

A SUCCESSÃO DOS FILHOS ILLEGITIMOS

(Codigo Civil, artt. 1989 a 1992)

DISSERTAÇÃO DE CONCURSO

A UMA DAS SUBSTITUIÇÕES DA FACULDADE DE DIREITO
NA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

PELO

Dr. José Pereira de Paiva Pitta

COIMBRA

Imprensa da Universidade

1874

PROLOGO

Tendo requerido a nossa admissão ao concurso publico, declarado aberto pelo edital de 14 de janeiro do corrente anno, publicado no *Diario do Governo*, n.º 17, de 23 do dicto mez, para o provimento de um logar de substituto na faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e julgando-nos o illustrado jury da mesma faculdade habilitado para sermos admittido ás provas do concurso, designadas no artigo 11 do regulamento de 22 de agosto de 1865, cumpre-nos, portanto, satisfazer ás dictas provas; e como, nos termos do citado artigo 11, a segunda d'ellas consiste em uma Dissertação impressa sobre materia por nós livremente escolhida dentre as questões mais importantes das sciencias que fazem parte da faculdade que nos propomos professar; por isso, emprehendemos a presente publicação, escolhendo para objecto d'ella a materia da *Successão dos filhos illegitimos*.

E como a liberdade da escolha, com quanto

adscripta ás questões mais importantes, se estende, todavia, ás diversas sciencias que formam o quadro da referida faculdade, sendo a sciencia do Direito civil uma das suas mais vastas repartições, é evidente que, emprestando-lhe a materia d'este trabalho, não transcendemos a esphera da lei.

Usando, pois, da liberdade que a lei nos confere, procurámos no direito civil o assumpto d'este exercicio; não porque tenhamos em menos preço as demais sciencias que constituem o quadro da respectiva faculdade; mas porque, tendo-se operado ultimamente, pela promulgação do Código Civil, uma reforma tão larga e profunda, como util e desejada, no direito civil portuguez, faz-se mister ajuntar ao estudo e conhecimento das disposições antigas o das novas medidas, introduzidas pelo dicto Código, já mostrando a natureza das modificações por elle feitas, já demonstrando a justiça e utilidade das mesmas. Assim é que a publicação das leis novas provoca ordinariamente serios e profundos trabalhos juridicos da parte dos juriscultos; seja sobre o indispensavel conhecimento das novas regras de direito; seja sobre a interpretação e intelligencia das que offerecem alguma obscuridade; seja sobre a conciliação das antinomias reaes ou apparentes que se encontram, quer

entre as suas disposições, quer entre as outras partes da legislação geral; visto que a unidade na legislação, como em qualquer corpo physico ou moral, é condição da sua perfeição; seja sobre os termos da derogação da lei anterior pela posterior; seja finalmente sobre a conveniencia ou desconveniencia das novas disposições com os postulados da philosophia, as illações da historia, as indicações da politica, e os dados da estatistica.

Isto, que o simples bom senso vem de nos suggerir, acha-se confirmado pela experiencia e observação.

Nem a prohibição de Justiniano, nem o despeito de Napoleão lograram evitar a publicação e multiplicidade de commentarios aos codigos, a que vincularam o seu nome.

É que a lei, como todo o escripto, precisa de ser entendida, antes de ser applicada; e nenhum legislador, por mais claro e preciso que seja na redacção de suas leis, vingará jámais redigil-as de fórma que venham a ser facil e uniformemente entendidas de todos, sem, ou a despeito da hermeneutica juridica, parto legitimo da imperfeição da linguagem humana.

Entre nós manifestou-se o mesmo phenomeno com o apparecimento do Codigo Civil. Varios escri-

ptos enriquecem já a nossa litteratura juridica, que na ausencia d'elle não teriam sahido a lume. Publicações periodicas se fundaram, se têm conservado, e prestam serviços assás relevantes á sciencia do direito, que têm como principal apoio e copioso manancial o dicto Codigo Civil. E é tambem a razão, por que, ainda d'esta vez, vamos escrever sobre o Codigo Civil. Não porque tenhamos a louca pretensão de competir com os escriptos já publicados ; mas porque, escrevendo sob o imperio da lei, sentimos o desejo de associar-nos á luzida e numerosa cohorte dos commentadores ao Codigo Civil; posto que da nossa associação não provenha mais do que a addição de um numero sem valor conhecido.

Não pretendemos dar, mas ambicionamos receber a honra d'esta illustre e grata camaradagem.

Mas, circumscripta a liberdade da escolha ao Codigo Civil, que vasto campo não se offerece ainda assim á sua applicação !

Neste vasto repositorio de muitas e interessantes questões juridicas, em que abunda o dicto Codigo, escolhemos para thema do nosso trabalho a *Succeção dos filhos illegitimos*. A condição d'estes herdeiros, as innovações introduzidas pelo Codigo a respeito d'elles, a diversidade de opiniões, já emitti-

das sobre varios pontos concernentes a esta materia, as suas estreitas relações com outros do mesmo Codigo, foram os principaes motivos da nossa escolha; não exercendo tambem pouco peso nesta determinação a idéa de que, com quanto esta materia se preste a grande desinvolvimento, poderíamos, todavia, tractal-a compendiosamente; pois que nem a estreiteza do tempo, nem os nossos recursos litterarios, nem principalmente os deveres indeclinaveis do nosso cargo nos permittiam apresentar um trabalho extenso e maduramente pensado.

E nestas circumstancias, compellidos pela necessidade a dar uma prova da nossa aptidão para o exercicio do magisterio, mal podémos satisfazer ao preceito da lei!

Como, porém, a imperfeição do trabalho não proceda da vontade do auctor, mas de obstaculos absoluta ou relativamente invenciveis, ficamos esperando que o mesmo seja benevolmente acolhido; pois que á sua execução presidiram sempre bons desejos.

DA SUCCESSÃO DOS FILHOS ILLEGITIMOS

Como a successão implique a idéa de relação, e a relação seja o nexó entre dous termos, e o objecto da successão a herança do testador, ou a materia da relação, segue-se que, para procedermos segundo a ordem logica das idéas e a natural das cousas, dividiremos este trabalho em tres partes, sendo objecto da primeira o primeiro termo d'esta relação juridica, ou os filhos successiveis; e da segunda o segundo termo da mesma relação, ou os antecessores illegitimos succedidos; e da terceira a materia da dicta relação; isto é, o objecto da successão ou o modo de succeder; e como este varie, conforme os filhos illegitimos concorrerem sós ou com filhos legitimos, e, neste caso, deva fazer-se differença entre filhos perfilhados antes ou depois do matrimonio, do qual nasceram os filhos legitimos; por isso, subdividiremos esta terceira parte em tres secções, tractando na primeira da successão dos filhos illegitimos só; na segunda da concorrência dos legitimos com os perfilhados antes do matrimonio; e na terceira finalmente da concorrência dos legitimos com os perfilhados depois do matrimonio.

I

Dos filhos illegitimos successiveis

Para os filhos illegitimos succederem *ab intestato* a seus paes devem ser perfilhados, ou reconhecidos legalmente (Cod. Civ., art. 1989).

Como a perfilhação ou reconhecimento legal sejam, segundo o artigo citado, condições necessarias para se deferir aos filhos illegitimos a successão *ab intestato* na herança de seus paes, segue-se que, para determinarmos os filhos illegitimos que o Codigo Civil chama á successão *ab intestato* de seus paes, torna-se necessario saber os filhos illegitimos que, segundo as disposições do mesmo Codigo, podem ser perfilhados, ou reconhecidos legalmente; pois que a falta de perfilhação ou reconhecimento legal importa a sua exclusão da herança *ab intestato* de seus paes.

