

Recebido: 28.04.2020  
Aprovado: 29.06.2020

Instituto Politécnico do  
Cávado e do Ave  
Portugal

Volume 1, Número 2,  
Ano 1  
2020

ISSN 2184-7487  
Registado na Biblioteca  
Nacional de  
Portugal

[www.revistaibericadodireito.pt](http://www.revistaibericadodireito.pt)



## Breve comentário à STSJ Galicia 677/2019, de 23 de maio de 2019: ineficácia de disposição testamentária a favor do cônjuge no caso de separação de facto que subsiste no momento da abertura da sucessão. Algumas notas comparativas com o direito Português

*Brief comment to STSJ Galicia 677/2019, of may 23, 2019: Inefficacy of testamentary provision in favor of the spouse in case of separation in fact that subsist at the time of the opening of the succession. Some notes comparative to portuguese law*

Diana Leiras<sup>1</sup>

**Resumo:** Nestas páginas fazemos um breve comentário à Sentença do Tribunal Superior de Justicia de Galicia 677/2019, de 23 de maio de 2019, relativa à declaração de ineficácia da instituição de herdeira universal em favor da esposa com fundamento na separação de facto dos cônjuges no momento da abertura da sucessão sem que tenha existido reconciliação conjugal. Esta sentença julga improcedente o recurso por ser inadmissível a introdução de uma questão nova, mas o Tribunal decidiu responder a essa questão de fundo, a qual consiste em saber se a ineficácia das disposições testamentárias a favor do cônjuge opera ope legis, ou, se tem, como alega a recorrente, de ser completada ou ratificada com a vontade inequívoca do causante de querer tal ineficácia ao tempo do seu falecimento. Com vista a um melhor alcance do objetivo delineado, analisamos o regime previsto no artigo 208 da Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, e a eficácia das disposições testamentárias a favor do cônjuge no caso de restabelecimento da vida conjugal. Apresentamos, ainda, algumas notas comparativas com o regime consagrado no Direito português para a situação paralela, que, todavia, não abrange a separação de facto.

**Palavras-chave:** testamento; separação de facto; ineficácia; reconciliação

**Abstract:** In these pages we make a brief comment to the sentence of the Tribunal Superior de Justicia de Galicia 677/2019, of may 23, 2019, on the declaration of ineffectiveness of the institution of universal heiress in favor of the wife on the grounds of the de facto separation of the spouses at the time of the opening of the succession without marital reconciliation. This decision dismissed the appeal, since the introduction of a new question isn't admissible, but the Court has decided to answer that substantive question, to which consists of whether the ineffectiveness of the testamentary provisions in favor of the spouse operates ope legis, or whether it has, as the applicant claims, to be completed or ratified with the unequivocal will of the deceased to want such ineffectiveness at the time of his death. To better achieve the objective set, we analysed the regime provided for in artigo 208 of Ley 2/2006, of 14 de junio, of Derecho Civil de Galicia, and the effectiveness of the testamentary provisions in favor of the spouse in the case of reestablishment of married life. We present also comparative notes with the regime enshrined in portuguese Law for the parallel situation, which, however, does not cover de facto separation.

**Key words:** testament; de facto separation; ineffectiveness; reconciliation

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela. Docente no Departamento de Direito da Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, Portugal. [dleiras@ipca.pt](mailto:dleiras@ipca.pt)

## 1. Resumo dos factos

O causante outorgou testamento em que instituiu herdeira universal a sua esposa, a qual lhe veio a sobreviver. Após a outorga do testamento, os cônjuges separaram-se de facto, situação que persistia à data do falecimento do testador, o mesmo é dizer no momento da abertura da sucessão. Esta circunstância conduziu à propositura de uma ação judicial pela mãe do causante perante o Juzgado de Primera Instancia número 4 de Lugo, com vista à declaração de ineficácia sobreveniente de disposição testamentária a favor do cônjuge.

A viúva contestou a ação e, por sua vez, solicitou a improcedência integral da mesma com condenação de custas à parte demandante.

## 2. Decisões da primeira instância e da apelação

Em primeira instância, através de sentença de 1 de setembro de 2016, a ação proposta pela mãe do causante contra a viúva deste foi julgada integralmente procedente e declarou a ineficácia da deixa testamentária a favor desta última.

A viúva interpôs recurso dessa sentença perante a *Audiencia Provincial de Lugo*, pedindo a revogação da sentença proferida em primeira instância. A apelante alegou que era casada com o testador e que a relação conjugal que os unia subsistiu até à data do óbito daquele, assim como negou a rutura dessa mesma relação. Nesse sentido, invocou que a decisão de primeira instância não fez uma correta aplicação do artigo 208 da *Ley 2/2006, de Derecho Civil de Galicia* (LDCG).

A Sentença da *Audiencia Provincial de Lugo*, de 31 de outubro de 2018, julgou integralmente improcedente o recuso interposto pela viúva, por considerar provada a separação de facto dos cônjuges no momento da abertura da sucessão, situação que nos termos do artigo 208 LDCG determina a ineficácia das disposições de última vontade a favor do cônjuge salvo se do testamento resultar o contrário.

