

DISSERTAÇÃO INAUGURAL

**PARA O ACTO DE CONCLUSÕES MAGNAS
NA FACULDADE DE DIREITO**

DA

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ESTUDO

SOBRE A SUCCESSÃO LEGITIMARIA

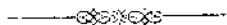
POR

JOÃO MARCELLINO ARROYO

LICENCIADO EM DIREITO
E SOCIO EFFECTIVO DO INSTITUTO
DE COIMBRA

You shall see anon; 'tis a knavish
piece of work.

Shakspeare, *Hamlet*, acto 3.^o,
scena 2.^a.



PORTO
LIVRARIA PORTUENSE DE CLAVEL & C.^a
119—RUA DO ALMADA—123
EDITORES
1884

A MEU PAE

PREAMBULO

A materia das successões, e mais particularmente a da legitima, é a que offerece maior variedade nas legislações. O problema da transmissão hereditaria dos bens moveis e immoveis, e sobretudo o da restricção do direito de dispor d'elles em vida ou para depois da morte, tem importancia capital, importancia que augmenta com o progresso da individualisação da propriedade.

Tendo-nos proposto levar a effeito a composição de uma serie de estudos sobre a successão legitimaria, tentámos esboçar primeiramente o desenvolvimento da ideia da legitima, desde o seu apparecimento nas antigas civilisações e atravez do direito romano, visigothico e patrio até á promulgação do Código Civil Portuguez. Todos os elementos d'este genero que podemos colleccionar de interesse verdadeiro e immediato, todos os reunimos e coordenámos, como auxilio para a resolução das questões da jurisprudencia actual e comprehensão segura das disposições da moderna lei civil.

Não vae, portanto, n'este intento a monomania tão frequente, para desgraca nossa, de basear no antigo direito, com especialidade no direito romano, qualquer instituição juridica dos novos codigos, e de

procurar ahí a solução forçada das duvidas da jurisprudencia.

O auctor declara considerar o direito romano unica e simplesmente como elemento historico de interpretação, tal qual o direito castelhano ou 'outro que exercesse influencia na constituição do direito patrio; não vê n'elle a personificação da razão escripta, e não o acceita como elemento classico, auctoritario, que exerça dominio completo e constante na interpretação legal.

No entendimento dos textos de lei, é impossivel collocar os diversos elementos da interpretação n'uma ordem determinada de importancia, por forma a attribuir-se sempre a cada um d'elles o mesmo valor no estudo dos phenomenos juridicos, garantidos pela legislação: o principio verdadeiramente scientifico da arte de interpretar consiste em conferir a cada um dos seus elementos a proeminencia que o genero da materia, redacção, antecedentes e comparação dos textos, e altos motivos de utilidade publica por si mesmo assignalarem. Tudo o que não fór proceder d'esta maneira conduzirá ao romanismo chocho e bolorento, á exegese esteril e impertinente ou ao philosophismo reles e banal.

Na explanação do systema geral de calcular a legitima e quota disponivel, á face da moderna legislação civil, guiou-nos o mesmo espirito pratico.

A maior parte das questões da jurisprudencia proveem antes da má applicação dos principios juridicos que do seu desconhecimento; dependem mais da pouca clareza e precisão com que foram assentes as bases do problema que da complexidade da materia e má correlação entre as disposições da lei. Apurem-se com cuidado as noções fundamentaes do assumpto sobre que se disserta, e a resolução de

muita duvida apparecerá immediatamente. Lembrese sobre tudo o interprete de que, antes de iniciar a discussão, lhe cumpre averiguar se ella tem razão séria de existencia.

É mais para lastimar o trabalho gasto a lutar debalde contra a realidade dos factos, que o empregado a arrazoar sobre argumento não estudado ou materia que se não alcança: os escriptores da segunda maneira limitam-se a testificar nos escriptos a petulancia ou impotencia propria; mas o interprete que inutilisa a actividade em produções do primeiro genero contribue poderosamente para a anarchia da sciencia juridica e, o que é mais, contribue para o apparecimento do mesmo vicio em cerebros bem organizados.

Dominados pelo principio que nos permittiremos chamar—principio economico da discussão—e consciuos pela lição da historia, do sentido e alcance da actual lei civil, desenvolvemos, seguindo a ordem logica naturalmente estabelecida entre elles, os pontos fundamentaes do referido calculo, procurando ser claros e simples na definição dos termos, enunciado das proposições e discussão das difficuldades.

Propunhamo-nos fazer um estudo de direito constituido, e a esse intuito subordinámos o commentario que adeante se lê.

Nos trabalhos d'esta natureza produz pessimos resultados o exame dos diplomas legislativos, influenciado por uma tendencia irreprimivel, quer retrograda quer reformadora. A adopção de qualquer d'estes pontos de vista faz ver na lei o que ella não contem, pois, se o retrogrado lhe augmenta ou substitue aquillo que a vaga evolucionaria cuspiu ás paginas da historia, o idealista augmenta ou substitue-lhe concepções imaginosas, muito boas para

alimentar a chamma da sciencia sentimental, mas fúteis, mas estereis quando se trata de penetrar fundamentalmente o valor e o espirito dos textos de lei.

Esta, a lei, possui a força invencível da malleabilidade: podem-lhe destruir a forma e o sentido pelos processos mais extravagantes; terminado o exercicio gymnastico do *philosophobo*, desvanecida a impressão da sua palavra seductora, ella retomará o feitiço primitivo, e o contraste entre o aranzel e a realidade tornar-se-ha palpavel, evidente.

Outro perigo na interpretação é o do emprego dos aphorismos juridicos. A aspiração dogmatica, inherente ao espirito dos antigos sabios (e ainda a muitos dos actuaes), levou os velhos juriconsultos á fixação de certos principios que pela singeleza, vigor e precisão parecem condensar em formulas modestissimas os elementos precisos para bem resolver as duvidas da interpretação. Pois nada mais insidioso e traiçoeiro.

O caracter eminentemente complexo dos phenomenos juridicos só em casos rarissimos permite syntheses d'essa ordem, e estas ainda assim muito arriscadas a ser acompanhadas, de momento para momento, pelo sequito das excepções á regra geral. O emprego dos aphorismos juridicos deve por isso ser feito com a maxima cautella e circumspecção; d'outro modo, o interprete arrisca-se a commetter a peor das inexactidões—a que reveste a apparencia opposta, por forma a occultar o vicio interno de vistas perspicazes e experimentadas.

Mas não se conclua do que vimos dizendo a sujeição á letra das disposições legaes, como rumo por nós seguido no cumprimento d'esta tarefa; contra tal sujeição pugna a importancia que ligamos aos antecedentes historicos, o conhecimento, embora

imperfeito, que alcançámos das questões da jurisprudencia, levantadas em parte pela obediencia servil ás palavras da lei; pugna, n'uma palavra, a obrigação de realisar o entendimento correlacionado dos textos, não os isolando, mas tentando diminuir as asperezas das contradicções e os embaraços da combinação. Imperou sobre tudo em nós o proposito de ser coherentes com as noções e principios que resaltam immediatamente, necessariamente, da natureza do assumpto e dos preceitos legislativos; uma vez alcançadas estas noções e principios, não foi a letra estricta dos textos que nos empecceu á sua sensata applicação. Fizemol-a sempre, fizemol-a emquanto houve modos e ensejo de a effectuar, sem respeito nem desprezo exaggerados por essa letra.

Encontrámos por vezes, frente a frente com a nossa opinião, os juizos muito valiosos de illustres juriconsultos patrios. Tomamol-os como objecto de estudo, como advertencias prudentissimas que nos compelliam a analysar demoradamente os problemas juridicos; e, se na apresentação do nosso parecer imparcial não houve evitação de responsabilidade, por certo não faltou tambem o justo apreço das opiniões combatidas.

Por vezes topámos com preconceitos enraizados e mistura de noções naturalmente distinctas, que tanto perturbam a decisão nitida e singela de pontos aliás de levantada importancia. Quanto a isto, rompemos a direito pela verdade fóra e não titubiámos em lhe chamar confusão ou habito pernicioso.

A auctoridade dos commentarios e dos arestos é, como todas as auctoridades scientificas, a expressão vigorosissima d'um voto; desabroche no espirito do aprendiz a desconfiança da sua legitimidade, e o valor d'ella occasionará um estado de hesitação,

mais ou menos longo segundo a grandeza do valor e o numero dos pareceres harmonicos. Durante o dominio d'essa força, é que o bom senso do principiante tem de se dedicar todo á apreciação tranquillida dos motivos de decidir.

Se do exame reflexivo conclue contra o juizo que formára, abandone-o sem demora, pois no campo especulativo é estulto o orgulho ou amuo não estado com factos ou experiencias; mas se o exame robusteceu a opinião propria, é obrigação moral do escriptor atirar para o papel a franca exposição do seu pensar, ataque ella embora obras e nomes veneraveis. Sigamos abertamente esta norma salutar, para que a applicação da glosa, da opinião commum dos doutores e do caso julgado, esse vicio, por emprego e auctoridade abusivos, que recommçou a lavar entre nós, não chegue a estancar de vez a originalidade de muitas intelligencias.