Por dois modos distinctos póde o filho ser perfilhado ou reconhecido legalmente: ou por acto espontaneo dos paes, ou por sentença do juiz; donde resulta que o reconhecimento do pae ou é voluntario ou necessario; e como não só as condições, mas até os effeitos de um e outro reconhecimento, sejam differentes, tractaremos primeiramente do reconhecimento voluntario, e depois do reconhecimento necessario.

a) Do reconhecimento voluntario

A materia da perfilhação tem sido assás debatida na imprensa, no foro e nas escholae. Dos oito artigos que ella abrange, ha poucos que não tenham sido objecto de largas discussões e de encontradas opiniões. Não foi, porém, a sua difficuldade que nos attrahiu a este campo, nós o confessamos; mas a intima connexão com o objecto principal d'este trabalho, que não poderiamos tractar convenientemente, abstrahindo d'esta importante relação; e por isso tractaremos d'este assumpto, não como a questão capital que nos occupa, mas como questão secundaria, embora prejudicial, para o fim ultimo que nos propomos.

O Codigo Civil (art. 122) sómente exclue da perfilhação: 1.º os filhos adulterinos; 2.º os filhos incestuosos. Todos os mais podem ser perfilhados, segundo o preccito geral d'aquelle artigo.

Para precisar bem a extensão das duas únicas excepções admittidas na lei, convem definir o que deve entender-se por filhos adulterinos, e filhos incestuosos; visto ser pela definição que se determina a comprehensão characteristicamente das idéas.

Ora, segundo o mesmo Codigo, filhos adulterinos são os havidos por qualquer pessoa, casada ao tempo da concepção, de outra que não seja o seu consorte.

Para se averiguar se a concepção teve ou não logar na constancia do matrimonio, deve recorrer-se á regra do art. 104, applicavel tambem ao caso 3.º do art. 130, segundo a qual deve ter-se por adulterino o filho havido de pessoa casada, passados cento e oitenta dias depois da celebração do casamento, ou dentro dos trezentos dias subsequentes á sua dissolução.

Tem-se por incestuosos para o effeito sobredito: 1.º os filhos de parentes por consanguinidade ou afinidade em qualquer grau da linha recta; 2.º os filhos de parentes por consanguinidade no segundo grau da linha transversal.

Como vemos, não podem ser perfilhados os filhos de pessoas ligadas pelo impedimento *ligamen*, ou pelo impedimento de consanguinidade ou afinidade em qualquer grau da linha recta, ou por consanguinidade no segundo grau da linha transversal.

Todos os outros filhos illegitimos podem ser perfilhados, quer por ambos os paes de *commun accord*, quer por qualquer d'elles separadamente, e esta perfilhação póde fazer-se no registro do nascimento (por emquanto do baptismo), em escriptura publica, testamento ou auto publico; mas, fazendo-se a perfilhação separadamente, não póde o perfilhante revelar no documento da perfilhação a pessoa de quem houve o filho reconhecido, nem indicar circumstancias por onde essa pessoa venha a conhecer-se (Cod. Civ. artt. 123 e 124); e basta que o pae perfilhante fosse habil para contrahir matrimonio nos primeiros cento e vinte dias dos trezentos que precederam o nascimento do filho.

Esta é para nós a verdadeira interpretação do art. 125; porque, fallando da falta de impedimento para a perfilhação separadamente, não pôde referir-se senão aos impedimentos da perfilhação declarados no art. 122.

De modo que, sendo a pessoa habil para contrahir matrimonio nos primeiros cento e vinte dias dos trezentos que precederam o nascimento do filho, pôde fazer-se a perfilhação, ainda que a pessoa de quem houve o filho tivesse impedimento, absoluto ou mesmo relativo; porque, não podendo declarar o nome da pessoa de quem houve o filho, nem indicar circumstancia alguma por onde venha a conhecer-se, o impedimento da perfilhação não se manifesta, e por isso não obsta á perfilhação; mas, logo que no filho perfilhado se prove a qualidade de adulterino ou de incestuoso nos termos do art. 122, a perfilhação, válida na sua origem, torna-se de nenhum effeito por esta causa superveniente.

O art. 125, como parte regulamentar de um dos modos da perfilhação, visto que regula a capacidade do pae perfilhante, acha-se subordinado ao art. 122, que é, por assim dizer, a lei fundamental d'esta materia.

Desapprovando pois todas as outras interpretações, que se têm dado a este artigo, consideramos como perfilhaveis todos os filhos illegitimos que não forem incestuosos ou adulterinos nos termos dos artt. 122 e 125.

Assim sustentámos a validade da perfilhação dos filhos sacrilegos e dos incestuosos não comprehendidos no § 2.º do supracitado art. 122, não admittindo outros impedimentos da perfilhação senão os expressamente declarados no dicto artigo ¹.

¹ Sr. Dias Ferreira, *Cod. Civ. annot.*, vol. I, art. 122, pag. 168.

Sr. Moraes Carvalho, *Apreciação philosophica, juridica e analytica das principaes alterações feitas pelo Codigo Civil na legislação anterior*, cap. 3.º, pag. 19 a 35;—*Revista de legislação e de jurisprudencia*, 1.º anno, n.º 6, pag. 87; n.º 12, pag. 186; n.º 28, pag. 437; n.º 40, pag. 633; 2.º anno, n.º 77, pag. 397; n.º 80,

Para que a perfilhação tenha logar é tambem necessario o consentimento do perfilhando sendo maior, ou que a perfilhação do menor não seja impugnada dentro dos quatro annos posteriores á sua emancipação ou maioridade, podendo tanto o reconhecimento do pae, como a impugnação do filho, ser contestados por todos aquelles que nisso tiverem interesse. (Cod. Civ. artt. 126 a 128)¹.

b) Do reconhecimento necessario

A perfilhação ou reconhecimento necessario dos filhos illegitimos exige, como condição da sua existencia, a investigação da paternidade e da maternidade; porque não póde o filho legitimo fazer-se reconhecer judicialmente pelo pae ou mãe, se lhe for defesa a acção de investigação de sua paternidade ou maternidade.

Ora, o nosso Codigo Civil estabeleceu como regra geral a prohibição da acção de investigação da paternidade, e a permissão da acção de investigação da maternidade, fundando-se na desigualdade da prova d'um e d'outro facto (Cod. Civ., artt. 130 e 131).

Em vista do que, concedendo ao filho legitimo o direito de fazer reconhecer-se judicialmente pela mãe, refusa-lhe igual direito contra o pae, excepto em tres casos declarados no art. 130.

Esta disposição, importada do Codigo Civil francez, posto que mais favoravel para os filhos, porque, ao passo que o nosso Codigo admite ainda a investigação da paternidade illegitima em tres casos, aquelle apenas consagra a excepção do caso terceiro, isto é, do estupro violento ou rapto,

pag. 467; 3.º anno, n.º 137, pag. 525 e 529;— *Direito*, 2.º anno, n.º 17, pag. 259 e 263; 4.º anno, n.º 15, pag. 227.

¹ Sr. Dias Ferreira, *Cod. Civ. annot.*, vol. 1, pag. 162 a 163; *Revista de legislação e de jurisprudencia*, 2.º anno, n.º 77, pag. 399.

é geralmente considerada como contraria ao direito natural¹, e aberrante do nosso direito anterior, que só encontrava os verdadeiros principios na odiosa distincção entre filhos de pae nobre, e de pae peão ou plebeu.