## 3. Objeto do recurso interposto perante o Tribunal Superior (recurso de casación)

A recorrente alegou a incorreta aplicação do artigo 208 LDCG, mas fê-lo introduzindo uma questão jurídica nova. Isto, em desobediência ao disposto no artigo 477.1 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, que dispõe que o recurso só pode ter como fundamento a infração de normas aplicáveis para resolver as questões objeto do processo. Esta regra processual determinou de per si a inadmissibilidade do recurso (Fundamento de Direito primeiro). Porém, o Tribunal Superior decidiu responder à questão prejudicial que foi introduzida ex novo, assinalando que o recurso seria julgado improcedente ainda que não se tivesse incorrido na referida irregularidade processual (Fundamento de Direito segundo).

Essa questão consiste em saber se, como a recorrente afirma, a ineficácia superveniente das disposições testamentárias a favor do cônjuge não opera ope legis, tendo de ser completada ou ratificada com a vontade inequívoca do causante de

querer tal ineficácia ao tempo do seu falecimento.

#### 4. A Doutrina do Tribunal Superior

O motivo de recurso invocado não é acolhido pelo Tribunal Superior, que considera que a ineficácia superveniente das disposições testamentárias a favor do cônjuge opera *ope legis*, em concreto por força do artigo 208 LDCG.

Na argumentação da sua posição, o Tribunal começa por aludir às circunstâncias que caracterizam o caso em análise, e que se encontram provadas na primeira instância:

*“1ª. Don Carlos Jesús contrajo matrimonio con doña Penélope el 3 de julio de 2004.*

*2ª. El 6 de agosto de 2010 don Carlos Jesús otorgó testamento abierto notarial, en cuyas dos primeras cláusulas se hace constar que “está casado en únicas nupcias con doña Penélope (...), y no tiene descendientes” (cláusula primera), así como que, para el caso de que a su fallecimiento no deje descendientes, “instituye y nombra universal heredera a su citada esposa y la substituye vulgarmente por su madre, doña Rosa (...)” (cláusula segunda).*

*3ª. En el año 2012 los cónyuges se separaron de hecho y don Carlos Jesús se trasladó a vivir a casa de su madre, llevándose todas sus pertenencias.*

*4ª. En el año 2013 don Carlos Jesús comenzó una relación sentimental con doña Caridad, habiendo alquilado ambos un piso con la duración de un año prorrogable. Dicha relación era conocida por todos, incluso por la familia y por doña Penélope”.*

*5ª. Fracasada la relación con doña Caridad, don Carlos Jesús regresó a casa de su madre.*

*6ª. En el mes de mayo de 2014, don Carlos Jesús ingresó en un centro de rehabilitación, y poco después de salir del mismo, tras haber permanecido aproximadamente mes y medio, comenzó una relación sentimental con doña Florinda, quien fue su pareja estable desde agosto de 2014 hasta su fallecimiento el 15 de junio de 2015. Toda la familia conocía a doña Florinda, quien asistió al velorio de don Carlos Jesús en su condición de pareja.*

*7ª. Don Carlos Jesús falleció sin descendientes y bajo el antes mencionado testamento abierto notarial”.*

Quanto à questão prejudicial em si mesma, o Tribunal argumenta que o testamento é ineficaz por posterior separação de facto entre os cônjuges, que persiste no momento do falecimento do testador, sem que do testamento resulte que a sua outorga teve lugar estando já os cônjuges em tal condição. O Tribunal assinala que *“esto es así porque para el legislador gallego la ineficacia de la disposición testamentaria a favor del cónyuge del artículo 208 LDCG/2006 tiene lugar ope legis o por ministerio de la ley en el caso – entre otros – de que al fallecer el testador los consortes se hallasen separados de hecho «salvo que del testamento resulte otra cosa”, esto es, del testamento y no de cualquier conducta ulterior y ajena al mismo, excepción hecha de la reconciliación conyugal, como es lógico”*. O Tribunal entende, pois, que a ineficácia da disposição testamentária resulta diretamente do artigo 208 LDCG, não

sendo exigida ou requerida qualquer declaração de vontade do causante que a complete ou ratifique. O Tribunal não nega o caráter dispositivo do aludido artigo, mas só admite a eficácia da disposição testamentária quando seja possível inferir do próprio testamento a intenção do testador em favor do seu cônjuge com indiferença da sua condição de tal, bem como de uma posterior situação de crise conjugal<sup>2</sup>.

A argumentação do Tribunal assenta ainda na comparação da solução prevista no artigo 208 LDCG com a solução consagrada no artigo 422-13 do Livro Quarto do Código Civil de Catalunha relativo às Sucessões, que também consagra situações de ineficácia superveniente, e estabelece de modo objetivo os casos de aplicação da norma, *rectius* situações de crise conjugal ou de convivência, para determinar com base nelas a eficácia das disposições a favor do cônjuge.

A argumentação do Tribunal inclui ainda a referência a algumas decisões do Tribunal Supremo no âmbito do Direito Civil comum ou estatal (SSTS 531 e 532/2018, de 26 e 28 de setembro), em que não existe uma norma análoga aos aludidos artigos da LDCG e Livro Quarto do Código Civil de Catalunha. Tais sentenças assumem como suficiente que a disposição testamentária seja efetuada a favor de cônjuge (ou convivente) para se entender que a qualidade de tal foi causa, ou motivo, da mesma, determinando a ineficácia da disposição testamentária por aplicação do artigo 767/1.º Código Civil<sup>3</sup>.