Quanto á legislação e jurisprudencia estrangeiras, fomos, no seu uso, d'uma parcimonia verdadeiramente homeopathica; lançámos mão d'ella, quando, na realidade, a sua intervenção auxiliava ou esclarecia a exposição da doutrina.

Nós professamos pelo emprego immoderado, ainda que erudito e bem intencionado, d'essas leis e jurisprudencia no estudo do nosso direito constituido, a mesma admiração que nos inspiram os primores d'arte portuguezes que são copias litteraes da arte estrangeira: temol-o como enxerto infecundo, capaz de vir a transformar a jurisprudencia portugueza em jurisprudencia *debric-à-brac*, mas improprio para avigorar os elementos originaes do nosso direito, que bastantes possuíamos e alguns possuímos ainda. Use-se das lições fornecidas pelas leis e jurisprudencia estrangeiras, mas use-se sabiamente d'isso, quando

esse uso fór exigido, quer pelas deficiencias do direito patrio, quer pela superioridade d'aquellas indicações, em casos identicos ou semelhantes.

Diremos por ultimo que a grande chaga da jurisprudencia portugueza, o vicio que a degrada na actualidade e ameaça ridicularisal-a no futuro, é o predominio do espirito falsamente chamado praxista, sob cuja influencia raream as largas e sãs doutrinas juridicas, a applicação rasgada dos salutares principios do direito.

A jurisprudencia tornou-se geralmente casuistica; o official de diligencias substituiu o advogado; a costumeira tradicional chamou-se pratica, e o jurista, novo e vigoroso, com a intelligencia aberta ao progresso da legislação, prostra-se reverente e idiota diante d'uma pseudo-ciencia, feita de inutilidades e de caruncho.

Não entrará de vez no entendimento dos nossos jurisconsultos que se não faz sciencia, á força de se fazerem velharias? que o estudo da hypothese juridica é simplesmente o alicerce para a construcção das inducções experimentaes? que, se a pratica do foro é a grande escola onde se palpa o verdadeiro alcance e valor dos estudos theoricos, a estes pertence vigial-a e iniciar as reformas que o adiantamento scientifico fór exigindo? Submettida á acção destructora de um tal veneno, uma boa parte da jurisprudencia portugueza *achineizou-se*: estamos repletos de pequeninas curiosidades juridicas, de pequeninas partidas de xadrez em que o rei é o artigo tantos e a rainha o artigo quantos; superabundam os escriptos-catalogos, muito tolos, sem razão de ser como a tendencia que os produziu.

Contra este estado pathologico da sciencia do direito e da arte de o applicar, chamamos o bom

senso lusitano, a antiga qualidade nacional que n'um dia de plena expansão se lembrou de reprimir energicamente os excessos da classe dos advogados. As circumstancias actuaes não fazem necessario o emprego de canterio semelhante; mas o que ellas requerem instantemente é a união dos cultores do direito com o fim de o estudar segundo um methodo verdadeiramente scientifico, e com a coragem sufficiente para ver no descobrimento das leis que o regem e na applicação logica e firme dos seus principios o cumprimento d'um dever imperioso: o de velar pela conservação da nossa saude cerebral.

Coimbra, junho de 1884.

PARTE I

ESBOÇO HISTÓRICO DA SUCCESSÃO LEGITIMARIA

CAPITULO I

SUMMARIO

1.—Apparecimento da noção de testamento.—A successão intestada precede a testamentaria. 2.—Direito de primogenitura masculina. 3.—Apparecimento da noção de legitima. 4.—Direito romano antes das Doze Taboas. 5.—Lei das Doze Taboas.—Introducção, por costume, da *querella do testamento inofficioso*. 6.—Epocha em que foi introduzida. 7.—A legitima romana deriva da Falcidia. 8.—Medida da legitima estabelecida a favor dos filhos, antes e depois de Justiniano. 9.—Outros herdeiros legitimarios segundo o direito romano. 10.—*Querella da doação e dote inofficiosos*.—Reforma de Justiniano quanto aos effeitos das referidas querellas. 11.—Direito privilegiado a favor da Igreja Catholica; subsistencia da instituição da legitima. 12.—Operações do calculo da legitima, segundo o direito romano; epocha, patrimonio do fallecido e deducções obrigatorias.—13. Os bens doados em vida pelo auctor da herança eram conferidos? Exposição do parecer d'Ortolan. 14. e 15.—Rejeição de este parecer: confusão entre a noção de collação e a de conferencia dos referidos bens para o effeito do calculo da legitima; se a dita conferencia se verificava só no caso de a doação ser inofficiosa. 16.—Invasão dos barbaros; a successão entre os germanos primitivos.—Introducção do testamento n'estes povos; influencia da Igreja Catholica.—A plena liberdade de testar entre os visigodos. 17.—Legitima visigothica.—Legitima dos descendentes; instituição do terço e quinto.—Legitima paterna e irmãos. 18.—Operações do calculo da legitima—Codigo Wisigothico. Especialidade da legislação visigothica. Regras

sação ¹, mas é certo que antigos monumentos da historia nos fornecem prova do seu uso, sendo impossivel descobrir a epocha em que começou ².

Teve logar entre os egypcios ³. Prohibido na primitiva Grecia, que considerava o patrimonio dos cidadãos como deposito posto nas suas mãos pelo Estado, foi permittido mais tarde em Athenas por Solon. Ignorado ou prohibido em Sparta, só foi ali auctorisado em epocha posterior á guerra do Peloponeso; e Emilio de Laveleye, seguindo a Fustel de Coulanges, informa-nos de se ter conservado a recordação do tempo em que o mesmo aconteceu em Coryntho ⁴.

Entre os chinezes só apparece n'um periodo adiantado da sua vida social ⁵, e não foi conhecido do direito indio, nem do zendo, nem do hebreu. As Gallias, essas

¹ Gomersindo de Azcárate, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad*, tomo I, pag. 17 e 18.

² F. Bigot-Prémeneu, *Exposé des motifs du titre des donations entre-vifs et des testaments* (do Cod. Civ. Fr.) na collecção dos —*Motifs, rapports et opinions des orateurs qui ont coopéré à la rédaction du Code Civil*, etc., revista por M. Poncelet, tomo 1.º, pag. 374.

³ Esta é a opinião do Bigot-Prémeneu na obra e logar citados; mas Azcárate (obra e tomo citados, pag. 34) aponta a falta de dados concretos e positivos quanto á materia das successões entre os egypcios. Veja-se Emilio de Laveleye (*De la propriété et de ses formes primitives*, pag. 171), o qual, seguindo a Fustel de Coulanges, refere a existencia do testamento em Thebas, depois de certa epocha.

⁴ Plutarco, vida de Solon, pag. 30, verso, da traducção latina de Bate (edição de 1554)—Bigot-Prémeneu, obra e logar citados —Laveleye, obra citada, pag. 170, 171 e 178—Azcárate, obra e tomo citados, pag. 49, e 53 a 58.

⁵ Azcárate, obra e tomo citados, pag. 40.

conheceram-n'o antes da introdução do direito romano ¹.

A tardança no apparecimento da successão testamentaria, precedida na ordem chronologica pela successão legitima ou intestada—lei historica esta universalmente comprovada—explica-se pelo estado da evolução da propriedade, a qual, partindo de formas collectivas, caminha incessantemente para a individualisação ².

2. — Tambem antigos costumes e diplomas historicos apontam o direito de primogenitura masculina como regra seguida nas transmissões da propriedade por via de successão ³.

As leis de Manou ⁴ dizem: «O filho mais velho toma posse de todo o patrimonio e os outros irmãos vivem debaixo da sua auctoridade, como viveram debaixo da do paê». Na Sparta primitiva, o filho mais capaz, a maior parte das vezes o filho mais velho, dirigia a comunidade e intitulara-se o conservador do lar. Em Athenas, onde vigorou tambem esta instituição, acabou por desaparecer com a reforma de Solon ⁵. Na Roma primitiva, não se achava estabelecido privilegio algum de primogenitura ⁶; pelo menos não-se conhece lei alguma que o consagre ⁷.

A existencia do referido direito de primogenitura,

¹ Laveleye, obra citada, pag. 68 e 170—Azcárate, obra e tomo citados, pag. 38 e 41—Levitico, cap. xxv, vers. 8 a 11, e 23 a 31—Bigot-Prémeneu, obra e logar citados.

² Laveleye, obra citada, pag. 4 a 7, 65 a 69 e 170 a 172—Azcárate, obra e tomo citados, pag. 18, 23, 106 e seg., e 214.

³ Azcárate, obra e tomo citados, pag. 17 e 18.

⁴ Citadas por Azcárate na mesma obra e tomo, a pag. 28.

⁵ Laveleye, pag. 177 e 178—Azcárate, obra e tomo citados, pag. 55 e 58.

⁶ J. Ortolan, *Législation romaine* (edição 40.ª) vol. I, n.º 126.

⁷ Azcárate, obra e tomo citados, pag. 106 e 108.

consequência do culto dos antepassados desenvolvido por povos primitivos ¹, assignala a vigencia da transmissão exclusiva da propriedade por meio de successão legitima; é portanto uma poderosa indicação scientifica contra a existencia, n'essas epochas e nos povos que desenvolveram essa instituição, da successão testamentaria, e portanto d'um limite, quer consuetudinario, quer escripto, á livre testamentifacção.