O nosso Codigo, pois, sobre a materia de filiação illegitima não parece afastar-se muito das doutrinas tão exclusivistas, como excentricas, do famoso publicista Emile Girardin², que, para apagar a infamia que ao marido pôde irrogar o adulterio da mulher, proclama a egualdade dos filhos perante a mãe, declarando-os todos extranhos ao pae, fundando-se tambem no mysterio da paternidade.

Mas, como as disposições do Codigo, boas ou más, pela carta de lei de 1 de julho de 1866, artt. 1, 2, 3 e 5, são a lei vigente, em quanto não forem devidamente derogadas, hão de executar-se; e por isso façâmos a exposição das dictas disposições sobre a materia que nos occupa: o reconhecimento necessario dos filhos illegitimos.

O filho illegitimo pôde intentar a acção de investigação de paternidade, a fim de fazer reconhecer-se perante os tribunaes pelo pretenso pae: 1.º existindo escripto do pae, em que expressamente declare a sua paternidade; 2.º achando-se o filho na posse de estado, que, segundo o art. 115, consiste no facto de alguém haver sido reputado e tractado por filho, tanto pelos paes, como pelas familias d'estes e pelo publico³; 3.º no caso de estupro violento

¹ Arhens, *Cours de Droit Naturel*, vol. II, pag. 296, nota 2; Emile Accollas, *Les enfants naturels*, chap. II.

² *L'homme et la femme*.

³ Tem sido questionado se a posse de estado exige ou não o concurso simultaneo dos tres elementos, ou se basta algum d'elles isoladamente. O Sr. Dias Ferreira affirma que a propria redacção do art. 115 protesta contra a ultima opinião.

Sr. Dias Ferreira, *Cod. Civ. annot.*, vol. I, art. 115, pag. 155; *Revista de legislação e jurisprudencia*, 1.º anno, n.º 24, pag. 376; 3.º anno, n.º 159, pag. 45, n.º 149, pag. 597; 5.º anno, n.º 210, pag. 29.

ou de raptó coincidindo a epocha do nascimento com a do facto criminoso nos termos indicados no art. 101¹.

A acção de investigação de maternidade é permittida, mas o filho deve provar por qualquer dos meios ordinarios que é o proprio que se diz nascido da pretensa mãe (Cod. Civ., art. 131).

As acções de investigação de paternidade ou de maternidade só podem ser intentadas em vida dos pretensos paes, porque estes estão mais habilitados para defender-se do que os seus herdeiros.

Mas, se os paes fallecerem durante a menoridade dos filhos, podem estes ainda em tal caso intentar a dicta acção depois da morte dos paes e antes de expirarem os primeiros quatro annos posteriores á emancipação ou menoridade; ou, se obtiverem de novo documento escripto e assignado pelos paes, em que revelem a sua paternidade, podem propôr acção a todo o tempo, em que tenham alcançado o dicto documento, salvas, todavia, as regras geraes sobre a prescripção dos bens (Cod. Civ., art. 133).

Varios outros pontos se prendem com esta materia, taes como a acção de investigação de filiação illegitima, a translação da acção de investigação de paternidade para os herdeiros dos filhos illegitimos, tendo estes fallecido em tempo util, a applicação das disposições do Codice Civil aos filhos nascidos antes da sua promulgação, a existencia da acção de creações reconhecida na lei anterior, a lei reguladora da acção de investigação de paternidade, sendo o pae estrangeiro.

Estas questões são em geral resolvidas negativamente, e apenas as indicamos, porque, sendo o objecto principal d'este trabalho a *Successão dos filhos illegitimos*, só tractámos da perfilhação e do reconhecimento accidentalmente, como condições legaes e necessarias para os filhos illegitimos succederem *ab intestato* a seus paes; e por isso nos

¹ Sr. Dias Ferreira, *Cod. Civ. annot.*, vol. 1, pag. 173 e 174.

reportamos aos escriptos, onde se discutem estas e outras questões semelhantes. ¹

Alem das restricções feitas á acção de investigação de paternidade illegitima pelo Codigo Civil, art. 130, deduzida da obscuridade e incerteza da prova d'este facto, ha ainda outra commum ás duas acções de paternidade ou maternidade, fundada na diversa especie de filiação illegitima.

Nem a acção de investigação de paternidade com as restricções do art. 130, nem a de investigação de maternidade são admittidas em juizo nos casos, em que a perfilhação é defesa. (Cod. Civ., art. 132).

E como determinámos já os casos, em que não póde ter logar a perfilhação dos filhos illegitimos, tambem sabemos aquelles, em que não póde admittir-se a acção de investigação de maternidade ou de paternidade, ainda nos casos, em que esta fosse permittida pelo art. 130 do Codigo Civil.

Entre os effeitos da perfilhação ou do reconhecimento voluntario ou judicial conta-se o direito que os filhos perfilhados adquirem de succederem a seus paes, ou haverem parte da herança, nos termos dos artigos 1989 a 1992 do Codigo Civil (Cod. Civ., art. 129), do qual vamos tractar.

II

Da successão dos filhos illegitimos aos paes

Succedem aos paes *ab intestato* os filhos perfilhados ou reconhecidos legalmente (Cod. Civ., artt. 129 e 1989).

Resta, porém, saber se os dictos filhos perfilhados succedem só aos paes que os houverem reconhecido, ou se succedem tambem aos avós, ascendentes do pae perfilhante.

¹ Sr. Dias Ferreira, *Cod. Civ. annot.*, vol. 1, pag. 175 a 177.

Não concordam os interpretes do Codigo Civil sobre o direito dos filhos perfilhados ou reconhecidos á successão *ab intestato* dos avós, e ascendentes de graus ulteriores.

Seguem uns que os perfilhados ou reconhecidos succedem aos paes, mas em nenhum caso aos ascendentes dos paes, porque a lei não lhes dá tal direito; intendem outros que succedem aos paes e aos ascendentes d'estes pelo direito de representação estabelecido sem excepção alguma no art. 181 do Codigo Civil, e pelo principio da reciprocidade, visto que, segundo o art. 199 do citado Codigo, os ascendentes do segundo e ulteriores graus succedem ao filho perfilhado ou reconhecido, que falleceu sem descendentes.

Querem outros que os perfilhados ou reconhecidos só succedam aos ascendentes dos paes não havendo outros parentes dentro do decimo gráu, e só para o effeito de excluir o fisco.

Outros, finalmente, só lhes dão tal successão no caso em que os avós os reconheceram, ou não impugnaram a perfilhação feita pelos paes.

Ainda que a segunda opinião pareça fundada em solidas razões, achando maior peso nas que militam a favor da segunda, nos encostamos a ella.

Para o illustrado auctor do Codigo Civil annotado este ponto de direito parece não offerecer duvida, porque taxa logo de singular incoherencia o facto dos ascendentes do segundo e seguintes gráus succederem ao filho perfilhado ou reconhecido, e este não succeder aos dictos ascendentes.

Mas, como os gráus e pessoas na successão legitima ou *ab intestato* se regulam pela lei positiva, é claro que não podemos deferir a dicta successão senão ás pessoas chamadas por lei, e como no Codigo não se encontra disposição alguma que chame os filhos perfilhados ou reconhecidos á successão dos avós e d'outros ascendentes; porisso lhe recusamos neste caso o direito de successão *ab intestato*.

Nem a doutrina nem a praxe antiga são direito subsi-

diario do Código Civil, como se deduz do art. 16 do mesmo Código, nem o direito de representação deve ampliar-se a casos não declarados na lei, nem em face do mesmo Código, o principio de reciprocidade é absoluto: e alluidos estes fundamentos, cabe por terra a segunda opinião ¹.