---

2 Esta foi também a posição seguida pelo mesmo Tribunal num caso similar, tal como resulta da argumentação apresentada: “(ya en la STSJG 31/2012, de 4 de septiembre, pusimos de manifiesto que el artículo 208 LDCG/2006 es «una norma dispositiva de carácter general, residual, que se refiere a la ineficacia sobrevenida de las disposiciones de última voluntad en favor del cónyuge viudo en el sentido de que, salvo que sea otra la voluntad del testador, las establecidas no surtirán efecto, entre otros, en los casos de separación de hecho subsistente en el momento de fallecer el causante»)”.

3 O artigo 767/1.º do Código Civil dispõe o seguinte: “La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario, será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa”. Esta posição é seguida por Gómez Calle, para quem “en línea con un sector de la doctrina, cuando pueda demostrarse que el testador dispuso de cierta forma determinado por una concreta presuposición acerca del futuro, y que no habría hecho así de haber sabido al tiempo de testar como se desarrollarían realmente los acontecimientos, debería aplicarse el artículo 767.1 CC para justificar la invalidez de dicha disposición, por desaparición sobrevenida de su causa”. Cfr. Código Civil comentado (Cañizares Laso, A. e outros, Dirs.), vol. II, 2.ª ed., Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2016, p. 673. Vid. da mesma autora, El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento, Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2007, pp. 27 e ss. No entendimento de que o artigo 767.º Código Civil foi pensado exclusivamente para a situação em que a causa é falsa no momento da disposição, o que não sucede em relação a circunstâncias supervenientes à outorga das disposições testamentárias, e que a indicação no testamento de que o beneficiário é cônjuge do testador constitui um elemento de identificação da pessoa em causa, não pretendendo significar que era vontade do testador que a disposição só produzisse efeitos se à data do seu falecimento o beneficiário mantivesse a condição de seu cônjuge, cfr. Domínguez, César Manuel Fernández-Casqueiro, in Derecho de Sucesiones y régimen económico familiar de Galicia, Comentarios a los Títulos IX y X de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, y a la Ley 10/2007, de 28 de junio (Cora Gerreiro, J. M. e outros, Coords.), vol. I, Madrid, Colegio Notarial de Galicia – Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 2007, p. 323; e Soto, José Luis Espinosa de, in Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio (Rebolledo Varela, Á. L., Coord.), Cizur menor, Thomson-Aranzadi, 2008, p. 901. É esta a orientação seguida na RDGRN de 26 de fevereiro de 2003, que num caso em que a esposa foi instituída herdeira testamentária pelo esposo e os cônjuges se encontram divorciados à data da morte do cônjuge testador, decide que “el hecho de que en la disposición testamentaria se identifique al beneficiario por su relación de cónyuge del testador, después de haber expresado su identidad, no permite concluir que haya una clara expresión del motivo de la institución, pues bien pudiera entenderse la expresión de aquella relación como un elemento simplemente identificativo, lo que impediría aplicar el artículo 767 del Código Civil” (BOE n.º 85, de 9 abril de 2003).

#### 4.1 Algumas notas sobre o conceito de separação de facto

A separação de facto tem lugar quando os cônjuges vivem separados sem oficializar a situação<sup>4</sup>: para a ordem jurídica, a relação de convivência e de afetos entre os cônjuges mantém-se, assim como subsistem os deveres conjugais (arts. 67 e 68 Código Civil). Tratando-se de uma separação puramente fáctica, nela reveste especial importância o dever de coabitação, que é até objeto de uma presunção legal (“se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos”, cfr. artigo 69)<sup>5</sup>.

Não existe separação de facto quando a vivência conjugal cessa durante certo tempo por razões alheias à vontade dos cônjuges, mas tão só quando ocorre por vontade destes<sup>6</sup>. Dito de outro modo, não se considera que os cônjuges estão separados de facto se existe entre eles um mero distanciamento físico motivado, por exemplo, por razões laborais ou profissionais<sup>7</sup>. Sob outro prisma, a interrupção da vida conjugal não implica que os cônjuges deixem de viver no mesmo domicílio, desde logo porque ambos podem carecer de habitação<sup>8</sup>. O anterior artigo 87 Código Civil, revogado pela Ley 15/2005, que suprimiu as causas de separação ou divórcio, entre elas a cessação da vivência conjugal, estabelecia o seguinte: “*el cese efectivo de la convivencia conyugal, a que se refieren los artículos 82 y 86 de este Código, es compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así sea acreditado por cualquier medio admitido en derecho en el proceso de separación o de divorcio correspondiente*”; e, ainda, que “*la interrupción de la convivencia no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga*”.

Face ao exposto, embora por norma seja necessária a reunião cumulativa de dois requisitos para se poder considerar que os cônjuges estão separados de facto – um, objetivo, que corresponde à cessação da vivência dos cônjuges sob o mesmo teto; e outro, subjetivo (*animus*), que traduz o desejo dos cônjuges de não restabelecerem a vida matrimonial –, dada a flexibilidade que o primeiro requisito pode assumir, o único elemento decisivo é este último, o qual se traduz na quebra da *affectio maritalis*<sup>9</sup>.

4 Mora, María Carmen Crespo, “Algunos aspectos de la legítima del cónyuge viudo separado de hecho. Perspectivas de futuro”, in Boletín de La Facultad de Derecho, n.º 27, 2005, pp. 159-160.