3—Segundo expõe Azcárate na obra e tomo já citados ², o testamento, tal qual se mostra entre os chinezes, tem um character secundario e contingente isto é, apparece quando não ha dentro da familia membros de certo gráu, em relação com os sacrificios funebres devidos aos antepassados.

Já se encontra n'esta restricção á faculdade de dispor da propriedade o primeiro rudimento d'uma quota de successão, garantida pelo direito a certos herdeiros, mas tão occulta no fundamento religioso que a exigia, tão velada pelo interesse colectivo da familia que não devemos considerá-la como forma definida da legitima, a qual suppõe que a propriedade entrou n'um periodo avançado de individualisação.

Em Athenas é que vemos desabrochar claramente a noção d'uma quota parte da herança, reservada por lei a certos herdeiros do auctor d'ella ³. Depois das reformas de Solon, introduzido o testamento e destruido o antigo direito de primogenitura, apresenta-nos a civilisação atheniense as duas especies de successão—a

¹ Herbert Spencer, *Principes de Sociologie*, traducção franceza de M. E. Cazelles, tomo 1.º, pag. 388 e seg.—Azcárate, obra e tomo citados, pag. 17 e 18.

² Pag. 40.

³ Plutarco, obra e logar citados—Laveleye, obra citada, pag. 170 e 171.

legitima, fundada nos laços de sangue, e a testamentaria; para que esta pudesse ter logar, era necessario não existirem herdeiros naturaes do auctor da herança—filhos e mais descendentes legitimos, ou que estes fossem validamente desherdados.

O encargo do pagamento das dividas do auctor da herança encontra-se já n'esta legislação, não limitado, pelo valor dos bens herdados: os filhos d'um cidadão fallecido, devedor insolavel para com o thesouro publico, e por consequencia em estado de *atimia*, eram obrigados a acceitar a successão onerada; por isso mesmo se tornavam responsaveis pela divida do pae para com o thesouro, e a *atimia* d'este rocalia n'elles. A legitima atheniense absorvia portanto a totalidade dos bens paternos, livres do referido encargo, e era destinada a herdeiros em linha recta descendente.

4.—No seu trabalho—*La cité antique*—diz Fustel de Coulanges ¹: «Antes da lei das Doze Taboas, não temos texto algum de lei que prohiba ou permita o testamento, mas a lingua conservava a recordação d'um tempo em que elle não era conhecido; pois chamava ao filho *herdeiro seu e necessario*». ² A observação de Fustel de Coulanges precisa entendida em termos habeis. A classe de herdeiros *sui et necessarij* acompanha o direito romano até ao ultimo periodo ³, ao lado da facul-

¹ Passagem transcripta por Laveleye, a pag. 171 da obra citada.

² Com a observação de Fustel de Coulanges harmoniza-se o escripto por G. A. Chabot (de l'Allier) no *Rapport fait au tribunal sur le titre des successions* (do Cod. Civ. Fr.)—pag. 342 do tomo 1.º da collecção citada: «Os romanos admitiram as instituições testamentarias por uma disposição da lei das Doze Taboas»...

³ Veja-se o n.º IV da Taboa v. nos fragmentos da lei das Doze Taboas—obra e volume citados de Ortolan, pag. 108—Dig. liv. 29, tit. 2, lei 6, § 5—Inst., liv. 2, tit. 19, pr. e §§ 1 a 3; liv. 3, tit. 1, §§ 1 e 2—Cod., liv. 6, tit. 31, lei 6.

dade de testar, porquanto as duas instituições não se destruíam, mas antes se combinavam sem dificuldade.

Os herdeiros *sui et necessarii* eram os que, na occasião do fallecimento do auctor da herança, estavam sob o patrio poder do fallecido, a quem succediam, quer *ab intestato*, quer em consequencia de instituição testamentaria ¹; assim, estes herdeiros eram verdadeiros herdeiros legitimos, que podiam ter sido beneficiados por testamento; mas a faculdade da testamentifacção, longo de ser irreconciliavel com a reforida instituição, foi pouco a pouco, depois da lei das Doze Taboas, regulada e diminuida, á face dos direitos dos herdeiros em cujo favor os costumes e a lei estabeleceram a *portio legitima*, entre os quaes se contam herdeiros que podiam ser *sui et necessarii* ². Por outro lado, sem entrar na discussão da these—se houve epocha na primitiva civilização romana em que não fosse conhecido o testamento, questão que nos parece dever resolver-se affirmativamente, baseando-se a origem das palavras *sui et necessarii* n'um estado colectivo da propriedade—é certo ser já usado entre os romanos, no tempo correspondente áquelle a que se refere a existencia dos reis de Roma, este meio de transmissão da propriedade, constituindo até, pelas diversas maneiras de se pôr em execução, uma das diferenças caracteristicas entre o patriciado e a plebe.

Reduzida a opinião de Fustol de Coulanges a limites rigorosos, isto é, distinguida a questão de saber se em Roma a successão intestada precedeu a testamentaria ³ da

questão de se negar a existencia do testamento romano antes das Doze Taboas, fixar-nos-hemos n'este ultimo ponto, reportando-nos ás palavras de Ortolan ⁴: «Ao passo que para o testamento do patricio era convocadas as curias, o ellas decidem se esta perturbação na ordem da familia aristocratica deve ser auctorisada, se deve admittr-se o proposto pelo testador como seu herdeiro, quer dizer, a tomar, depois da sua morte, o logar d'elle na corporação, enquanto o testamento dos patricios nada menos é do que uma lei curial, o plebeu, o qual não pode, senão de direito, pelo menos de facto, aspirar a uma forma tão elevada, alcança menos nobremente mas mais facilmente o mesmo resultado, por meio d'uma ficção, vendendo o seu patrimonio futuro pela solemnidade *per aes et libram*.» Com a opinião de Ortolan concorda a de muitos outros illustros romanistas.

Mas qual a amplitude da liberdade de testar antes da lei das Doze Taboas? A opinião menos provavel em vista do character absoluto do patrio poder n'este periodo do direito romano ⁵, é a que suppõe necessaria a auctorisação dos filhos para o fazer o chefe da familia; todavia, a mancipação punha ao alcance do testador um meio que o dispensava de pedir esta auctorisação, se d'olla havia mister em consequencia do estado coevo da propriedade: podia, em vida, mancipar o seu patrimonio a um amigo que elle encarregava, simultaneamente, de executar as suas ultimas vontades.

Vigoraria esta formalidade, se porventura existiu, só para a classe plebea, ou tambem para a classe patricia, cumulando-se á da approvação do testamento em

¹ Inst., liv. 2, tit. 19, § 2; liv. 3, tit. 1, § 2.

² Ortolan, obra citada, vol. 2.º, n.º 807—*Infra*, n.º 8 e 9.

³ No sentido affirmativo, veja-se a obra e tomo citados de Azcárate, pag. 406 e 409.

⁴ Obra citada, vol. 1.º n.º 90; veja-se tambem n.º 127.

⁵ P. Meckelicy, *Manuel de droit romain*, §§ 557 e 558—Ortolan, obra e volume citados, n.º 91.—Vejam-se os n.ºs 5 e 9, *infra*.

lei curial? E' mais de erer que vigorasse unicamente para a classe plebea, pois, com respeito á classe patricia, a passagem dos bens para outras pessoas que não os herdeiros legitimos, podia pôr em perigo a conservação da *gens*; interessava portanto a esta collectividade que a livre faculdade do dispor estivesse independente da vontade dos herdeiros legitimos, e exclusivamente sujeita á decisão affirmativa ou negativa da curia, uma collectividade superior.

Seja qual fôr o valor d'estas affirmações, e ainda mesmo no caso menos provavel de ellas procederem, eram antes as mencionadas restricções á liberdade do testar formalidades necessarias á validade do testamento do que preceitos tendentes a estabelecer quota disponivel ou legitimaria ¹.

¹ Azcárate (obra e tomo citados, pag. 106 e 109 a 114) de accordo com Sumner Maine, ataca a opinião, segundo a qual existiu em Roma, antes da lei das Doze Taboas e sob esta lei, absoluta liberdade de testar. Quanto á solução apresentada, relativamente á epocha em que ella dominou, parece-nos resumir-se a argumentação de Azcárate na affirmação de que, segundo a lei das Doze Taboas existia perfeitamente nítida a successão intestada, e que a opinião sustentada pelo notavel escriptor provem da confusão entre successão legitima, a qual pode existir simultaneamente com a mais ampla liberdade de testar (comparem-se os n.ºs iv e v da Taboa v da citada lei com o n.º iii da mesma Taboa—em Ortolan, obra e volume citados, pag. 108), e successão legitimaria, a qual nos não conseguiu demonstrar ter existido nos primeiros tempos posteriores á lei das Doze Taboas. Concordamos com Azcárate em que o povo romano se submette, como todos os povos, á lei historica apontada no n.º 4, *supra*, e em que é de erer terem as antigas nacionalidades italianas conhecido primeiramente a successão intestada; mas não attingimos á contradicção entre esse facto e a regra ampla e clara sobre liberdade de testar expressa na referida lei, pois as duas especies de successão—legitima e testamentaria—não se excluem, mas antes se combinam e completam.