III

Do modo de succeder

Determinadas as pessoas, ás quaes os filhos perfilhados ou reconhecidos succedem na linha recta ascendente, examinemos agora como se effectua esta successão.

Nesta successão dos filhos illegitimos perfilhados ou reconhecidos podem verificar-se duas hypotheses.

A primeira é aquella em que os filhos perfilhados ou reconhecidos não concorrem com posteridade legitima; e a segunda aquella em que os dictos filhos concorrem com filhos legitimos, devendo ainda, nesta segunda hypothese, distinguir-se se a perfilhação foi anterior ou posterior ao matrimonio, d'onde procedem os filhos legitimos; e por isso tractaremos separadamente assim das duas hypotheses, como dos casos da segunda.

a) 1.^a hypothese

Na primeira hypothese os filhos illegitimos perfilhados, ou reconhecidos legalmente, herdaram todos os bens de seus paes, ou as duas partes da herança, se estes houverem

¹ *Revista de legislação e de jurisprudencia*, 3.^o anno, n.^o 152, pag. 771; *Direito*, 1.^o anno, n.^o 35, 3.^o anno, n.^o 3; Sr. Dias Ferreira, *Código Civil annotado*, vol. 1.^o, pag. 172.

disposto da terça d'ella, como lhes é permittido. São expressos os artt. 129 n.º 3.º, 1774, 1784 e 1990 do Codigo Civil.

Os filhos illegitimos perfilhados ou reconhecidos são herdeiros legitimarios; porque, succedendo estes aos paes *ab intestato* (Cod. Civ., art. 1990), e sendo a legitima aquella porção de bens, de que o testador não pode dispôr, por ser applicada pela lei ao herdeiro em linha recta ascendente ou descendente, e sendo os filhos illegitimos perfilhados ou reconhecidos herdeiros *ab intestato* dos paes na linha recta descendente, segue-se que elles, assim como os legitimos, têm direito ás duas partes da herança, e que a disposição testamentaria offensiva d'esta legitima pode ser reduzida por inofficiosa.

As doações consumadas não se revogam pela perfilhação ou reconhecimento posterior (Cod. Civ., art. 1482), mas tanto as doações *inter vivos*, como as doações *causa mortis*, podem ser reduzidas por inofficiosas, deixando o doador, ao tempo da sua morte, filhos perfilhados ou reconhecidos, quer a perfilhação ou reconhecimento sejam anteriores, quer posteriores á doação, segundo o principio geral do art. 1492 do Codigo Civil.

Como as pessoas obrigadas á prestação de legitima só podem dispôr da quota, que a lei lhes permite testar (Cod. Civ., art. 1774), e devendo os paes legitima aos filhos perfilhados ou reconhecidos (Cod. Civ., artt. 129 n.º 3.º, 1784 e 1990), segue-se que, tendo filhos perfilhados ou reconhecidos, não podem dispôr senão da terça parte da herança, visto que as outras duas partes constituem a legitima dos dictos filhos.

Não importa, pois, se a perfilhação ou o reconhecimento foram feitos antes ou depois do testamento ou da doação *mortis causa*, o que importa é se o testador ao tempo da sua morte deixou filhos perfilhados ou reconhecidos, ou mesmo se foram reconhecidos depois da morte nos termos em que a lei permite o reconhecimento posthumo, porque

em qualquer das hypotheses a disposição testamentaria, se a houver, só valerá quanto á terça do testador.

O Codigo Civil estabelece no art. 1760 que, existindo filhos ou outros descendentes do testador que este não conhecesse ou julgasse mortos, ou tendo o testador filhos, que nascessem depois da morte d'elle ou ainda antes d'esta, mas depois de feito o testamento, este só valerá quanto á terça.

Parece-nos menos necessario este artigo, porque a sua disposição, segundo o art. 1774, tem logar em todas as hypotheses inversas das d'aquelle artigo, e sómente seria necessario, quando nos casos do mesmo artigo declarasse o testamento sem effeito.

O Codigo, como julgamos, afastando-se do direito antigo, que annulla o testamento nas hypotheses do mesmo artigo *in totum*, deveria exprimir-se de outra fórma, porque, excluindo a validade das duas partes da herança, dá a entender que, nas hypotheses propostas, o direito antigo admittia a validade do testamento *in totum*, quando é inteiramente o contrario, pois que o annullava absolutamente.

Este artigo, pois, ficaria melhor redigido, substituindo-se as palavras — *este só valerá*, por — *este valerá ainda*, ou melhor — *este só caducará quanto á legitima*.

Seja, porém, como for, o que é certo é que a disposição do artigo, fallando em geral, comprehende os filhos illegitimos ou perfilhados, assim como os factos do reconhecimento e da perfilhação.

b) 2.^a hypothese

Concorrendo os filhos illegitimos reconhecidos ou perfilhados com posteridade legitima, é mister distinguir se os filhos perfilhados o estavam ou não ao tempo, em que o testador contrahiu o matrimonio, de que veio a ter os

filhos legitimos, pois que o modo de succeder não é identico nos dois casos, e por isso separemos-os.

1) Achando-se os filhos perfilhados ao tempo, em que o testador contrahi o matrimonio, do qual houve os filhos legitimos, terão aquelles uma porção igual á legitima d'estes menos um terço, sabindo as respectivas porções, ou de toda a herança ou das duas partes d'ella, se o testador tiver disposto da terça, como lhe é permittido pela lei.

Supponhamos que um filho legitimo e um perfilhado antes do matrimonio, d'onde aquelle nasceu, concorrem a uma herança de dez contos de réis; como este deve ter menos um terço do que aquelle, pertencerão ao primeiro seis contos de réis e ao segundo quatro.

São, por exemplo, quatro filhos legitimos e um perfilhado e a herança é de quatorze contos de réis; pertence a cada um dos quatro tres contos e ao outro dois contos; menos um terço do que os primeiros.

São tres filhos perfilhados e um legitimo, e a herança é de dezoito contos; pertencem seis contos ao legitimo, e quatro contos a cada um dos perfilhados, menos um terço do que elle, etc.

Neste caso não se faz ainda questão da terça: o pae pôde dispor d'ella, como se tivesse só filhos legitimos ou filhos perfilhados; visto que a concorrência d'uns com outros modifica as quotas respectivas, mas não affecta a faculdade de dispor da terça em favor de quem lhe aprouver; o que deve observar-se na divisão da massa partivel é a proporção entre os lotes de cada um, estabelecida na lei, de sorte que, ou haja a dividir por entre os filhos toda a herança, se o pae não dispoz da terça, ou só as duas partes da mesma, se dispoz d'ella, nada importa para o caso, embora o Codigo empregue a palavra *legitima*, quando diz igual á legitima d'estes, etc.; porque a palavra *legitima* aqui não significa as duas partes da herança, de que o pae não pôde dispor, mas a parte pertencente a cada um dos filhos legitimos, ou essas partes sahiram da massa ge-

ral da herança ou da herança, depois de deduzida a terça, se o pae dispoz d'ella, como lhe é permittido.

2) Concorrendo filhos perfilhados depois do matrimonio, d'onde procederam os filhos legitimos, a sua porção não excederá a legitima dos outros, menos um terço, e sahirá só da terça disponivel da herança, (Cod. Civ., art. 1785, n.º 2.º).