5 Esta presunção cessa uma vez admitida a ação de nulidade, separação ou divórcio (artigo 102 Código Civil). Nos termos do artigo 105 Código Civil, “no incumple el deber de convivencia el cónyuge que sale del domicilio conyugal por una causa razonable y en el plazo de treinta días presenta la demanda o solicitud” (de nulidade, separação ou divórcio).

6 ALLUÉ, FERNANDO CRESPO, “COMENTARIOS DEL NUEVO ARTÍCULO 834 DEL CÓDIGO CIVIL”, in COMENTARIOS A LA REFORMA DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO (GUILARTE GUTIÉRREZ, V. DIR.), VALLADOLID, LEX NOVA, 2005, p. 249.

7 Balmaseda, María Ángeles Egusquiza, Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2003, p. 64.

8 Tal como escreve Nieto Alonso, “piénsese en épocas de crisis económica y el difícil acceso a la vivienda que, de forma inexorable, propician la convivencia en el mismo domicilio, aun faltando el necesario afecto marital para resultar beneficiario de los sus dichos derechos sucesorios”. Cfr. “La legítima del cónyuge viudo”, in Tratado de legítimas (Torres García, T. F., Coord.), Barcelona, Atelier, 2012, p. 242, nota 195.

9 DOMÍNGUEZ, CÉSAR MANUEL FERNÁNDEZ-CASQUEIRO, OP. CIT., p. 328. COMO DIZ RAGEL SÁNCHEZ “aunque es muy difícil de probar, puede existir separación de hecho en aquellos casos en que los cónyuges siguen viviendo bajo el mismo techo pero han cortado por completo sus relaciones conyugales”. CFR. LAS MODIFICACIONES AL CÓDIGO CIVIL DEL AÑO 2015 (BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., COORD.), VALENCIA, TIRANT LO BLANCH, 2016, p. 855.



Se os cônjuges continuaram a viver no mesmo domicílio, é difícil a prova de uma autêntica separação de facto, tendo em conta que está em causa uma situação de âmbito interno da família, difícil de comprovar no exterior. Por seu turno, a prova está facilitada se os cônjuges outorgaram *capitulaciones matrimoniales* para substituir o regime da *sociedad de gananciales* pelo regime da separação de bens, desde que tenham feito constar do documento a situação de separação de facto<sup>10</sup>, ou se celebraram um convénio regulador de divórcio por mútuo acordo (v.g. a SAP de Palencia, 19 de outubro de 2015<sup>11</sup>). Também a circunstância de à data da abertura da sucessão estar pendente ação destinada a declarar a nulidade do casamento, a separação ou divórcio se apresenta como elemento concludente da separação de facto: a propositura de tal ação produz os efeitos de permitir aos cônjuges viver separados e da cessação da presunção de coabitação prevista no artigo 69 Código Civil (artigo 102/1.º Código Civil)<sup>12</sup>.

É essencial também distinguir uma separação em que há intenção de um ou de ambos os cônjuges em fazer cessar definitivamente a comunhão de vida conjugal daquela em que um ou ambos os cônjuges apenas pretendem um tempo para refletir sobre se desejam ou não continuar juntos. Nesta última hipótese, não há uma verdadeira separação de facto para os efeitos que lei prevê, tal como a ineficácia das disposições testamentárias a favor do cônjuge. Em tal caso, a decisão de não restabelecer a vida em comum não estava tomada, e podia nem sequer chegar a sê-lo<sup>13</sup>.

Naturalmente que o facto de um dos cônjuges se encontrar (ou até ambos) a viver em união de facto com outra pessoa constitui forte indício de não há da sua parte intenção de retomar a vida conjugal. Neste sentido, pronuncia-se a já aludida SAP de Palencia, de 19 de outubro de 2015, que declara a existência de uma separação de facto à data do falecimento do esposo com base em diversos dados concludentes, entre os quais o de o cônjuge defunto se encontrar à data da abertura da sucessão a viver com outra mulher<sup>14</sup>. Outro exemplo é a SAP de Ciudad Real, de 10 abril de 2017<sup>15</sup>, que considera que os cônjuges estavam separados de facto, atendendo ao

10 Segundo Crespo Mora “lo normal es que los cónyuges otorguen capitulaciones sustituyendo el régimen de gananciales por otro régimen económico que encaje mejor en la situación de crisis matrimonial que están atravesando: esto es, el régimen de separación de bienes” (“La titularidad de los bienes y derechos adquiridos durante la separación de hecho en el régimen de gananciales”, in RJUAM, n.o 11, 2004, p. 49).

11 (Id Cendoj: 34120370012015100277).

12 A produção desses efeitos pode ser requerida pelo cônjuge que se proponha a demandar a nulidade, separação ou divórcio do seu casamento, mas a ação tem de ser proposta no prazo de trinta dias a contar da data em que esses efeitos foram adotados (artigo 104 Código Civil).