5. — Com o apparecimento da lei das Doze Taboas, a *lex* por excellencia dos romanos, dominou no seu direito a doutrina da completa liberdade de testar: «*Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus est*» ¹. Tal é o conciso dizer d'este codigo romano, em que o elemento plebeu triumphou do elemento patricio ²; tal é o poder que a lei collocava nas mãos do *paterfamilias*. E não era de estranhar que o pae podesse desherdar livremente seus filhos, sobre quem tinha o direito, ainda mais terrivel, de vida e morte ³.

Qual a duração da epocha em que dominou a regra ampla da lei das Doze Taboas, impossivel dizel-o; o exacto é que a alteração dos costumes motivou a alteração das leis, e que o Jeto. Pomponio, o qual viveu no seculo 2.º da era christã, no tempo de Adriano, falla d'esta faculdade como de coisa pertencente á historia—*sed id interpretatione coangustatum est, vel legum, vel auctoritate jura constituentium* ⁴.

Que a lei das Doze Taboas, adaptada á simplicidade dos costumes nas primeiras epochas da republica romana, se tornou cada vez mais impropria para regular o direito de testar, ao passo que a corrupção foi invadindo aquelle organismo social, attestam-n'o os esforços continuos dos prudentes para modificar o texto acima transcripto. Se as medidas por elles empregadas eram ou

¹ N.º iii da Taboa v, em Ortolan, obra e tomo citados.

² Ortolan, obra e volume citados, n.º 127—Azcárate (obra e tomo citados, pag. 39 e 60) nota uma transformação analogo no testamento atheniense.

³ Diz Paulo: «*Nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et vocellere libet*» (Dig. liv. 28, tit. 2, lei 14).

⁴ Dig., liv. 50, tit. 16, lei 120—Bouto Gutierrez y Fernandez, *Códigos ó estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, tomo 3.º pag. 321 e 322.

não as mais adequadas para debellar a enfermidade, não vem para aqui discutil-o; tomemos nota do remedio ideado pelos juriconsultos, pois n'elle se encontra a garantia fundamental do direito legitímario de certos herdeiros.

Não era permitido aos prudentes fazer leis novas, nem annullar as antigas; mas vendo que os paes abusavam do preceito das Doze Taboas, cuidaram de inventar um recurso para favorecer os filhos desherdados: fingiram *piadosamente* que não dava grande prova de estar em seu juizo aquelle que, sem causa alguma, atropellava os sentimentos e deveres naturaes. Com esta côr se introduziu, por costume, a *querella do testamento inofficioso* (*in officium*) ¹, em harmonia com outro logar das Doze Taboas que requeria no testador a qualidade *sanae mentis* ², querella pela qual os filhos podiam reclamar a herança de seus paes contra os herdeiros instituidos, fazendo annullar o testamento que os desherdava ou omittia injustamente ³.

¹ Dig., liv. 5, tit. 2, lei 8, §§ 2 a 5.—Inst., liv. 2, tit. 18, pr.—Florencio García Goyena, *Concordancias, notas y comentarios del Código Civil Español*, tomo 2.º pag. 88 e 326.—Antonio R. de Liz Teixeira, *Curso de Direito Civil Portuguez* (edição 3.ª), parte 1.ª, tit. VI, § 3 (pag. 323), e parte 2.ª, divisão 1.ª, tit. V, § 40 (pag. 276) e § 52 (pag. 350)—Gutiérrez y Fernandez, obra e logar citados.—Ortolan, obra citada, vol. 2.º n.º 802.

² Refere-se a essa disposição Liz Teixeira no primeiro dos logares citados, mas não a encontrámos nos fragmentos que Ortolan apresenta da lei das Doze Taboas (obra e vol. citados, pag. 402 e seg.), embora se deduza indirectamente do n.º VII da Taboa V (pag. 409 do logar citado d'Ortolan).

³ Dig., liv. 5, tit. 2, lei 8, § 16. Heinzeio, *Elementa juris civilis, secundum ordinem Pandectarum*, ao liv. 5.º (§ 33.)—Ortolan, obra citada, vol. 2.º n.º 802.—E. Lagrange, *Manuel de droit romain*, pag. 300 e 304.

6.—Introduzida pouco a pouco nos habitos do povo romano a querella do testamento inofficioso, offerece-nos o primeiro exemplo de estar fixada uma quota de successão paterna a favor dos filhos por ministerio da lei e independentemente da vontade do testador uma epistola de Plinio, o Moço ¹. Plinio havia sido instituido herdeiro por Pomponia Gratilla, e tendo-se queixado Assudio Curiano, filho da testadora, d'aquella disposição, Plinio responde-lhe que as suas queixas não teriam fundamento, se sua mãe lhe tivesse deixado um quarto da successão: «*Si mater te inquam ex parte quarta scripsisset haeredem, num queri posses? Quid si haeredem quidem instituisset ex asse, sed legatis ita exhausisset, ut non amplius apud te, quam quarta remaneret? Igitur sufficere tibi debet, si exhaeredatus a matre, quantam partem ab haereditibus ejus accipias, quam tamen ego augeo*»; o Curiano conveio em receber a parte da legitima correspondente á porção de bens deixada a Plinio, como se conclue da mesma carta.

Os termos usados por este escriptor provam que, no seu tempo tinham os filhos direito legitímario ao quarto da successão, ainda mesmo materna ²; ora Plinio, o Moço, nasceu no anno 62 da era christã e falleceu provavelmente cerca do anno 120 da mesma era; é portanto de crer, dando tempo a que o costume se enraizasse na sociedade romana, que a sua introdução pelos prudentes, date, *pelo*

¹ Liv. 5, epist. 1.ª.—Cujaccio (*Paratitla in lib. 3 Cod., tit. 28*), levado pela inscripção da lei 4 do tit. 2, do liv. 5 do Dig., attribuiu a origem da querella do testamento inofficioso a uma certa lei Glicia, inteiramente desconhecida. Veja-se o volume 2.º da obra citada de Ortolan na nota (4) ao n.º 793, onde se diz que a inscripção da dita lei do Digesto foi provavelmente alterada.

² Liz Teixeira, obra citada, parte 2.ª, div. 4.ª, tit. V, § 40 (pag. 277).

menos, do século anterior á nossa era. Com isto se harmonisa a observação de Goyena ¹ e de Gutierrez y Fernandez ² de que a querella do testamento inofficioso se praticava no tempo de Cicero, como principio de direito consuetudinario, porquanto o celebre orador nasceu 106 annos antes de Christo.

7.—Como foi introduzida a noção da legitima na jurisprudencia romana, posterior á lei das Doze Taboas? como creação nova e original, sem parallelo n'outra instituição da mesma jurisprudencia, ou derivando d'outra instituição? A versão mais razoavel é a que a faz derivar da Falcidia ³.

A Falcidia, ou a *quarta*, prohibia que os legados absorvessem mais de tres quartos da totalidade dos bens deixados pelo testador; o que queria dizer: houvesse um ou muitos herdeiros instituidos, era-lhes sempre reservado o quarto por disposição da lei ⁴.

Quer a lei Falcidia contivesse uma disposição analogá, relativamente á successão intestada, quer (o isto é mais provavel) a jurisprudencia tivesse estendido a estes herdeiros a garantia que a referida lei concedera só aos instituidos, sob pena de annullação do testamento como inofficioso, é facto ter-se attribuido ao herdeiro *ab intestato* o direito inviolavel á quarta parte da quota

da herança que lhe teria pertencido se o testador fallecesse sem testamento ⁵.

Provam ser esta a origem da legitima romana os documentos seguintes: um texto do Ulpiano ⁶, uma constituição de Theodosio e de Valentiniano ⁷, outra de Arcadio e Honorio ⁸, duas de Justiniano ⁹ e a lei romana dos Burguinhões ¹⁰ em que se lhe dá o nome de Falcidia; prova-o igualmente uma Novella de Majoriano, na qual se lhe chama—a quantidade da lei Falcidia (*sola Falcidia quantitas*) ¹¹; prova-o por ultimo o testemunho de Savigny de ter sido applicada a palavra *Falcidia* para designar a legitima no direito romano entre os francos ¹². Parece-nos, por consequente, poder afirmar-se que a quota legitimaria, garantida pela querella do testamento inofficioso, a qual os textos denominam *debitum naturale* ⁹, *portio legitima* ¹⁰, *pars legitima* ¹¹, o que nas mãos dos commentadores se transformou na simples expressão — legitima, deriva, senão directamente da lei Falcidia, ao menos por extensão da instituição da *quarta* estabelecida n'essa lei.

¹ Ortolan desenvolve lucidamente este ponto no citado n.º 794 do volume 2.º da obra citada.

² Dig., *cod. tit.*, lei 8 § 9.

³ Cod. Theod., liv. 16, tit. 8, lei 28.

⁴ Cod., liv. 9, tit. 8, lei 5, §§ 3 e 5.

⁵ Cod., liv. 3, tit. 28, leis 6 e 31. Veja-se tambem a Novella 92.

⁶ Citada por Ortolan na nota (4) ao n.º citado.

⁷ D. Majoriani A. legum novellarum liber, tit. 8.

⁸ Histoire du droit romain au moyen-âge, tomo 2.º, cap. 9, § 41 no fim.

⁹ Cod., liv. 3, tit. 28, lei 36, § 2.