Vê-se, pois, que ha differença entre a successão dos filhos perfilhados antes, e a dos filhos perfilhados depois do matrimonio, d'onde provieram os legitimos, não só quanto á porção que a lei lhes assigna, mas quanto á procedencia d'esta porção; pois, devendo a porção d'aquelles ser igual á legitima dos filhos legitimos, menos um terço, e sahindo ou de toda a herança, se o pae não dispoz da terça, ou das duas partes d'ella, havendo disposto da dicta terça, a porção dos filhos perfilhados depois nunca excederá á porção dos legitimos, menos um terço, e sahirá só da terça disponivel da herança; não se exigindo, portanto, que iguale a porção dos filhos legitimos, menos um terço, mas que não exceda a dicta legitima, e deixando intactas as duas partes da herança, nas quaes estes filhos não succedem como succedem os filhos perfilhados antes do matrimonio.

A differença, pois, é capital entre uns e outros. Assim, por exemplo, o testador deixou filhos legitimos e perfilhados antes do matrimonio, d'onde houve aquelles, e não dispoz da terça, como neste caso lhe era permittido: toda a herança se divide pelos filhos legitimos e perfilhados, guardada, todavia, a devida proporção entre uns e outros, isto é, dividindo-a de modo que os legitimos tenham mais um terço do que os perfilhados; mas o testador dispoz da terça, reparte-se ainda entre todas as duas partes da herança, guardando-se sempre a mesma proporção entre as quotas pertencentes a cada um.

E com quanto o Codigo não seja bem expresso, se esta proporção deve guardar-se entre as quotas de cada um

dos filhos legitimos e perfilhados, ou entre as quotas de todos os legitimos e de todos os perfilhados, dividindo-se a herança em duas partes, na proporção de dois para tres, e repartindo-se depois esta igualmente pelos filhos legitimos, e aquella pelos perfilhados, entendemos, todavia, que o Codigo deve interpretar-se do primeiro modo, porque a segunda intelligencia produziria em muitos casos uma desigualdade revoltante. Seja por exemplo que a herança valesse dez contos de réis, e que o testador deixasse quatro filhos legitimos e um perfilhado, como a divisão neste caso devia ser em seis e quatro contos de réis na proporção de dois para tres, assignando-se esta parte ao filho illegitimo que é só, e dividindo-se aquella pelos legitimos, que são quatro na hypothese figurada, pertenceriam ao perfilhado quatro contos de réis, e a cada um dos legitimos um conto e quinhentos mil réis, o que seria absurdo.

Exemplifiquemos agora o segundo caso da segunda hypothese, isto é, o da successão dos filhos perfilhados depois do matrimonio em concorrência com os filhos legitimos.

Neste caso, como os filhos perfilhados não entram na divisão geral da herança, ainda que o pae não houvesse disposto da terça, quando isso lhe fosse permittido, e só podem ser inteirados na terça da herança, não podia observar-se a mesma proporção na divisão da dicta herança dos filhos legitimos e dos filhos perfilhados antes do matrimonio; porque, estabelecida a fixidade das quotas, e a variabilidade das divisões, segue-se que não pôde haver uma proporção certa entre os quocientes.

Mas, segundo a relação entre os filhos legitimos e os perfilhados, assim a porção d'estes podia ser inferior, igual ou superior á d'aquelles, sem offensa de suas legitimas; e como o legislador entendesse que os filhos perfilhados deviam ser menos favorecidos do que os legitimos, e não quizesse que em caso algum os perfilhados, depois do matrimonio dos paes, fossem mais favorecidos do que os per-

filhados antes d'elle; por isso dispoz que a porção d'aquelles não excederia jámais a legitima d'estes, menos um terço; d'onde se segue que póde ser inferior; visto que marcou o maximo e não o quantitativo da dicta porção, o que é ainda expressamente declarado no art. 1992, onde se diz, que, se por serem muitos os filhos illegitimos não chegar a terça para o complemento das porções assignadas no § 2.º do art. 1785, nem por isso terão direito a mais cousa alguma, e será a terça rateada entre elles; disposição que nos parece menos necessaria, porque se deprehendia do citado art. 1785, e cuja necessidade se funda no falso pre-supposto do complemento das porções assignadas no § 2.º do dicto artigo, quando é certo que ali não se fixaram as porções, como no § 1.º, mas estabeleceu-se o maximo das mesmas, sem se determinar o minimo que necessariamente havia de variar segundo o numero dos filhos perfilhados e dos legitimos. Isto esclarece-se melhor com exemplos. A herança é de nove contos de réis, e o testador deixou quatro filhos legitimos e um perfilhado depois do matrimonio, donde houve os filhos legitimos; neste caso a porção do filho perfilhado são da terça, mas como a terça são tres contos de réis, e os filhos perfilhados quatro, não fixando o legislador o maximo da porção do filho perfilhado, neste caso poderia entender-se que lhe cabia toda a terça do pae, e assim ficaria cada um dos filhos legitimos com um conto e quinhentos mil réis, e o perfilhado com tres contos de réis, exactamente o dobro dos filhos legitimos. Ora, para evitar este inconveniente, é que o legislador fixou o maximo da porção dos filhos perfilhados depois do matrimonio, estabelecendo que podessem attingir a dos filhos perfilhados antes, mas jámais a podessem exceder.

Neste caso, pois, e outros similhantes, como a terça do testador excede a porção que deve ter o filho perfilhado, faz-se a divisão como no caso dos filhos perfilhados antes do matrimonio; isto é, dando ao filho perfilhado depois do matrimonio uma porção igual á dos filhos legitimos, menos

um terço, participando estes, por tanto, ainda da terça do testador, se este não houvesse disposto da parte disponível, que neste caso seria o excesso da mesma sobre a legitima dos filhos legítimos, menos um terço.

Invertamos, porém, a hypothese; seja a mesma herança, mas um filho legítimo e quatro perfilhados, neste caso a porção dos perfilhados já não será igual á dos filhos legítimos, menos um terço; porque, devendo ficar salvas as duas partes da herança que nesta hypothese são seis contos de réis, temos a repartir pelos quatro filhos perfilhados a terça que é de tres contos de réis, cujo quociente é de setecentos e cincoenta mil réis, porção muito inferior á legitima do filho legítimo, menos um terço, que no caso sujeito é de quatro contos de réis; mas, porque o legislador declarou a legitima inviolavel (Cod. Civ., art. 1785, § 2.º), mandando tirar a porção do filho perfilhado só da terça disponível da herança, e porque, para maior cautela ou segurança, o dispoz mais explicitamente no art. 1992, pôsto que menos necessario, como já observámos, não têm os filhos perfilhados direito a mais cousa alguma, porque no caso da perfilhação posterior ao matrimonio não quiz o legislador prejudicar a legitima dos filhos legítimos ¹.

Mas se os filhos perfilhados depois do matrimonio, do qual o testador houve os filhos legítimos, não podem prejudicar a legitima d'estes, e hão de ser inteirados só na terça da herança, segue-se que, ou o testador com filhos legítimos e perfilhados depois do matrimonio, donde houve aquelles, não pôde dispor da terça obrigada ao complemento das porções que lhe são assignadas pela lei, ou que, sendo-lhe permittido dispor da terça, deixarão os filhos perfilhados de ter parte alguma na herança do pae perfilhante ou declarado tal por sentença judicial.

¹ Sr. Dias Ferreira, *Cod. Civ. annot.*, vol. iv, art. 1785, pag. 200-202; Sr. Moraes Carvalho, *Apreciação philosophica, juridica e analytica das principaes alterações feitas peloCodigo Civil portuguez na legislação anterior*, cap. xii, pag. 120.

Nesta collisão é preciso saber qual dos direitos deva preferir-se, se o do pae sobre a livre disposição da terça, se o do filho perfilhado á mesma terça, fazendo uma excepção ao principio geral da livre disposição da terça, consagrado em varios artigos do Codigo Civil.

