de ambos os nubentes, por estes, no gozo das suas capacidades, terem optado pelo regime da separação de bens, manifestando, ao mais alto grau, a relevância da autodeterminação em sua esfera privada.

Por essa razão, Fernando Loureiro¹¹¹ afirma que o regime da separação convencional de bens visa manter a independência patrimonial dos cônjuges, pois, a autonomia da vontade é um

¹⁰⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo (2019) *Direito das Sucessões*, 18.ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, p. 215 e ss.

¹⁰⁷ RODRIGUES, Sílvio (2002) *Direito Civil: Direito das Sucessões*, Vol. 7, Editora Saraiva, p. 92.

¹⁰⁸ DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes (1984) *Tratado de Direito Privado: Direito das Sucessões*, Vol. 24, Rio de Janeiro, p. 145. VELOSO, Zeno (2019) *Direito Sucessório: Comentários ao Código Civil*, Saraiva, São Paulo, p. 158.

¹⁰⁹ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (2007) *Direito das Sucessões*, 2.ª Ed. Atualizada, Belo Horizonte, p. 480.

¹¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson (2017) *Op. cit.*, p. 316.

¹¹¹ LOUREIRO, Fernando (2020) *Sucessões e Regime de Bens em Moçambique*, Editora Universitária, Maputo, p. 312.

princípio fundamental para a estipulação do regime da separação convencional de bens, impedindo a concorrência do cônjuge com os descendentes ou com os ascendentes.

b) Quanto à protecção sucessória do cônjuge

Ambos ordenamentos jurídicos buscam proteger o cônjuge supérstite, mas o fazem de maneiras que desrespeitam a vontade prévia dos cônjuges ao casamento.

Segundo Hironaka (2016) mesmo que o casamento tenha sido celebrado sob o regime da separação convencional de bens, “*a sucessão do cônjuge sobrevivente deve ser considerada, especialmente quando há uma situação de vulnerabilidade patrimonial, ou seja, preza-se aqui por uma protecção mínima do cônjuge sobrevivente.*”¹¹²

Assim, o cônjuge supérstite que tenha se casado com o falecido sob o regime da separação de bens, por não ter direito à *meação*, instituto somente invocado nos regimes da comunhão de adquiridos e da comunhão geral, não deve ficar desamparado.¹¹³

Nesta asserção de ideias, é explícito o entendimento de que a vulnerabilidade do cônjuge supérstite tem de ser comprovada, ou seja, o cônjuge supérstite que não goza de recursos suficientes para o seu sustento não deve ficar desamparado. Para tal, seria necessária uma análise casuística atentando para a situação financeira de cada cônjuge e a necessidade da protecção da sua dignidade.

Adentrando ao ordenamento jurídico brasileiro, verificamos na **REsp 992.749/RS**, proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça, a consolidação do entendimento de que no regime da separação convencional de bens, o cônjuge supérstite não tem direito à concorrência com os descendentes ou com os ascendentes, com vista o respeito e prevalência do princípio da autonomia da vontade.

¹¹² HIRONAKA, Giselda M. Novaes (2016) *Direito das Sucessões*, Editora Saraiva, São Paulo, p. 1004. Nesse mesmo entendimento temos a protecção constitucional, constante do art. 83 da CRM, que deve servir de bússola para o legislador, no entanto, tal não justifica a interferência excessiva do legislador, devendo, para o efeito, tratar-se de uma intervenção mínima para garantir a protecção mínima do cônjuge sobrevivente.

¹¹³ É sabido por nós que se verifica o uso recorrente dos termos *meação* e *herança* como se de institutos similares se tratasse, no entanto, urge a necessidade de esclarecer que a *meação* é um fenómeno do Direito de Família e que acontece em caso de dissolução da sociedade conjugal, logicamente a depender do regime de bens (comunhão de adquiridos e comunhão geral) e a herança é desencadeada em virtude de morte, sendo a parte que cabe ao cônjuge ou companheiro da união de facto no cômputo dos bens pertencentes ao *de cujus*, dentre os quais estará a *meação* pertencente a ele. Neste sentido, *Vide* LEAL, Alice Nóbrega (2014) *A Posição Sucessória do Cônjuge e do Companheiro: Uma Perspectiva Luso-brasileira*, Dissertação (Mestrado), Universidade de Lisboa, p. 17.