¹⁰ Cod. Theod., livro 2, tit. 19, lei 2.º—Cod., *cod. tit.*, leis 28, 30 e 31.—Nov. 18, cap. 2; 39, cap. 1.º.

¹¹ Inst., liv. 2, tit. 18, § 3—Cod., *cod. tit.*, lei 36, pr.—Nov. 39, cap. 1; 123, cap. 38.

¹ Obra e tomo citados, pag. 327.

² Obra e tomo citados, pag. 322.

³ Liz Teixeira, obra citada, parte 1.ª, tit. VI, § 3 (pag. 322)—Heineccio, lugar citado, § 48—Mackeldy, obra citada, § 656 e nota [2]—Goyena obra e tomo citados, pag. 334—Ortolan, obra citada, vol. 2.º, n.º 794—Gutierrez y Fernandez, obra e tomo citados, pag. 322.

⁴ Inst., liv. 2, tit. 22, pr.

8.—Faltava ainda a declaração expressa na lei do direito inviolável que os filhos tinham a uma quota parte da herança paterna. Apresenta-nos o Digesto textos claríssimos e, assigualmente, fixam a quota legitima, a dividir pelos filhos deixados pelo testador, na quarta parte da herança, os §§ 6 e 8 da lei 8 do tit. 2 do liv. 5 d'esta compilação ¹.

Diz o § 6: «*Si quis mortis causa filio donaverit quartam partem ejus, quod ad eum esset perventurum, si intestatus paterfamil. decessisset, puto secure eum tes-*

¹ Manuel de Almeida e Sousa no § 2 da *Dissertação 5.ª* em appenso às *Ações Summarias*, adverte que Justiniano foi o primeiro a declarar especificadamente, na lei 31, Cod., de *inoff. testam.* (liv. 3, tit. 28) e no fim das Inst., *cod. tit.* (liv. 2, tit. 18), que a legitima dos filhos, ou fossem muitos ou poucos, era a quarta parte da herança paterna ao tempo da sua morte, pois antes não havia lei positiva que assim o declarasse, como adverte Vinnio ao § 3 Inst., *cod. tit.*, n.º 2. A citação do Código foi feita, evidentemente, por mero equívoco, em vez da citação correspondente do Digesto. É exacto que a citada lei do Código, assim como muitas outras das suas leis (por exemplo as leis 6 e 29 do mesmo título, a lei 1.ª do tit. 29 do mesmo livro e a lei 20 do tit. 20 do livro 6, se referem a quarta, a qual desapareceu com a reforma de Justiniano; mas também é exacto que os textos citados do Digesto são anteriores aquelle, devendo ser os apontados para o fim alludido, porquanto preferem na ordem chronologica a lei do Código que acabámos de transcrever em parte.

Quanto a affirmar-se que os referidos textos do Digesto (entendendo favoravelmente as expressões de Almeida e Sousa) foram os primeiros a reconhecer expressamente os direitos legitimarios dos filhos, parece-nos isso demasiado arrojado, attento o conhecimento imperfeito que possuímos da legislação e compilações romanas, mormente antes de Justiniano. O proprio Vinnio, no lugar citado por Almeida e Sousa, contradiz sensatamente a affirmação d'este juriconsulto: «*Quo primum tempore aut qua lege modus hujus portionis (referindo-se á legitima segundo o direito antejustiniano sic definitus sit, non liquet.*

tari.» Diz o § 8: «*Quoniam autem quarta debita portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum erit, an exheredatus partem faciat, qui non queritur: ut puta, sumus duo filii exheredati? et utique faciet, ut Papinianus respondit, et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere. Proinde si sint ex duobus filiis nepotes; ex uno plures, tres puta, ex uno unus: unicum, sescuncia; unum ex illis, semuncia quere-la excludit*» ¹.

Não foi esta sempre a medida da legitima romana, Justiniano tentou graduar a legitima dos filhos segundo o numero d'estos, e, com tão pouco acerto se houve no commettimento que lhes attribuiu maior quota no caso de existirem cinco do que no caso de existirem quatro: segundo o disposto por este imperador no cap. 1 da Novella 18, a quota legitima dos filhos era igual a um terço do que receberiam *ab intestato*, se o numero d'elles não excedesse a quatro; e a metade da mesma porção, no caso contrario.

Diz a citada Novella ²: «*Haec nos moverunt corrigere legem, et non eam despicere semper erubescens: talique modo determinare causam, ut si quidem unius est filii pater aut mater: aut duorum, vel trium, vel quatuor: non triuncium eis relinqui solum, sed etiam tertiam proprias substantias partem: hoc est, uncias quatuor: et hanc esse definitam mensuram usque ad predictum numerum. Si vero ultra quatuor habuerint filios, mediam eis totius substantiae relinqui partem, ut secuncium sit omnino quod debetur, singulis ex aequo quadriuncium vel secuncium dividendo.*»

¹ Inst., *cod. tit.*, §§ 3 e fin.—Cod., *cod. tit.*, lei 6 e 31.

² Veja-se também a Nov. 22, cap. 48, e a Nov. 39, cap. 1.º

9.—O direito romano reconheceu o principio da legitima unicamente a favor dos filhos e seus descendentes ¹. As ultimas palavras do citado capitulo da Nov. 18, e que parecem abranger o todo, são as seguintes—*hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est.* » Quaes eram as pessoas a cujo favor se havia decretado a querella do testamento inofficioso, na hypothese de serem herdeiros *ab intestato* do fallecido?

Em primeiro logar, os paes do testador ².

Escusado será fallar d'esta legitima pelo direito das Doze Taboas; mais do que esse remedio valia o patrio poder, o qual dava ao pae verdadeira omnipotencia sobre a pessoa e bens dos filhos ³.

Introduzido o peculio castrense, alcançaram os filhos o direito de dispor a favor de extranhos dos bens que o compunham, sem pertencer ao pae acção para annular o testamento do filho, como consequencia do patrio poder ⁴; e, quanto aos bens que compunham o peculio quasi-castrense, embora, até Justiniano, o filho só de elles podesse dispor por testamento em casos oxepcionaes, é preciso notar que este imperador permittiu a sua livre disposição, assimilando d'esta maneira os dois peculios—castrense e quasi-castrense ⁵.

Ainda em vista do cap. 4 da Nov. 115 ⁶ se podia contestar que o direito de disposição dos bens castrense

¹ Dig., *cod. tit.*, lei 8, § 3—Cod., *cod. tit.*, lei 7 e tit. 29, lei 5—Nov. 118, cap. 1.^o

² Dig., *cod. tit.*, leis 1, 14, 15 e 30—Inst., *cod. tit.*, § 1 e final.

³ Gutierrez y Fernandez, obra e tomo citados, pag. 326.

⁴ Alberto Carcassone, *De la condition juridique des filifamilias en droit romain*, pag. 56, 57 e 59.

⁵ Cod., liv. 12, tit. 36, lei ult.—Obra citada, pag. 62 e 63.

⁶ *Quae sint justae causae parentum exheredationis.*

o quasi-castrense, tivesse tão grande amplitude; mas a fixação da legitima paterna pelas citadas leis do Digesto e das Institutas na quarta parte dos bens do testador, legitima que os auctores consideram como havendo sido comprehendida na reforma justinianca ¹ (e tal affirmacão parece-nos sensata á face das ultimas palavras do cap. 1.^o da Nov. 18, acima referidas), varreu qualquer duvida que sobre este ponto se podesse levantar. Vigorava, para o caso, a regra—*quem admodum a patribus liberis, ita a liberis patribus deberi legitimum.*

Pertencia igualmente a querella do testamento inofficioso aos irmãos e irmãs do testador, sendo estes os unicos parentes da linha collateral a quem a lei a concedia ². Esta especie de legitima, fixada como as anteriores na quarta parte dos bens do testador ³, passou por diversas phases ⁴.

O antigo direito romano não distinguia, para tal effeito, os irmãos uterinos dos germanos e consanguineos ⁵.

Constantino nogou a principio a dita querella aos uterinos, e aos germanos e consanguineos que tivessem perdido o direito de agnação, admittindo-a em favor dos

¹ Goyena, obra e tomo citados, pag. 338—Gutierrez y Fernandez, obra e tomo citados, pag. 326.

² Dig., *cod. tit.*, leis 1 e 24—Inst., *cod. tit.*, § 1 e final—Cod., liv. 3, tit. 28, leis 21 e 27—A. Vinicio, *In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius*, ao primeiro logar citado das Institutas—Heineccio, obra e logar citados, § 54—Mackelday, obra citada, § 655.

³ Vejam-se os textos citados na nota anterior.

⁴ Veja-se sobre este ponto a exposição feita por Liz Teixeira na obra citada, parte 2.^a, div. 1.^a, tit. V, § 42 (pag. 284 a 286).

⁵ Combinação das leis 1, 24, e 31 (§ 1) do citado titulo do Digesto e da lei 21 do citado titulo doCodigo.

outros irmãos, quando o defuncto tivesse instituído pessoa torpe ou notada com mancha leve ¹. Mais tarde o mesmo imperador admittiu-a em favor de todos os irmãos, menos dos uterinos, se os herdeiros instituídos eram infames ou torpes, ou notados com mancha leve, ou libertos não merecedores dos grandes benefícios que receberam do patrono, com excepção do caso em que o herdeiro instituído fosse escravo e portanto herdeiro necessario ². Quanto aos uterinos, parece também ter-lhes pertencido o mesmo direito, depois de publicada a Nov. 118 do Justiniano, *de agnorum jure sublato*. Também nos parece que esta especie de legitima foi comprehendida na reforma do Justiniano, pelas palavras finais do cap. 1.º da Nov. 18.