Como não tractamos *de jure constituendo*, mas *de jure constituto*, não nos propomos examinar esta questão sob o ponto de vista da justiça absoluta e relativa, mas em face do dicto Codigo Civil; visto que só não se podendo ella resolver, nem pelo texto da lei nem pelo seu espirito, nem pelos casos analogos prevenidos em outras leis, deveriamos recorrer aos principios geraes do direito natural (Cod. Civ. art. 16).

A questão que se ventila tem o seu principal assento no n.º 2.º do art. 1785, que passamos a transcrever, visto que a questão versa toda sobre a verdadeira intelligencia d'esta parte do citado artigo.

Art. 1785

1.º

2.º Se os filhos forem perfilhados depois de contrahido o matrimonio, a sua porção não excederá a legitima dos outros (dos legitimos), menos um terço, e *sahirá só da terça disponivel da herança.*

As palavras sublinhadas dão margem á questão de que se tracta, sendo interpretadas diversamente pelos auctores, ou publicistas que têm escripto sobre a sua intelligencia.

Intendem uns que, tendo o testador filhos legitimos e filhos perfilhados posteriormente ao matrimonio, do qual houve aquelles, não póde dispor da terça da heranca, em quanto não se preencherem as porções assignadas pela lei aos dictos filhos perfilhados¹; e seguem outros que ainda neste caso é permittido ao testador dispor livremente da

¹ Sr. Dias Ferreira, *Cod. Civ. annot.*, vol. iv, art. 1785, pag. 203; Sr. Moraes Carvalho, *Apreciação philosophica, juridica e analytica, etc.*, cap. xii, pag. 120; *Direito*, 3.º anno, n.º 15, pag. 226.

terça, embora os filhos perfilhados não tenham em que succeder, ou succedam só na parte de que não tiver disposto ¹.

Uma e outra opinião produz em seu favor varios argumentos, os quaes exporemos antes de emittirmos o nosso parecer sobre tão delicado assumpto.

Os argumentos principaes, em que se funda a primeira opinião, podem reduzir-se aos seguintes :

1.º Os filhos perfilhados espontaneamente ou por sentença adquirem o direito de succeder a seus paes, ou haver parte na herança, segundo a disposição do n.º 3.º do art. 129 do Codigo Civil. Ora, este direito seria precario para os filhos perfilhados posteriormente ao matrimonio dos paes, que deixaram d'elle filhos legitimos, se os dictos paes podessem dispor livremente da terça; porque, mandando a lei neste caso respeitar a legitima dos filhos havidos do matrimonio, contrahido antes da perfilhação, e havendo o pae perfilhante disposto da terça da herança, quando isso lhe fosse permittido, ficavam os filhos perfilhados sem parte alguma na herança dos paes, que os perfilharam ou reconheceram, e a disposição do n.º 3.º do citado artigo sem applicação no caso supposto.

2.º Tendo os paes direito á legitima dos filhos illegitimos perfilhados sem excepção, e sendo o direito de successão reciproco, tambem os filhos perfilhados, depois do matrimonio, devem ter direito á legitima nos bens d'elles; mas, como a lei manda que a sua porção saia só da terça da herança, é claro que o testador não póde dispor da dicta terça, em quanto a porção dos filhos perfilhados não for satisfeita.

3.º O art. 1991 do Codigo Civil diz que o filho perfilhado herdará, e esta fórma preceptiva exclue a ideia de que elle possa ser prejudicado com a disposição testamen-

¹ *Revista de legislação e de jurisprudencia*, 3.º anno, n.º 141, pag. 595; 4.º anno, n.º 170, pag. 217; n.º 190, pag. 540.

taria do pae na quota, a que adquiriu direito pela immediata vocação da lei.

4.º A expressão — *terça disponivel* — significa a quota de que qualquer em geral pôde dispor, mas que, no caso especial do art. 1785, n.º 2.º do Código Civil, se acha primeiro que tudo obrigada a preencher a legitima dos filhos perfilhados.

5.º A collocação d'este artigo na secção 3.ª, que se inscreve — *Da legitima e das disposições inofficiosas* — parece dar a entender que a porção assignada no n.º 2.º d'este artigo ao filho perfilhado constitue a sua legitima, e que toda a disposição offensiva d'ella se deverá reputar por inofficiosa.

6.º Seria duro e iniquo que a um pae se concedesse a faculdade de dispor de seus bens para beneficiar estranhos, excluindo de lhe succeder sem causa legitima algum de seus filhos, e deixando-os muitas vezes em condições penosas e miseraveis.

Antes de reproduzirmos os argumentos, com os quaes se tem pretendido sustentar a segunda opinião, vejâmos as respostas dadas aos adduzidos pelos sectarios da primeira.

Ao primeiro respondem que os filhos perfilhados ou reconhecidos adquirem o direito de succeder aos pacs na proporção e nos termos do art. 1785, n.º 2.º do Código Civil, se o pae não tiver disposto dos bens assignados para preenchimento das respectivas porções.

Respondem ao segundo, negando a universalidade do principio de reciprocidade na successão, em face do Código Civil; mas basta que elle seja verdadeiro na maioria dos casos para não se admittirem senão as excepções expressamente declaradas na lei, e para dever applicar-se aos casos não exceptuados, porque, segundo as regras elementares de hermeneutica juridica, as excepções são de interpretação restricta; d'outra sorte viriam as excepções a destruir a regra.

Ao terceiro respondem como ao primeiro, isto é, herdará, não tendo o pae disposto da terça.

Ao quarto redarguem: as palavras — *terça disponível* — não significam a quota de que o testador podia dispor, se esta não estivesse obrigada á legitima dos filhos perfilhados nos termos do art. 1785, n.º 2.º do Código Civil, mas significam a quota de que effectivamente não dispoz, podendo-o fazer.

Ao quinto, dizem — que se tal rigor fosse admissivel, responderiam com o § unico do art. 1784, onde, com excepção unica do art. 1787, se determina que a legitima consiste apenas nas duas partes dos bens do testador, ao que os contrarios replicam — que, referindo-se o art. 1784 só á successão legitima, não podia a excepção do § unico d'este artigo comprehender o art. 1785, que se refere á successão illegitima, e que por isso estava fóra do alcance do art. 1784; ao que nós ainda treplicamos — que a razão da replica não procede, porque o dicto art. 1784 tanto se refere á successão legitima como á illegitima, visto que em uma e outra ha herdeiros legitimarios.

Ao sexto dizem — que tambem é duro que qualquer por amor de seus filhos fique privado num ou noutro caso de dispor de uma certa porção de seus bens em favor de um terceiro.

Pela parte contraria produzem-se os argumentos seguintes:

1.º A legitima de que o testador não póde dispor, por ser applicada pela lei aos herdeiros em linha recta ascendente ou descendente, consiste apenas nas duas terças partes da herança com a unica excepção do art. 1787.

2.º Em parte alguma a lei tirou ao testador a faculdade de dispor da terça, a qual, todavia, poderá servir para preencher a porção assignada no n.º 2.º do art. 1785 do Código Civil, se o testador d'ella não dispoz.

3.º Tendo a commissão revisora substituido ás palavras — *terça disponível dos bens do testador*, que se liam no

Projecto do Codigo, as palavras — *terça disponivel da herança*, significa disponivel os bens da terça que ficaram por morte do auctor da herança, e de que elle não dispoz em vida, podendo fazel-o.