13Herrero, María Teresa Carrancho, in Código Civil comentado (Cañizares Laso, A. e outros, Dirs.), vol. II, 2.ª ed., Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2016, p. 934. Neste sentido, veja-se a SAP de A Coruña, de 16 de março de 2010 que decide que ao tempo do falecimento não existia separação de facto entre os cônjuges (que alegadamente durava há cinco meses), com fundamento de que estes apenas atravessavam nesse momento uma mera crise conjugal (não foi possível provar uma verdadeira separação ou cessação efetiva da vida em comum entre os cônjuges). De acordo com a sentença, “la experiencia demuestra que no pocas personas arrastran crisis matrimoniales durante mucho tiempo, incluso reiterando que ya no aguantan más y que van a separarse o a divorciarse, pero esto no significa que lo hagan, ya por la esperanza de un futuro arreglo, ya por indecisión, o por otros motivos personales” (Id Cendoj: 15030370042010100137).

14 Os outros dados concludentes da separação de facto invocados nesta sentença são: domicílios distintos (contratos de água, seguros...), e diferentes moradas registadas (empadronamientos); independência económica dos cônjuges; e os cônjuges terem assinado uma convenção de mútuo acordo que confirma a separação de facto existente antes do falecimento.

15 (Id Cendoj: 13034370022017100156).

conteúdo do testamento do de cuius, do qual constam disposições a favor de outra mulher (a sua nova companheira sentimental), e ainda, pela prova testemunhal que evidencia a falta de contacto entre os cônjuges ao ponto que a viúva não tinha conhecimento da “grave enfermedad y fallecimiento de aquél”.

#### 4.2 A solução consagrada no artigo 208 LDCG

Segundo o artigo 208 LDCG, “*salvo que del testamento resulte otra cosa, las disposiciones a favor del cónyuge no producirán efecto si al fallecer el testador estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o separación, o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin. Tampoco producirán efecto en los casos de separación de hecho entre los cónyuges*”.

Esta norma evidencia a intenção do legislador galego em atender àquela que seria a vontade do testador, já que consagra a ineficácia das disposições testamentárias a favor do cônjuge no caso de posterior crise matrimonial, salvo se do testamento resultar outra coisa<sup>16</sup>.

Desta forma, à luz da LDCG as disposições testamentárias a favor do cônjuge são feitas na condição de tal e enquanto o seja, e subsista a vida em comum do casal, a não ser que do próprio testamento seja possível concluir que o testador teria feito a disposição mesmo considerando uma futura crise matrimonial.

Com efeito, a disposição testamentária não se torna ineficaz se do testamento resultar uma vontade do testador em sentido oposto, a qual prevalece em todo o caso, tal como o legislador teve o cuidado de esclarecer ao indicar no início da norma “*salvo que del testamento resulte otra cosa*”<sup>17</sup>. Como diz ESPINOSA DE SOTO, “*QUE SE HAYA APROBADO UNA REGULACIÓN PENSADA EN LO QUE SUCEDE EN LA MAYORIA DE LOS CASOS NO EVITA QUE SIEMPRE SEA NECESARIA UNA ADECUADA LABOR DE INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO A LA LUZ DEL PRINCIPIO GENERAL DE QUE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR ES LA LEY DE LA SUCESIÓN*”. FORA DESSE CASO, A INEFICÁCIA NÃO ATUA SE AS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS FORAM OUTORGADAS DEPOIS DE O CASAMENTO TER SIDO DECLARADO NULO, DO DIVÓRCIO OU DE OS CÔNJUGES SE TEREM SEPARADO LEGALMENTE OU DE FACTO, OU, AINDA, DEPOIS DE PROPOSTA AÇÃO TENDO EM VISTA A DECLARAÇÃO DE NULIDADE, O DIVÓRCIO OU A SEPARAÇÃO LEGAL; NESSES CASOS É POSSÍVEL CONCLUIR QUE O TESTADOR DESEJAVA A EFICÁCIA DA DISPOSIÇÃO. O MESMO ACONTECE NOS CASOS DE SEPARAÇÃO E POSTERIOR RECONCILIAÇÃO OU DIVÓRCIO E NOVO CASAMENTO SE O TESTADOR NÃO REVOGOU AS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS<sup>18</sup>.

#### 4.3 Disposições testamentárias a favor do cônjuge no caso de reconciliação

16 O mesmo acontece no âmbito da instituição voluntária do cônjuge no usufruto da herança (em testamento ou escritura pública) através da qual o usufruto legitimário viual pode estender-se a toda a herança, a qual fica sem efeito não só nos casos de declaração de indignidade ou deserdação justa do cônjuge usufrutuário, como também de declaração de nulidade do casamento, divórcio e separação legal ou de facto (artigo 230/1 LDCG).

17 Domínguez, César Manuel Fernández-Casqueiro, op. cit., p. 326. O autor evidencia que o artigo 208 LDCG também é aplicável às disposições correspondentes entre cônjuges contidas em testamento mancomunado provocando, assim, a ineficácia das restantes disposições reciprocamente condicionadas (op. cit., p. 329).