3. As incongruências legislativas entre o que vai disposto na Lei da Família e na Lei das Sucessões

O Direito da Família e o Direito das Sucessões são dois ramos de Direito que, embora inter-relacionados, apresentam incongruências.

O Direito da Família, como definido pelo Prof. Jorge Pinheiro, regula as normas que organizam a instituição familiar, abrangendo aspectos como o casamento, a união de facto, e a filiação, com impacto directo para o património familiar.¹¹⁴ Por outro lado, o Prof. Sílvio Venosa define o Direito das Sucessões como aquele que regula a transferência de direitos e obrigações após a morte de uma pessoa.¹¹⁵

Apesar de serem disciplinas que se complementam, há um conflito significativo entre elas. No Direito da Família, os cônjuges têm a liberdade de escolher o regime de bens de seu casamento, no caso em concreto, o regime da separação de bens, conforme dispõem os arts. 122 e 158, ambos da LF. No entanto, no Direito das Sucessões, essa escolha é totalmente desconsiderada, pois verifica-se o chamamento do cônjuge supérstite em primeira classe, em concorrência com os descendentes e, em segunda classe, em concorrência com os ascendentes (art. 138 da LS).

Nesse sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2017, p. 316-317) defendem,

O regime da separação convencional de bens é a autêntica manifestação da autonomia privada. No entanto, apesar de conceder aos cônjuges a liberdade de escolher o regime de separação absoluta com a mão direita, o legislador sucessório, com a mão esquerda, parece estar a retirar deles a eficácia prática do aludido regime, em caso de falecimento.

Respalda-se aqui que a lei concede aos nubentes a faculdade de estipular o regime de bens do seu casamento, entretanto, após a morte do cônjuge, o regime da separação de bens estipulado pelos esposados cessa os seus efeitos, o que suscitaria a decadência do regime supra elencado. Assim, mostra-se uma contradição sistemática, em que o regime da separação de bens só vigora estando os cônjuges vivos; após a sua morte, não mais se pode invocar aquele regime. Presume-se ser esse o entendimento do legislador sucessório, que desrespeita e faz desmerecer a manifestação consciente e livre dos nubentes por este regime.

¹¹⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte (2008) *Op. cit.*, p.33.

¹¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo (2013) *Direito Civil: Direito das Sucessões*, Vol.7, 13.^a Edição, Editora Atlas, S.A., S. Paulo, p.4.

Pelo que tem, pois, razão **Paulo Lôbo, Direito Civil: Sucessões: 2016, p.142**, nesta asserção:

Não é a morte, portanto, que determina se o que não era comunicável passa a sê-lo em violação dos princípios. O Direito das Sucessões não modifica as relações jurídicas constituídas durante a vida da pessoa, pois apenas as recepciona para projectá-las no âmbito jurídico de seus sucessores.

Portanto, a incongruência reside no facto de que o Direito da Família confere autonomia para a escolha do regime de bens, enquanto o Direito das Sucessões desconsidera essa escolha, criando um descompasso entre a vontade dos cônjuges e a aplicação prática após a morte. Esta discrepância revela uma falha na harmonização entre os dois ramos do Direito Civil, que deveria garantir a continuidade da vontade expressa dos cônjuges e a integridade do sistema jurídico.

CONCLUSÕES

Por todo o exposto no decurso da realização do nosso estudo, conclui-se que o regime da separação de bens, apesar de sua evolução histórica, ainda enfrenta desafios significativos na preservação da autonomia da vontade dos cônjuges após a morte. Por essa razão, tal evolução não trouxe um regime mais trabalhado e autonomizado, ou seja, não impôs barreiras para que determinadas matérias retratadas em sede do Direito da Família, ao serem recepcionadas pelo Direito das Sucessões, não sejam, pelo legislador sucessório, modificadas.

Nesse sentido, tais barreiras implicariam tão somente a recepção, pelo Direito das Sucessões, dos actos praticados em sede do Direito da Família, enquanto ramo complementar a este, tornando-se àquele ilegítimo de realizar quaisquer modificações que contrariem a vontade postulada pelos esposados aquando dos actos prévios à celebração do casamento.

Por conseguinte, os esposados, ao pactuarem reciprocamente pelo regime da separação de bens, fazem-no cientes da incomunicabilidade do património, vingando a comunhão afectiva e não patrimonial.