4.º Admittido o direito dos filhos perfilhados, depois do matrimonio, á porção assignada na lei, seguir-se-hia que, em certos casos, o pae não poderia dispor de cousa alguma, porque a terça era absorvida pelos filhos perfilhados, e que noutros já poderia dispor de alguma cousa da terça, verificando-se o absurdo de a liberdade testamentaria crescer na razão directa do numero dos filhos legitimos !

Os dous primeiros argumentos, salvo o devido respeito, parece-me laborarem no vicio da petição de principio.

Se o testador tem ou não a faculdade de dispor da terça, existindo filhos legitimos e perfilhados, depois do matrimonio, ou se a legitima em caso algum abrange mais do que as duas partes da herança, é sempre a mesma questão, diversamente formulada e extranha á solução d'ella; porque todos estes argumentos negativos vão encalhar no art. 1785, n.º 2.º do Codigo Civil, cuja disposição se deve determinar por outras leis, quando não possa interpretar-se, nem pelo seu texto, nem pelo seu espirito.

Ora, toda a questão versa sobre a verdadeira significação do adjectivo qualificativo — *disponivel*; porque todos concordam que a porção dos filhos perfilhados depois do matrimonio ha de sahir da terça, visto que a lei deixou inviolaveis neste caso a legitima dos filhos legitimos; a questão está pois em saber — se a terça fica de tal sorte obfi-gada ás porções assignadas aos filhos perfilhados, que o pae não possa dispor da terça senão depois d'ellas preenchidas, e que tendo disposto deva reduzir-se por inofficiosa, — ou então se os filhos perfilhados só succedem nos bens da terça, não tendo o testador disposto d'ella.

No curso d'esta questão vemos que a palavra — *disponivel* — se tem tomado em tres sentidos, a saber :

1.º bens da terça que ficaram por morte do testador, sem d'elles ter disposto, podendo o fazer.

2.º bens de que o testador podia dispor ao tempo do testamento, mas de que não dispoz, e que eram e ficaram disponiveis.

3.º bens de que pôde dispor em geral, mas que, no caso especial de que se tracta, estão obrigados á legitima dos filhos perfilhados.

4.º bens disponiveis em relação aos filhos legitimos, que sómente têm direito inviolavel á legitima.

Ora, é manifesto que a palavra *disponivel* pôde referir-se: 1.º ao testador; 2.º aos filhos perfilhados; 3.º aos filhos legitimos; 4.º aos extranhos; 5.º ao objecto; e cada uma d'estas relações pôde ainda considerar-se ao tempo do testamento e ao da morte do testador.

Sob os quatro primeiros aspectos refere-se ella á faculdade de dispôr, e sob o ultimo determina o objecto da disposição, sem referencia ao sujeito activo ou passivo da mesma disposição. E não se diga que neste sentido era inutil a palavra *disponivel*; porque nem toda a terça da herança é disponivel, mas só a terça computada segundo as regras legaes.

Se toda a terça da herança arithmeticamente computada fosse disponivel, era certamente inutil este qualificativo; porque, traduzindo uma idéa já incluída na palavra *terça*, ou se deveria ter omittido, ou então seria uma redundancia, defeito imperdoavel na redacção da lei, o que não deve admittir-se; mas, não sendo toda a terça da herança disponivel, porque para o seu calculo deduzem-se primeiro as dividas, segue-se que o adjectivo *disponivel* era necessario, embora não seja tomado em nenhuma das quatro primeiras accepções, algumas das quaes seriam no caso presente menos exactas.

Assim *disponivel*, isto é, de que em geral pôde dispôr-se, mas de que não pôde dispôr-se no caso do art.

1785, n.º 2.º do Código Civil, quando é precisamente com respeito a este caso, em que se emprega a palavra *disponível*, que a questão tem de ser resolvida. Disponível ao tempo do acto dispositivo, quando o sentido das palavras *terça disponível*, é completado pela palavra *herança*, que presuppõe a morte do testador; disponíveis ainda ao tempo da morte do testador, se não dispoz d'elles, como podia dispôr, quando a faculdade de dispôr acabou com a morte do auctor da herança; disponível em relação á legitima dos filhos legitimos, significação verdadeira e conforme ao pensamento do auctor do Código, manifestado nas seguintes palavras.... e a quota disponível é uma *idêa connexa com a de legitima*¹, e contraposta á legitima dos filhos legitimos que não é disponível; mas não é esta a questão: ninguem duvida que a terça seja disponível a respeito dos filhos legitimos, que só têm direito inviolavel ás duas partes da herança; o que se pretende saber é se será também disponível a respeito dos filhos perfilhados depois do matrimonio, ou se o testador quiz constituir a legitima d'estes na terça disponível da herança, privando o pae da faculdade de dispôr da mesma, em quanto não fossem preenchidas as porções assignadas pela lei aos filhos perfilhados.

Ora, a nossa opinião é — que a terça da herança, no caso do art. 1785, n.º 2.º do Código Civil, não é disponível em relação ao testador, nem em relação aos filhos perfilhados, mas deve este adjectivo intender-se dos bens que fazem objecto da terça; porque estes, ou o auctor da herança dispozesse ou não d'elles, conservam em todo o tempo a capacidade da disposição, a qual consiste numa relação constante entre a totalidade da herança e uma quota parte da mesma, designada pelo nome de *terça*; e neste sentido,

¹ Resposta ás observações do sr. dr. Paes ao Projecto do Código Civil, pag. 104.

ainda depois de effectuada a disposição, os bens se consideram disponiveis, se cabem nos limites da terça; e tanto isto é exacto, que a terça disponivel só pôde calcular-se depois da morte do testador: eis, quanto a nós, a verdadeira significação da palavra *disponivel*.

A terça é disponivel em relação á somma dos bens, que cabem nos limites da terça, e não em relação ao testador, porque para este a disponibilidade da terça acabou com a morte.

Mas é tal a confiança que os patronos da opinião contraria põem no adjectivo *disponivel*, que mandam rechassar esta lasca do art. 1785, n.º 2.º, do Codigo Civil, para poder sustentar-se a nossa opinião; mas não carecemos nós de tirar essa lasca: o proprio legislador se encarregou de prestar-nos esse grande serviço no art. 1992, onde, fallando do complemento das porções assignadas no n.º 2.º do art. 1785, emprega duas vezes a palavra *terça*, sem qualificação alguma.

Sabemos que a isto se responde que, referindo-se aquelle artigo ao 1785, é por este que deve interpretar-se e não vice-versa, ao que nós redarguimos que a regra é interpretar-se o artigo obscuro pelo mais claro, e que, se o art. 1992 previne o caso de a terça não chegar para o complemento das porções assignadas no n.º 2.º do art. 1785, tractando da successão legitima, é porque entendeu que as dictas porções devem ser respeitadas, tanto numa como noutra successão.

Em favor da nossa opinião podemos deduzir argumento do § 1.º do art. 1492 do Codigo Civil, que tracta da deducção das doações por inofficiosidade.

Figura-se ahi o caso de o prejuizo da herança abranger o valor total da doação; e, como tal caso não pôde dar-se com a liberdade absoluta da terça, parece-nos que o legislador já neste logar tivera em vista a disposição do n.º 2.º do art. 1785, caso unico, em que, segundo a nossa inter-

pretação, o prejuizo da legitima possa abranger o valor total da doação; porque toda a herança pôde estar obrigada às legitimas.

Mas, quando restasse ainda alguma duvida sobre a verdadeira interpretação das palavras *terça disponível* da herança, tínhamos a declaração do seu sentido feita pelo proprio auctor do Codigo Civil, e a opinião auctorizada de dois insignes vogaes da commissão revisora do mesmo Codigo, que assim o intenderam.