10.—Garantidos os direitos legitimarios de certos herdeiros por meio da fixação legal da quota respectiva, restava, contudo, ao auctor da herança uma maneira facil de illudir os preceitos legislativos, porque a querella do testamento inofficioso só impedia que as disposições testamentarias absorvessem a quota legitima por lei estatuida; o auctor da herança podia facilmente illudir a lei, dispondo em vida, por doação, de parte ou da totalidade dos seus bens. Contra isto foram redigidos os titulos 29 e 30 do liv. 3 do Código—*das doações e dotes inofficiosos*, os quaes admittiram, á semelhança da querella do testamento inofficioso, as *querellas da doação e dote inofficioso* ³, cujos effeitos eram exactamente os

¹ Cod. Theod., liv. 2, tit. 49, leis 1 a 3.

² Cod., *cod. tit.*, lei 27.

³ A lei 4 do citado titulo do Código Theodosiano já se referia á querella *super donationibus*, contrapondo-a á querella *super testamento*, e os titulos 20 e 21 do citado livro do mesmo código inscrevem-se—*De inofficiosis donationibus et de inofficiosis dotibus*. Dos citados titulos dos Códigos Theodosiano e Justiniano se conclue que a legislação romana havia já anteriormente curado d'este assumpto.

mesmos da primeira, o que se conclue da lei 9 do primeiro dos titulos, e do segundo que acabámos de citar.

Como vimos na introdução da querella do testamento inofficioso, a anulação do testamento por esta causa era total ⁴. Segundo a Nov. 115 de Justiniano ⁵, a inofficiosidade do testamento só produzia a nullidade da instituição de herdeiro, ficando validos os legados, fideicommissos e libertações ⁶.

11.—Antes de passar adeante, tocaremos em um ponto que prende immediatamente com a doutrina expendida.

Deixando de parte o periodo de lucta, em que foi progressivamente reconhecida á Igreja Catholica a capacidade de adquirir bens, reportemo-nos á epocha immediatamente posterior ao edicto de Licinio e Constantino (anno de 313), com o qual desapareceram os ultimos vestigios da incapacidade de aquisição pela Igreja.

D'aqui data a formação, a seu favor, de direito privilegiado, na parte relativa á propriedade; d'elle separaremos a prerogativa concedida por Constantino no anno de 321, pela relação estreita que tem com a materia d'este estudo ⁷. Constantino, n'uma constituição

⁴ *Supra*, n.º 5.

⁵ Cap. 3 e 4, *in fine*.

⁶ Heinccio, obra e logar citados, § 53—Ortolan, obra citada, volume 2.º n.º 802—Lagrange, obra citada, pag. 304.

⁷ Sobre este ponto, veja-se: Pr. Francisco Brandão, *Monarchia Lusitana*, parte 5.ª, liv. 17, cap. 7, pag. 488 e verso—Paschoal de Mello Freire, *Historia juris civilis lusitani*, § 55, nota—Francisco Manuel Trigo da Aragão Morato, *Memoria em que se pretende mostrar, que até ao tempo d'El-Rei D. Diniz não existio Lei alguma em Portugal, que prohibisse geralmente ás Igrejas e Mosteiros a aquisição de bens de raiz*, parte 1.ª, no tomo 7.º da *Historia e Memorias da Academia*—Azcarate, obra e tomo citados, pag. 267 e seg.

d'este anno ¹, concedeu á Egreja a testamentificação passiva, por forma tão illimitada que todos lhe podiam deixar livremente quanto quizessem, *porque a nada tem os homens direito como a ser respeitada a sua ultima vontade*, diz a citada constituição ².

Mostraram-se bem depressa as consequencias funestas d'este privilegio, do qual um dos effeitos devia ser a destruição dos direitos legitimarios, até então garantidos pelos costumes em vigor. Era o consentimento da instituição ampla, illimitada, da alma por herdeira, que Sebastião José de Carvalho e Mello havia de prohibir 14 seculos mais tarde, seguindo as pisadas dos legisladores precedentes ³. Assim foi que subsistiu a querella do testamento inofficioso, não obstante a constituição de Constantino, sendo depois reformada e completada por Justiniano ⁴. Mas este imperador não se limitou a reconhecer tacitamente, pela attenção especial que dedicou á materia da legitima, a inviolabilidade dos direitos legitimarios de certos herdeiros, sancionando d'esta maneira as deixas a favor da Egreja, comtanto que não offendessem os referidos direitos, caso elles existissem; Justiniano reconhece-os e salva-os expressamente no cap. 38 da Nov. 123, na hypothese de o varão ou mulher,

¹ Cod., liv. 4.º, tit. 2, lei 4.

² S. Agostinho (Sermão—*Propter quod volui—De diversis*, n.º 49 *ordine antiqua*, seu 355 *ordine nova*, no tomo 8.º das suas obras—edição parisiense de 1683) pronunciou-se contra esta doutrina por uma forma energica e elegante: «Quem quizer nomear herdeira a Egreja, desherdando um filho seu, busque outro que o aceite, pois não o conseguirá de Agostinho, nem de ninguém que obre como Deus manda»—S. Jeronymo falla no mesmo sentido (Epist. 52.ª, n.º 6, no tomo 1.º das suas obras—edição veneziana de 1766).

³ *Infra*, n.º 23 e 28.

⁴ *Supra*, n.º 8 a 10.

que tem filhos, entrar na vida monastica. Este texto demonstra bem claramente, a nosso vêr, que a amplitude das deixas a favor da Egreja nunca foi tão grande que chegasse a destruir a instituição da legitima.

12.—As necessidades da exposição obrigaram-nos a investigar a origem, destino e medida da legitima romana, antes de nos informarmos das regras seguidas por este direito no seu calculo ¹. Diremos agora d'essas regras.

A primeira consistia em que o calculo era referido á epocha do fallecimento do testador—*mortis tempus inspiciatur* ², *quia nulli viventis successio, nulla haere ditas est* ³.

A segunda consistia em que o calculo era referido ao estado da fortuna do defuncto na epocha indicada ⁴.

A terceira consistia em que da massa dos bens que constituia o espolio, se deduziam as despezas funerarias, as dividas e o valor dos escravos libertados por testamento ⁵.

¹ Mais adeante verificaremos que a applicação da medida da quota indisponivel ou disponivel constitue, em regra, a ultima operação do seu calculo (*infra*, n.º 102), e que o calculo d'uma d'essas quotas traz consigo, indispensavelmente, o calculo da outra (*infra*, n.º 103).

² Dig., liv. 18, lit. 4, lei 1; liv. 28, tit. 1, lei 1; liv. 29, tit. 3, lei 2, § 4, e liv. 43, tit. 5, lei 1. § 40—Cod., liv. 3, tit. 28, lei 6; tit. 29, lei 9; tit. 30, e liv. 4, tit. 11—Mackeldey, obra citada, § 57, n.º 1.

³ Passagem transcripta por Goyena, na obra citada, tomo 2.º, ao art. 618.

⁴ Cod., liv. 3, tit. 28, lei 6—Mackeldey, obra e lugar citados—Goyena, obra e lugar citados—Ortolan, obra e volume citados, n.º 798.

⁵ Paulo, *Sentenças*, liv. 4, tit. 5, § 6—Dig., liv. 5, tit. 2, lei 8, § 9; liv. 11, tit. 7, lei 45; liv. 35, tit. 2, lei 36, § 2, e liv. 50, tit. 16, lei 39, § 1—Inst., liv. 2, tit. 23, § 3.

- 1.º) *res alienum* — deduzia-se como bens que são d'outrem e não do auctor da herança;
- 2.º) *funeris impensa* — deduziam-se, pois constituem uma divida de gratidão e consideração, contrahida para com o bemfeitor *communis*.
- 3.º) *pretia servorum manumissorum* — no momento da morte, os escravos achavam-se ainda comprehendidos nos bens do testador; estas libertações eram verdadeiras liberalidades praticadas pelo fallecido, mas tornava-se necessario deduzir o referido valor da massa dos bens por elle deixados, pois a natureza d'estas liberalidades não admittia a possibilidade da redução ¹.

De resto, tudo o que era objecto de legados, doações *causa mortis* e outras liberalidades testamentarias, ainda a favor dos herdeiros a quem os costumes e a lei destinaram a *portio legitima*, tudo se comprehendia na massa, visto existir no espolio do testador, por occasião do seu fallecimento ².

Construiu o direito romano regras de calculo da legitima que vigoram na actualidade, como havemos de

¹ Mackelley, obra e lugar citados, n.º 2.—Goyena, obra e lugar citados—Ortolan, obra e volume citados, n.º 798 e nota 3, e n.º 946—Lagrange, obra citada, pag. 344 e 345.—É bem de ver que, se a natureza das libertações não admittia a redução por inofficiosidade, admittia a revogação total; mas parece que o direito romano, mandando deduzir da somma total dos bens deixados pelo fallecido o valor dos escravos libertados por testamento, tinha em vista prevenir, por meio d'uma regra geral a favor d'estes, as duvidas que as diversas hypothese podiam levantar na pratica.