18 Soto, José Luis Espinosa, op. cit., pp. 902-903.

As relações conjugais estão profundamente suscetíveis à mudança, sendo possível que os cônjuges separados restabeçam a vida conjugal quando seja essa a vontade de ambos (decisão bilateral)<sup>19</sup>. Como diz Fernández González-Regueral, “*la reconciliación entre los cónyuges se traduce en una vuelta a la vida en común, restableciéndose los lazos afectivos y de amistad entre los esposos. La reconciliación, en definitiva, hace cesar el status, legal o de hecho, de cónyuges separados*”<sup>20</sup>. Assim, uma verdadeira reconciliação conjugal pressupõe a verificação de dois elementos, um objetivo que corresponde ao restabelecimento da vida em comum, e um subjetivo que corresponde à intenção dos cônjuges de cessar a situação de separação e restabelecer a normalidade nas relações conjugais<sup>21</sup>. Não é, pois, suficiente que os cônjuges residam no mesmo domicílio (por razões de necessidade, por interesse dos filhos ou por uma mera tentativa de reconciliação), assim como não obsta à reconciliação a circunstância de aqueles terem domicílios diferentes. Isto vai de encontro com o que dispunha o anterior artigo 87.º Código Civil<sup>22</sup>.

A doutrina distingue a reconciliação efetiva da tentativa de reconciliação, que nos termos do aludido preceito era compatível com a cessação efetiva da vida conjugal. Sustenta que na primeira os cônjuges assumem a totalidade das obrigações e deveres conjugais (arts. 66, 67 e 69 Código Civil), enquanto na segunda isso não acontece (por exemplo, os cônjuges voltam a viver juntos, mas não mantêm relações sexuais ou não respeitam o dever de fidelidade), estando os cônjuges a viver um período de reflexão que pode ou não terminar em reconciliação<sup>23</sup>. Neste sentido, a STSJ Cataluña, de 7 de setembro de 2009<sup>24</sup> declara que “*la reconciliación supone, pues, – y en eso debe distinguirse de los intentos de reconciliación – una reanudación estable y continuada de la convivencia con la finalidad de cesar la situación y los efectos derivados de la anterior separación matrimonial*”.

Face ao exposto, se os cônjuges se separaram, mas no momento em que um deles falece estão reconciliados, subsistindo a vida conjugal, não opera a ineficácia das disposições testamentárias a favor do cônjuge *ex vi* artigo 208 LDCG: a efetiva reconciliação determina a cessação dos efeitos que *ex lege* decorrem da separação de facto<sup>25</sup>. Como é lógico, a reconciliação dos cônjuges separados apenas de facto

19 Tomé, Herminia Campuzano e González, Julio Carbajo, “Reflexiones en torno a la reconciliación de los cónyuges”, in *La Ley*, n.o 2, 1985, p. 1173.

20 González-Regueral, María Ángeles Fernández, *Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en la nulidad, la separación y el divorcio*, t. V, Derecho de Sucesiones, Madrid, Dykinson, 2006, p. 226. Em sentido similar, Pérez Rúa refere que a reconciliação configura um negócio jurídico de Direito da Família pelo qual os cônjuges, livremente e de forma voluntária, fazem cessar a situação jurídica de separação e retomam a comunhão de vida. Cfr. *La reconciliación matrimonial*, Almería, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, 1999, p. 32.

21 Penadés, Javier Plaza, *Derechos sucesorios del cónyuge viudo separado de hecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 38.

22 Vid. González-Regueral, María Ángeles Fernández, op. cit., p. 229, nota 388, e p. 231.

23 Tomé, Herminia Campuzano, *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, Bosch, Barcelona, 1986, p. 245.

24 (Id Cendoj: 08019310012009100049).

25 Barea, Margarita Castilla, “Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio”, in *Tratado de Derecho de Familia* (Isquierdo Tolsada, M. e Cuenca Casas, M., Coords.), vol. II, Madrid, Aranzad, 2011, p. 215.



não exige a observância de qualquer formalidade<sup>26</sup>.

## 5. Algumas notas comparativas com o Direito português

No Direito português a separação de facto não é equiparada para efeitos sucessórios à separação legal – separação de pessoas e bens - ao contrário do que sucede no Direito galego, e também no Direito Civil comum espanhol em que a separação de facto exclui os direitos legitimários e *ab intestato* do cônjuge viúvo (arts. 238 LDCG, e 834 e 945 **Código Civil espanhol**)<sup>27</sup>. O n.º 3 do artigo 2133 **Código Civil português** indica apenas o divórcio e a separação de pessoas e bens como causas de exclusão do chamamento legal (legitimário e legítimo) do cônjuge viúvo, não sendo atribuído o mesmo efeito à separação de facto nem nesta norma nem em qualquer outra<sup>28</sup>. Por isso, as notas comparativas que agora se escrevem **não** respeitam especificamente **à separação de facto**, sendo relativas à incidência das crises matrimoniais sobre as disposições testamentárias a favor do cônjuge em geral.

O artigo 2317 Código Civil português contém uma enumeração, **não taxativa**, de casos de caducidade das disposições testamentárias, respeitando a alínea d) desse artigo à matéria em análise. Esta norma determina a caducidade das disposições testamentárias “se o chamado à sucessão era cônjuge do testador e à data da morte deste se encontravam divorciados ou separados judicialmente de pessoas e bens ou o casamento tenha sido declarado nulo ou anulado, por sentença já transitada em julgado ou que venha a transitar em julgado, ou se vier a ser proferida, posteriormente àquela data, sentença de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento”. Observa-se, assim, que o legislador português considera que não era vontade do testador, em face da variação das circunstâncias existentes no momento da outorga do testamento – nulidade ou anulação do casamento, divórcio, ou separação de pessoas e bens<sup>29</sup> –, que as disposições que estipulou em benefício do seu cônjuge sejam cumpridas.