O sr. dr. Paes, nas suas *Observações ao Projecto do Codigo Civil*, pag. 17, não admittindo que pela perfilhação se adquirisse o poder paternal, como propunha o auctor do Projecto, art. 168, accrescenta: «e quando chegar á materia das successões, tambem me hei de separar da doutrina do Projecto, a respeito da legitima dos perfilhados, lembrando que só se deve permittir aos paes dispôr da terça em favor d'elles.»

Chegando depois ao ponto indicado (pag. 47), começa logo por dizer — que não pôde conformar-se com a nova doutrina do Projecto do Codigo sobre herdeiros necessarios ou legitimarios e herdeiros legitimos, admittindo os filhos perfilhados a ter uma legitima, n'alguns casos, quasi igual aos legitimos...

E continúa a pag. 49:

Pelo que respeita á legitima devida aos filhos perfilhados, não a posso admittir, no caso de haver filhos legitimos, ou elles sejam anteriores ou posteriores ao matrimonio; e isto pelas razões, que já dei, quando tractei do poder paternal, que impugnei para os filhos perfilhados; e me parece que, havendo filhos legitimos, os perfilhados poderão ter a terça, se o pae lh'a quizer deixar, e, não havendo filhos legitimos, possam os perfilhados ter legitima, ou succeder *ab intestato* em tudo.

O sr. Moraes Carvalho, na sua *Apreciação philosophica, juridica e analytica das principaes alterações feitas pelo*

Código Civil na legislação anterior, julgando esta disposição do Código segundo as suas idéas philosophicas, intende tambem o citado artigo no sentido da opinião que defendemos.

E tanto este era tambem o pensamento do auctor do Código, que na resposta ás *Observações* do sr. dr. Paes sobre o Projecto do Código, bem longe de rectificar a interpretação dada ás suas palavras, antes a approva formalmente, não acceitando a substituição proposta pelo sr. dr. Paes, e defendendo a doutrina do Projecto como fôra intendida por este illustre Revisor.

E, para se conhecer bem todo o pensamento do auctor neste assumpto, transcreveremos fielmente as suas proprias palavras.

Na Resposta já citada diz elle a pag. 93 :

Ao art. 1917. *Os filhos perfilhados não devem ter legitima, nem concorrer com os filhos legitimos, quer a legitimação seja anterior, quer posterior ao matrimonio; podendo o pae sómente, querendo, dispôr da terça em seu favor; mas na falta de legitimos poderão succeder como legitimos.*

O nosso illustre Revisor não acha de justiça nem de manifesta utilidade a innovação que propomos. A esta asserção generica opporemos as razões, que' nos serviram de fundamento.

Primeiro que tudo não devemos perder de vista, que na grande maioria dos casos, segundo o systema vigente, os filhos naturaes succedem a seus paes promiscuamente com os legitimos. Já se vê pois, que nesta parte o direito actual é mais favoravel aos filhos naturaes, que a disposição do nosso artigo. É verdade que a disposição da lei actual só comprehende os filhos de peães, mas não é menos certo, que esta classe é a mais numerosa da sociedade. Nestas circumstancias era preciso, ou fazer descer os filhos naturaes dos cavalleiros á condição dos filhos naturaes dos

peões, ou fazer subir estes á condição d'aquelles. Não fizemos nem uma cousa nem outra. Nenhuma d'essas alternativas era accetavel aos olhos da justiça, da moral e da conveniencia publica. Seguimos o meio termo: transigimos, resalvando todos os direitos com a possível ou a necessaria differença.

Tal homem tem um filho natural: reconhece-o ou perfilha-o. Casa depois e tem filhos legitimos. Será justo que este filho perfilhado antes do matrimonio, seja completamente desherdado? Não tinha elle um direito adquirido, ou pelo menos, uma justa espectativa de successão?

Por outro lado, — não era já conhecido da mulher, que contrahiou o matrimonio com o pae d'esse filho natural, que este filho existia e gozava de certos direitos? Pareceu-nos que a justiça pedia que estes filhos fossem, em todo o caso, contemplados, posto que menos avantajadamente que os legitimos, em attenção ao favor com que as justas nupcias devem ser protegidas.

Mas tal homem, que teve um filho natural antes de casar-se, vem sómente a reconhecer-o, ou durante o matrimonio, ou dissolvido elle: estará este filho no mesmo caso? De certo não; aqui o direito está todo da parte dos legitimos. O casamento foi contrahido na supposição de que nenhuma obrigação ligavam o pae a outros filhos, e o facto do reconhecimento posterior não deve prejudicar os legitimos. Neste sentido concedemos sim ao filho perfilhado a sua legitima, mas sem prejuizo dos filhos legitimos, fazendo-a sahir da terça. «E como talvez podesse o filho natural vir a ter maior legitima que os filhos legitimos, o que seria monstruoso, declarámos que em caso algum esta legitima podesse exceder a dos outros, menos um terço.»

Vê-se, pois, que o pensamento do auctor do Codigo foi conceder legitima aos filhos perfilhados depois do matrimonio, e este é ainda o pensamento do art. 1785, n.º 2.º

do Código Civil; porque, tendo a Comissão revisora apenas substituído as palavras — *terça disponível dos bens do testador* — pelas palavras — *terça disponível da herança*, não alterou em cousa alguma o sentido d'este artigo; porque — bens do testador e bens da herança — são synonymos, posto que haja mais concisão e propriedade na substituição feita pela Comissão revisora.

E que esta substituição não pôde significar a disponibilidade da terça, depois da morte do testador, por não haver d'ella disposto em vida, já nós demonstrámos.

Ora, se não pôde haver duvida alguma sobre o pensamento do illustrado auctor do Projecto do Código, como se evidencia pelas suas proprias palavras, que transcrevemos superiormente; e se, como diz a *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, 3.º anno, n.º 128, pag. 380, as palavras do auctor do Código são o melhor commentario aos artigos do mesmo Código, deve o citado art. 1785, n.º 2.º, interpretar-se em harmonia com ellas.

Em quanto ao absurdo que se vê na doutrina que sustentámos, e que é a propria do auctor do Código, como mostrámos, transcrevendo textualmente as palavras com que elle explica o seu pensamento, poderíamos tambem responder que procurámos o sentido da lei e não o absurdo d'ella.

Mas note-se que o absurdo não resulta immediatamente do maior ou menor numero dos filhos legitimos, mas da relação entre a legitima d'estes e a porção assignada na lei aos filhos perfilhados proveniente da terça.

Demonstre-se primeiro que o principio da desigualdade das legitimas é absurdo, e recuaremos depois diante do outro absurdo, do crescimento da liberdade do testador na razão directa dos filhos legitimos, e razão inversa dos filhos perfilhados; porque, note-se, a dicta liberdade não cresce na razão directa dos filhos perfilhados, mas na inversa, sendo sómente nesta hypothese que poderia dar-se o absurdo.

Em conclusão, o filho perfilhado depois do matrimonio tem direito á legitima; mas, não podendo ella sahir das duas partes da herança, porque foram garantidas aos filhos legitimos, sahirá da terça, da qual o testador não póde dispôr, em quanto não forem preenchidas as porções assignadas pela lei aos filhos perfilhados.

INDICE

	Pag.
Prologo	v
Da successão dos filhos illegitimos :	
I Dos filhos illegitimos successiveis	11
<i>a) Do reconhecimento voluntario</i>	12
<i>b) Do reconhecimento necessario</i>	15
II Da successão dos filhos illegitimos aos paes	18
III Do modo de succeder	20
<i>a) 1.ª hypothese</i>	p
<i>b) 2.ª hypothese</i>	22