² Arg. do § 6 do tit. 18 e do § 3 do tit. 22 do liv. 2 das Institutas, e do cap. 1 da Nov. 18.—Ortolan, obra e volume citados, n.ºs 798 e 800.

verificar. Este facto demonstra a justeza d'esses preceitos, que, seguidos n'uma epocha relativamente atrasada da historia juridica, se sustentaram nos codigos e na jurisprudencia até aos tempos presentes ¹.

Continuemos na investigação historica.

13.—*Quid juris* relativamente á conferencia dos bens doados em vida? Ortolan ² distingue duas hypothese, conforme o donatario era ou não herdeiro de sangue: na primeira hypothese, o donatario só excepcionalmente estava obrigado a fazel-os entrar na massa e a imputal-os na sua legitima — em certos casos que o § 6 do tit. 18 do liv. 2 das Institutas indica summariamente; na segunda hypothese, vigorava a mesma regra geral em contrario, e o donatario só os conforia no caso de as doações serem inofficiosas. Dá Ortolan como fundamento da regra geral o facto de não se acharem as doações em vida no patrimonio do testador, por occasião do seu fallecimento.

Pondo de parte esta razão, que nada mais é do que o fundamento da duvida discutida—pois a presente averiguação é exactamente produzida pelo facto com que Ortolan a pretende esclarecer—analysaremos a opinião do illustre romanista.

Diz o citado § 6 das Institutas: *Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit, sive jure hereditario sive jure legati vel fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit; vel inter vivos, in iis tantummodo casibus quorum mentionem facit nostra constitutio, vel aliis modis qui constitutionibus continentur. Quod autem, etc.*

¹ É evidente que não nos referimos a deducção do valor dos escravos libertados.

² Obra e volume citados, n.ºs 799 e 801.

Os casos notados por Ortolan no logar citado são os seguintes:

In iis tantummodo casibus quorum mentionem facit nostra constitutio:

- 1.º) quando a doação em vida foi feita com a condição expressa de ser imputada na legitima, porque a acceitação d'esta condição obriga o herdeiro á dita imputação e a não reclamar senão o complemento da sua quota legitimaria ¹;
- 2.º) quando a doação em vida teve por fim a compra d'um posto militar ²;

Vel aliis modis qui constitutionibus continentur: quando a doação revestiu o character de dote ou doação ante nuptias ³.

14.—Adeante havemos de ver como uma das causas que mais obscurece a materia do calculo da legitima e da quota disponivel, é a confusão entre as noções de collação e a da conferencia ficticia dos bens doados em vida pelo auctor da herança para o effeito d'esse calculo ⁴.

Na affirmação de Ortolan, que se baseia fundamentalmente nas palavras transcriptas das Institutas, existe a mesma confusão de principios ⁵, embora pareça que

a imputação das doações em vida na legitima era a causa determinante da vinda d'essas doações ao cumulo da herança para o effeito do calculo da legitima, (porquanto, se a imputação se realisa, devia a quota, na qual se imputava a doação, ser calculada sobre esta ¹); a imputação na legitima das doações em vida nada tinha com a vinda d'estas doações ao cumulo, em ordem a conhecer-se da sua inofficiosidade ².

Uma doação, não obrigada á collação, podia ser inofficiosa, e uma doação, obrigada á collação, podia não o ser; na primeira hypothese, a doação seria conferida para o effeito do calculo da legitima, como mais abaixo explicaremos, embora não fosse imputavel n'esta quota; na segunda hypothese, a doação, imputavel na legitima, entraria na massa para o effeito do referido calculo, não pelo facto da imputação, mas porque assim o exigia a natureza da *querella da doação* ou *dote inofficioso*. Antes de passarmos a justificar as affirmações contidas no periodo anterior, que respeitam á regra fornecida por Ortolan para a hypothese de a doação em vida ter sido feita a pessoa que não fosse herdeiro de sangue, deter-nos-hemos ainda sobre os motivos que nos forcem a não acceitar a doutrina de Ortolan, relativamente á conferencia das doações em vida na hypothese contraria.

Parece-nos que o logar transcripto das Institutas, o qual concorda com os outros logares citados no n.º anterior do Digesto e do Codigo, não teve em vista deter-

¹ Dig., liv. 3, tit. 2, lei 25, pr.—Cod., liv. 3, tit. 28, lei 35, § 2.

² Cod., *ead. tit.*, lei 30, § 2; liv. 6, tit. 20, lei 20, pr.

³ Cod., *ead. tit.*, lei 29; liv. 6, tit. 20, lei 20, § 1.º O que fica dito no texto era applicavel, pela ultima d'estas leis, ás simples doações feitas pelos paes aos filhos.

⁴ *Infra*, n.º 80 e seg.

⁵ A materia das collações acha-se tratada nos tit. 6 e 7 do liv. 37 do Dig., e no tit. 20 do liv. 6 do Codigo.

¹ *Infra*, n.º 72.

² *Infra*, n.º 80 e seg. O que ali dizemos relativamente ao Codigo Civil Portuguez, de forma a distinguir as duas operações, tem applicação ao direito romano, como se verificará, confrontando-o com a doutrina dos titulos citados na nota 5 da pag. 40 e n.º anterior.

minar os casos em que os bens doados em vida ao herdeiro de sangue entram ou não entram na massa, para o calculo da legitima, mas indicar simplesmente os casos em que não procede a acção do testamento inofficioso; ora, entre estes casos, deviam estar comprehendidos aquelles em que a clausula da collação obrigava esse herdeiro a preencher a sua legitima com a doação que lhe fôra feita em vida pelo testador, sempre que o valor da dita doação não fosse inferior ao da quota legitimaria do donatario.

N'estas hypothèses, satisfeitos os direitos legitimarios do referido herdeiro, não tinha cabimento a acção do testamento inofficioso, a qual suppunha, como condição de existencia, o caso contrario.

Tal interpretação, que deriva da letra e do espirito do § 6, acima citado, das Institutas, e que se harmonisa perfeitamente com os textos citados no n.º anterior e n'este n.º do Digesto e do Codice, tira a força legal á opinião de Ortolan que estamos combatendo, e evidencia a confusão entre as duas operações—da collação e da conferencia ficticia das doações em vida para o effeito do calculo da legitima.

15.—Figuremos agora a hypothese em que o donatario não é herdeiro de sangue, e avaliemos o parecer de Ortolan, n'esta parte.

Advertiremos, antes de tudo, que este parecer supõe a existencia previa da *querella de doação e dote inofficioso*¹, pois antes d'ella nenhum remedio possuia o herdeiro legituario contra as liberalidades feitas em vida pelo auctor da herança.

Notaremos ainda que, da forma empregada por Ortolan na exposição d'esto ponto, se conclue a affirmação

restricção indicada no § 13—que a inofficiosidade das doações em vida só determinava a sua vinda ao cumulo para o effeito do calculo da legitima, quando o donatario não fosse herdeiro de sangue. Tal restricção não se pode concluir dos titulos em que o Codice trata das referidas querellas²; pelo contrario, em vista da maneira como elles se exprimem, deveriamos regeitar a restricção que deriva da exposição feita por Ortolan³, se acceitassemos o principio por elle defendido. E o proprio Ortolan, dando como razão d'esto—que o facto da inofficiosidade tenderia a illudir a querella do testamento inofficioso—estriba esse principio n'um motivo que cabe egualmento para todos os donatarios em vida.

Dever-se-ha admittir a regra formada por Ortolan, sem a referida restricção? Adiante verificaremos detidamente os erros e absurdos que esta regra encerra, e quanto se torna indispensavel a vinda dos bens doados em vida ao cumulo, em todos os casos, admittida que seja a redução e revogação das doações inofficiosas feitas em vida pelo testador³.

Por agora, para que este ponto de direito romano

¹ Cod., liv. 3, tit. 29 e 30. Veja-se tambem o cap. 1.º da Nov. 92—Ortolan cita na nota 4 ao n.º 799, como textos que estatuiam sobre a querella das doações inofficiosas, os §§ 270, 271 e 280 a 282 dos *Vatic. Jur. Fragm.*; mas não pudemos consultal-os, pois foi-nos impossivel alcançar a referida collecção.

² O citado tit. 29, nas leis 1, 2, 5 e 8, refere-se expressamente ás doações feitas a filhos; é esta, até, a hypothese prevenida com mais enuidado n'este titulo. Quanto aos dotes, é indubitavel que a expressão geral do citado tit. 30 comprehendia os destinados aos filhos ou netos.

³ *Infra*, n.º 61 e seg.—É util conhecer desde já esta difficil e importante duvida, para bem podermos apreciar mais tarde a opinião d'aquelles que, á face do actual Codice Civil, defendem a mesma opinião de Ortolan.

não fique duvidoso, limitar-nos-hemos a dizer que, dependendo o conhecimento da inofficiosidade d'estas doações da comparação entre o seu valor e o da massa, á qual se havia de applicar a medida da legitima romana, ou esta comprehendia esse valor em todos os casos, ou a inofficiosidade das doações em vida seria determinada unicamente á face dos bens liquidos existentes no espolio do testador, d'onde resultaria muitas vezes tomar-se por inofficiosa uma doação que, conferida á massa, se verifica não o ser exactamente pelo facto da sua conferencia; o que demonstra claramente o absurdo da opinião de Ortolan ¹.