Na verdade, a caducidade das disposições testamentárias a favor do cônjuge no caso de divórcio ou de separação de pessoas e bens já resulta do artigo 1791 Código Civil português, na parte em que este preceito determina como efeito daquelas crises matrimoniais que cada um dos cônjuges perde o que haja de receber

26 Isto ao invés do que sucede no caso de separação legal, em que a reconciliação, para produzir os seus efeitos, tem de ser comunicada pelos cônjuges (separadamente) ao operador jurídico que conheceu a separação (artigo 84 Código Civil). O artigo 835 Código Civil faz depender a atribuição da legítima ao cônjuge viúvo da realização dessa comunicação.

27 O artigo 945 do Código Civil é aplicável na sucessão *ab intestato* ex vi do artigo 267 LDCG.

28 Esta norma respeita à sucessão *ab intestato* (ou sucessão legítima) mas por força da remissão presente no artigo 2157 in fine Código Civil é também aplicável na sucessão legitimária.

29 As decisões proferidas pelo conservador do registo civil no divórcio ou separação de pessoas e bens por mútuo consentimento produzem os mesmos efeitos que uma sentença judicial sobre idêntica matéria (arts. 1776/3 e 1794 Código Civil português).

do outro cônjuge, em consideração do estado de casado<sup>30</sup>. Deste modo, no Direito português, ainda que o testador não tenha revogado a disposição testamentária a favor do cônjuge no caso de posterior crise matrimonial, a disposição não produz os seus efeitos: considera-se que o testador dito “comum” não pretendia beneficiar quem deixou de ser seu cônjuge ou continuou a sê-lo, mas sem que com ele vivesse maritalmente. Como sublinha Capelo de Sousa, esta causa de caducidade das disposições testamentárias assenta na vontade presumível do testador e em razões de moral social<sup>31</sup>.

No que respeita à separação de facto é conveniente reiterar que este tipo de separação está presente no artigo 208 LDCG a par da nulidade do casamento, do divórcio e da separação legal, mas não no artigo 2317, alínea d) Código Civil português porque no ordenamento jurídico português apenas a separação que é comunicada ao operador jurídico (a separação de pessoas e bens) assume relevância sucessória.

Posto isto, é visível que a opção legislativa portuguesa coincide no essencial com a galega. Ambas configuram a existência do casamento e a normalidade da relação conjugal não só à data da outorga do testamento mas também à data em que se abre a sucessão do cônjuge testador como pressuposto da eficácia das disposições testamentárias feitas a favor do cônjuge, muito embora a primeira se refira a caducidade e a segunda a ineficácia. Na verdade, esta distinção é mais nominal do que de fundo, já que em qualquer caso se impede por força da lei a produção dos efeitos da disposição testamentária.

O artigo 2317, alínea d) Código Civil português, ao contrário do artigo 208 LDCG, não ressalva a hipótese de ser possível concluir do conteúdo do testamento que o testador pretendia manter as disposições testamentárias, não obstante a eventual posterior declaração de nulidade ou anulação do casamento, divórcio ou separação de pessoas e bens. Apesar disso, uma vez que a tarefa de interpretação do testamento assenta no princípio do *favor testamenti* (os atos testamentários devem corresponder à vontade real do testador)<sup>32</sup>, a vontade do testador em conformidade com o texto do testamento tem de ser apurada em qualquer caso (artigo 2187 Código Civil português)<sup>33</sup>. Ou seja, ainda que esteja prevista a caducidade das disposições testamentárias a favor do cônjuge do testador nos casos de posterior crise matrimonial, não está vedada a possibilidade de ser extraída do testamento a vontade real ou psicológica do testador em sentido diverso<sup>34</sup>.

30 Nos termos do artigo 1791 Código Civil português na redação anterior à Lei 61/2008, a caducidade só operava quando o cônjuge beneficiado tivesse sido declarado pelo tribunal como culpado do divórcio ou separação. Apesar de o artigo 2317, al. d) na altura não atribuir qualquer relevância à culpa (a sua redação correspondia à atual) tinha de ser interpretado com atenção à declaração de culpa constante da sentença de divórcio ou separação de pessoas e bens. Vid. neste sentido, o Acórdão do STJ de 7 de dezembro de 1994, proc. n.º 086057 (Relator: Torres Paulo), disponível in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

31 Sousa, Rabindranath Capelo de., *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.a ed., Coimbra, Editora, 2012, p. 234.

32 Fernandes, Luís A. Carvalho, *Lições de Direito das Sucessões*, 4.a ed., Lisboa, Quid Iuris, 2012, pp. 531-532.

33 Sousa, Rabindranath Capelo de, op. cit., p. 196. Para desenvolvimentos sobre a interpretação do testamento no ordenamento jurídico português vid. op. cit., pp. 196-200.

34 Nos termos do artigo 2187/2 Código Civil português, “é admitida prova complementar, mas não surtirá qualquer efeito a vontade do testador que não tenha no contexto um mínimo de correspondência, ainda que imperfeitamente expressa”.

## 6. Considerações finais

A questão apreciada pelo *Tribunal Superior de Justicia de Galicia* assume contornos muito interessantes pela relevância inegável das disposições de última vontade do causante e pelo constante assombramento dos casamentos pelas crises conjugais.