Portanto, é claro e inequívoco o descompasso entre a LF e a LS, resultante da intervenção excessiva do legislador sucessório que faz o chamamento do cônjuge sobrevivente em concorrência com os descendentes ou com os ascendentes do *de cuius*, afrontando assim, de forma directa, a vontade dos esposados, o que acaba comprometendo a unidade do sistema jurídico.

RECOMENDAÇÕES

Ante o estudo realizado, julgamos ter de recomendar:

- Que o legislador sucessório no âmbito do chamamento do cônjuge supérstite à sucessão do de *cujus*, *ex* consorte, tome em consideração as especificidades do regime da separação de bens que implicam a não comunicabilidade do património do casal, prevalecendo a propriedade exclusiva de cada um dos cônjuges em relação a um determinado bem, como meio de preservar a vontade dos nubentes.
- Na sequência, é necessário que haja uma intervenção limitada do legislador, de modo a materializar as funções da protecção e do amparo do cônjuge supérstite. Pelo que, o legislador apenas deverá intervir, primeiro, em caso de vulnerabilidade patrimonial do cônjuge sobrevivente e, por último, nos casos de inexistência de descendentes e ascendentes como meio de impedir que a herança seja perdida à favor do Estado.¹¹⁶
- Por conseguinte, se estabeleça uma harmonização jurídica entre as disposições constantes da LF e as constantes da LS, de modo a garantir a segurança jurídica.

⁹¹ TOSCANO, Raquel Borges Alves (2020) *Da Possibilidade de Renúncia Recíproca dos Cônjuges da Condição de herdeiro no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, Dissertação (Mestrado), Universidade de Coimbra, p. 35.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Manuais

- CHAVES, João Queiroga (2009) *Casamento, Divórcio e União de Facto, Quid Juris-Sociedade* Editora;
- COELHO, Fábio Ulhoa (2018) *Curso de Direito Civil: Família; Sucessões*, 6.^a Ed. Revista e Actualizada, Editora Saraiva, São Paulo;
- COELHO, Francisco Pereira; DE OLIVEIRA, Guilherme (2016) *Curso de Direito da Família: Introdução ao Direito Matrimonial*, Vol. I, 5.^a Ed., Imprensa da Universidade de Coimbra;
- CORDEIRO, Menezes António (1986) *Direito das Obrigações*, Vol. I, Lisboa;
- DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes (1984) *Tratado de Direito Privado: Direito das Sucessões*, Vol. 24, Rio de Janeiro;
- DE SOUSA, Rabindranath Capelo (1993) *Lições de Direito das Sucessões*, 3.^a Edição, Coimbra Editora, Lda;
- FERNANDES, Luís A. Carvalho (2009) *Introdução: Pressupostos da Relação Jurídica*, 5.^a Edição revista e actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa;
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson (2017) *Curso de Direito Civil: Sucessões*, 3.^a Ed. Rev. Ampl. e Actual., Ed. JusPodivm, Salvador;
- GONÇALVES, Carlos Roberto (2021) *Direito Civil Brasileiro: Sucessões*, Vol. 7, 15.^a Edição, Saraiva;
- HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (2007) *Direito das Sucessões*, 2.^a Ed. Atualizada, Belo Horizonte;
- HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes (2016) *Direito das Sucessões*, Editora Saraiva, São Paulo;
- LÔBO, Paulo (2016) *Direito Civil: Sucessões*, 3.^a Edição, Saraiva, S. Paulo;
_____, (2017) *Direito Civil- Contratos*, 3.^a Edição, Paulo, Saraiva;
- MADALENO, Rolf (2018) *Direito da Família*, 8.^a Edição revista, actualizada e ampliada, Editora Forense, Lda., Rio de Janeiro;
- PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2.^a Edição: Reimpressão, aafdl;
- PINTO, Carlos Alberto da Mota (2005) *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a Edição, Coimbra Editora, Lda;

- RODRIGUES, Sílvio (2002) *Direito Civil: Direito das Sucessões*, Vol. 7, Editora Saraiva;
 - SACRAMENTO, Luís Filipe; AMARAL; Aires Mota Do (1997) *Direito das Sucessões*, 2.^a Edição revista e aumentada, Maputo;
 - TELES, Galvão Inocêncio (1991) *Direito das Sucessões: Noções Fundamentais*, 6.^a Edição Revista e Actualizada, Coimbra Editora, Lda;
 - VASCONCELOS, Pedro Pais (2008) *Teoria Geral do Direito Civil*, 5.^a Edição, Almedina, Coimbra;
 - VELOSO, Zeno (2019) *Direito Sucessório: Comentários ao Código Civil*, Saraiva, São Paulo;
 - VENOSA, Sílvio De Salvo (2013), *Direito Civil: Direito das Sucessões*, Vol. 7, 13.^a Edição, Editora Atlas, São Paulo;
- _____, *Direito das Sucessões*, 18.^a Edição, Editora Atlas, São Paulo.

2. Legislação

2.1. Nacional

- Constituição da República de Moçambique (2004), alterada pela Lei n.º11/2023, de 23 de Agosto, publicada no *Boletim da República*, I SÉRIE, Número 163.
- Lei n.º 10/2004, de 25 de Agosto (Antiga Lei da Família), publicada no *Boletim da República*, I SÉRIE, Número 34.
- Lei n.º 22/2019, de 11 de Dezembro de 2019 (Lei da Família vigente), publicada no *Boletim da República*, I SÉRIE, Número 239.
- Lei n.º 23/2019, de 23 de Dezembro de 2019, Lei das Sucessões vigente em Moçambique, publicada no *Boletim da República*, I SÉRIE, Número 247.
- Código Civil de Moçambique, 5.^a Ed., Plural Editores, 2018. Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de Novembro de 1966.
- Lei n.º 12/2018, de 4 de Dezembro- Código de Registo Civil; Disponível em: <https://octalberto.wixsite.com/octalberto/e-o-casamento-como-contrato>.

2.2. Brasileira

- Lei n.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, que aprova o Código Civil vigente no Brasil.

Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70327/C%C3%B3digo%20Civil%202%20ed.pdf>. Acesso em: 15 de Janeiro de 2014, às 13h:20minutos.

3. Jurisprudência brasileira

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29 de Agosto de 2013. Acessível em www.jusbrasil.com, sob o n.º 992.749/RS.

4. Dissertação

- BRAZ, Maria Oliveira da Silva (2019) *O Regime de Bens – Sustentar o Princípio da Imutabilidade ou Inovar para o Princípio da Mutabilidade*, Dissertação (Mestrado), Universidade do Minho.
- COSTA, Simone Oliveira (2018) *A Relevância dos Pactos Sucessórios na Sucessão na Empresa Familiar: O Pacto de Empresa*, Dissertação (Mestrado), Universidade Católica Portuguesa, Porto.
- DA COSTA, Ilton Garcia; MARHEB, Marcos P. dos Santos Bahig (2018) *O regime de separação convencional de bens e a não concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do De Cujus* in Revista de Direito da Família e Sucessão, Salvador.

Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/327265488_O_REGIME_DE_SEPARACA_O_CONVENCIONAL_DE_BENS_E_A_NAO_CONCORRENCIA_DO_CONJUGE_SUPERSTITE_COM_OS_DESCENDENTES_DO_DE_CUJUS. Acesso em: 11 de Fevereiro de 2024, às 09h:45 minutos.

- LEAL, Alice Nóbrega (2014) *A Posição Sucessória do Cônjuge e do Companheiro: Uma Perspectiva Luso-brasileira*, Dissertação (Mestrado), Universidade de Lisboa
- PEREIRA, Margarida Silva; GUERREIRO, Raquel Castro, *Direito da Família* in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

- SOUSA, Sandrina José Figueira (2020) *Estatuto Sucessório do Cônjuge Sobrevivo: Algumas Reflexões Críticas*, Dissertação (Mestrado), Universidade de Lisboa. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/47934/1/ulfd145913_tese.pdf. Acesso em: 16 de Maio de 2024, às 13h:46 minutos.

5. *Sites de Internet*

- https://pt.m.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%A9pio_da_legalidade. Acesso em: 16 de Maio de 2024, às 03h:50 minutos.
- <https://www.inatter.gov.mz/>. Acesso em: 16 de Maio, às 04h: 10 minutos.
- <https://forumulher.org.mz/forum-mulher-promove-reflexao-sobre-o-projecto-de-lei-do-direito-sucessorio-e-da-lei-da-familia/>. Acesso em: 16 de Maio, às 13h:10 minutos.