No caso concreto a decisão de primeira instância, confirmada pelas instâncias subsequentes, dando razão à parte demandante, deu como provada a separação de facto entre os cônjuges, assim como a sua persistência no momento da abertura da sucessão, e, por conseguinte, declarou ineficaz o testamento a favor do cônjuge (parte demandada). Tal decisão fundamentou-se na aplicação do artigo 208 LDCG que determina a ineficácia das disposições testamentárias a favor do cônjuge em tal caso e noutros de rutura da vida conjugal (declaração de nulidade do casamento, divórcio e separação legal, mesmo que no momento da abertura da sucessão ainda se encontrem pendentes os procedimentos dirigidos a esse fim).

A prova existente nos autos quanto à persistência da separação de facto no momento do falecimento do testador levou a parte demandante a invocar perante o Tribunal Superior que a disposição testamentária outorgada a seu favor pelo seu falecido marido só seria ineficaz se este tivesse declarado de forma inequívoca que pretendia tal ineficácia ao tempo do seu falecimento. A decisão do Tribunal Superior não podia ser outra que a de rejeitar essa posição, na medida em que o artigo 208 LDCG é expresso quanto à ineficácia das disposições testamentárias a favor do cônjuge no caso em que os cônjuges se encontravam separados de facto no momento da abertura da sucessão. A única ressalva que é feita neste artigo respeita à vontade do testador em sentido contrário, dedutível do próprio testamento, o que é óbvio, uma vez que o efeito em causa está instituído em função da vontade presumível do causante.

A solução legal, com algumas variantes, coincide com a que resulta do Código Civil português, embora neste último diploma legal a separação de facto não assuma relevância sucessória inclusive para o efeito aqui em causa. Os legisladores galego e português partilham o entendimento de que é presumível o desaparecimento da vontade do causante em favorecer quem tem a condição de seu cônjuge e convive maritalmente caso posteriormente cesse a comunhão de vida, sendo com base nessa presunção que determinam a perda de eficácia das disposições testamentárias a favor do cônjuge no caso em que os cônjuges não se encontrem reconciliados no momento da abertura da sucessão.

## 7. Referências bibliográficas

Allué, Fernando Crespo, “Comentarios del nuevo artículo 834 del Código Civil”, in *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio: Ley 15/2005, de 8 de julio* (Guilarte Gutiérrez, V. Dir.), Valladolid, Lex Nova, 2005.

Alonso, Antonia Nieto, “La legítima del cónyuge viudo”, in *Tratado de legítimas* (Torres García, T. F., Coord.), Barcelona, Atelier, 2012.

Balmaseda, María Ángeles Egusquiza, *Sucesión legal y voluntaria del cónyuge en las crisis matrimoniales*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2003.

Barea, Margarita Castilla, “Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio”, in Tratado de Derecho de Familia (Isquierdo Tolsada, M. e Cuenca Casas, M., Coords.), vol. II, Madrid, Aranzad, 2011.

Calle, María Esther Gómez,

Código Civil comentado (Cañizares Laso, A. e outros, Dirs.), vol. II, 2.<sup>a</sup> ed., Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2016.

- El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento, Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2007.

Domínguez, César Manuel Fernández-Casqueiro, in Derecho de Sucesiones y régimen económico familiar de Galicia, Comentarios a los Títulos IX y X de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, y a la Ley 10/2007, de 28 de junio (Cora Gerreiro, J. M. e outros, Coords.), vol. I, Madrid, Colegio Notarial de Galicia – Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado, 2007.

Fernandes, Luís A. Carvalho, Lições de Direito das Sucessões, 4.<sup>a</sup> ed., Lisboa, Quid Iuris, 2012.

González-Regueral, María Ángeles Fernández, Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en la nulidad, la separación y el divorcio, t. V, Derecho de Sucesiones, Madrid, Dykinson, 2006.

Herrero, María Teresa Carrancho, in Código Civil comentado (Cañizares Laso, A. e outros, Dirs.), vol. II, 2.<sup>a</sup> ed., Navarra, Civitas-Thomson Reuters, 2016.

Mora, María Carmen Crespo,

- “Algunos aspectos de la legítima del cónyuge viudo separado de hecho. Perspectivas de futuro”, in Boletín de La Facultad de Derecho, n.º 27, 2005.

- “La titularidad de los bienes y derechos adquiridos durante la separación de hecho en el régimen de gananciales”, in RJUAM, n.º 11, 2004.

Penadés, Javier Plaza, Derechos sucesorios del cónyuge viudo separado de hecho, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

Rúa, María José Pérez, La reconciliación matrimonial, Almería, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, 1999.

Sánchez, Luis Felipe Ragel, in Las modificaciones al Código Civil del año 2015 (Bércovitz Rodríguez-Cano, R., Coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

Soto, José Luis Espinosa de, in Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia, Ley 2/2006, de 14 de junio (Rebolledo Varela, Á. L., Coord.), Cizur menor, Thomson-Aranzadi, 2008.

Sousa, Rabindranath Capelo de, Lições de Direito das Sucessões, vol. I, 4.a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012.w

Tomé, Herminia Campuzano e González, Julio Carbajo, “Reflexiones en torno a la reconciliación de los cónyuges”, in La Ley, n.º 2, 1985.

Tomé, Herminia Campuzano, La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento, Bosch, Barcelona, 1986.