Embora não conheçamos texto onde se leia a regra que defendemos—a conferencia ficticia das doações em vida verificava-se em todos os casos—², deriva tão immediatamente este principio da existencia das *querellas da doação e dote inofficioso* que não duvidamos indicá-lo

¹ Seja, por exemplo, o valor dos bens liquidos deixados pelo testador igual a 8, o da doação em vida igual a 4, e seja a medida da legitima a da terça parte. Pela regra de Ortolan, que ainda hoje tem partidarios entre nós, verificava-se primeiro que a doação em vida era inofficiosa, pois 4 é mais do que a terça parte de 8. Vinha portanto a doação ao cumulo; mas, composto este, reconhecia-se que a doação não era inofficiosa, porque 4 é exactamente o terço de 12. Parece-nos evidente que a operação da vinda das doações em vida ao cumulo da herança precede na ordem logica a verificação da inofficiosidade ou não inofficiosidade d'estas doações, e que o principio opposto, cujo vigor e duração difficilmente se explica, é erroneo e absurdo. Para maior desenvolvimento, veja-se o n.º 76, *infra*.

² A conferencia a que se referem os logares citados nos n.ºs 13 e 44, *supra*, do Digesto e do Código, e o capitulo 4.º da Nov. 92 tem por fim, evidentemente, a operação da collação—Veja-se a nota 2 da pag. 41.

como devendo ter regido a jurisprudencia romana no calculo da legitima ¹.

16.—Eis-nos na epocha da invasão dos barbaros, essa transfusão do sangue novo nas arterias do velho organismo greco-romano, e factor do progredimento da civilisação occidental.

E' curioso verificar a falta do testamento entre os germanos primitivos, verificação que comprova a lei historica enunciada no n.º 1, *supra*. Esta falta, accusada por Tacito ², é apontada, sem discussão, pelos modernos escriptores ³. Goyena, referindo-se a este facto ⁴, presumo que, quando os germanos se assebhorearam do imperio romano do occidente e despojaram os vencidos, como aconteceu em Hespanha, de duas terças partes da propriedade, adoptaram dos mesmos o meio de a transmittir por testamento, *mas reservando-se a absoluta liberdade de transmissão*.

Qual o valor da ultima parte da affirmação de Goyena? A admissão do testamento verificou-se sem opposição? A admissão foi completa em todos os povos germanicos? ⁵

A reluctancia que os germanos oppozeram á adopção do testamento é nitidamente caracterizada por Az-

¹ *Infra*, n.ºs 68, 69 e 71.

² *De moribus Germ.*, 20: «*Haeredes successoresque sui cuique liberi: et nullum testamentum.*»

³ Goyena, obra e tomo citados, pag. 327—Gutiérrez y Fernandez, obra e tomo citados, pag. 335 e 336—Laveleye, obra citada, pag. 68, 98 e 171—Azcarate, obra e tomo citados, pag. 158, 159 e 214.

⁴ *Idem* citado.

⁵ Note-se que do periodo seguinte parece concluir-se que Goyena tinha em vista referir-se, n'esta affirmação, aos godos, povo germanico.

cárate na obra já por varias vezes citada. Adverte este escriptor que a instituição do testamento foi penetrando lentamente entre estes povos, e não sem ser precedida pelos pactos successorios, tão avessos ao espirito do direito romano; nota ainda que a introdução se operou com mais ou menos difficuldades, segundo as tribus, pois não estiveram todas ellas egualmente dispostas a recebel-o, a exemplo do direito romano, nem a escutar os conselhos da Igreja Catholica, tendentes a estender e propagar esse meio de transmissão de bens, que lhes era inteiramente desconhecido e até contrario ao estado em que a propriedade se achava n'estes povos ¹.

É a segunda vez que encontramos a intervenção religiosa na materia das successões; da primeira vez, esta influencia pôz em perigo o principio da successão legitimaria; d'esta vez, é ainda consequencia d'ella o estabelecimento da successão legitimaria, levado a tal extremo entre os wisigodos que a affirmação de Goyena alcança plena confirmação, relativamente a este povo, mesmo na sua parte final.

Duas foram as causas que conduziram a Igreja a promover a adopção do testamento pelos barbaros. Promoveu-a para tornar effectivos os legados a seu favor; assim, excommungava quem deixasse de entregar as cousas que lhe haviam sido doadas ou deixadas, como fizeram o 4.º concilio de Orleães, do anno de 541 ², e o concilio de Reims, do anno de 625 ³. Promoveu-a tambem porque os clérigos, seguindo o direito romano, faziam com muita frequencia testamento, em harmonia com elle ⁴.

¹ Tomo citado, pag. 214, 215 e 217.

² Canon 49.º—Veja-se a compilação de Philippe Labbé e Gabriel Cossart, tomo 5.º, pag. 1367.

³ Canon 10.º—Compilação citada, tomo 6.º, pag. 1434.

⁴ Sobre este ponto, veja-se a obra e tomo citados de Azéarate, pag. 297 e 298.

Abram-se as leis barbaras ¹, e ver-se-ha a difficuldade com que ia penetrando n'estes povos a instituição do testamento: algumas nem d'elle fallam ², outras permitem a disposição de bens por meio de tradição real ou de *affatomia* ³, sendo para notar que em algumas d'essas leis apparecem textos cujo fim especial é auctorisar doações a favor da Igreja ⁴.

Azcárate cita uma constituição de Clothario 2.^o, do anno de 595, onde se diz que, se alguém fallecer intestado, seus herdeiros lhe succederão conforme a lei; o que demonstra ter-se já admittido, ao lado da *affatomia*, o testamento ⁵. Cita ainda Azcárate, como o povo ger-

¹ Veja-se o *Codex legum antiquarum*—edição de Francfort do anno de 1613.

² Nada se encontra na *Lex salica*, na *Lex alamanorum*, na *Lex saxonum*, na *Lex anglorum et werinorum*, na *Lex frisionum*, e nas *Constitutiones sicutae sive neapolitanae*. Referem-se á instituição do testamento o *Edictum Theodorici Regis* (cap. 23, 26 a 33, e 72 a 90), a *Lex burgundionum* (cap. 43 e 53), a *Lex baiuvariorum* (tit 14, cap. 9, n.º 3), a *Lex ripuariorum* (cap. 60 e 67), a *Lex longobardorum* (liv. 2, tit. 18) e as *Capitulare Caroli Magni et Ludovici Pii* (liv. 7, cap. 247).

Observa o juriconsulto francez Chabot (de l'Allier), na obra e lugar citados: «As instituições testamentarias eram d'uso universal nas provincias da França regidas pelo direito romano; só foram admittidas n'um pequenissimo numero dos nossos costumes.»

³ *Lex salica*, cap. 48.—*Lex ripuariorum*, cap. 48 e 67.—*Lex anglorum et werinorum*, cap. 13. *Affatomia* era um contracto solenne, pelo qual se operava a transmissão real da herança (Azcárate, obra e tomos citados, pag. 230).

⁴ como na *Lex alamanorum* (cap. 1.^o) e na *Lex baiuvariorum* (tit. 1.^o cap. 1).

⁵ Que o testamento era desconhecido entre os francos e a sua introdução foi devida a influencias extranhas, conclue-se da observação feita por Laveleye (obra citada pag. 77 e 78) de que existe um edicto de Chilperico 1.^o do anno de 561, o qual demonstra ser esta a data da introdução da propriedade hereditaria entre aquelles

mano que admittiu o testamento em toda a sua amplitude e com as varias formas reconhecidas pelo direito romano imperial, os wisigodos ¹. Admittido por este povo; não se impoz limitação alguma á faculdade de testar; os paes tinham direito de dispor livremente por morte de todos os seus bens ². A demonstração d'esta verdade sae claramente da principal compilação wisigothica, na qual um texto de lei bem expresso se encarrega de derrogar a lei mais antiga, ou costume antigo com força de lei que legalizara a plena liberdade de testar ³. É pela transcripção de parte d'esse texto de lei que começaremos o rapido exame da legislação hespanhola a tal respeito.

Correlacionemos agora mais estreitamente os factos indicados com a doutrina exposta até este n.º

A legitima romana, por occasião da invasão barbara, topou com a falta da noção de testamentifacção nos povos germanos; entre estes, as noções de quotas legitima e disponivel, que se correspondem e completam, não existiam, nem sequer em esboço, e a successão tinha uma regra fatal a seguir, por isso mesmo que era subordinada a interesses collectivos, attento o estado coevo da propriedade nos referidos povos. Não se confunde, portanto, o estado da successão entre os germa-

barbaros. A introdução do testamento, como producto de evolução gradual, só difficilmente poderia ter tido logar até ao anno de 595, data da citada constituição do Clothario 2.º

¹ Em apoio d'esta proposição, vejamos as restricções que constam do *Edictum Theodorici Regis* (cap. 28), da *Lex baiovariorum* (tit 14, cap. 9) e da *Lex ripuariorum* (cap. 67).

² Gutierrez y Fernandez, obra e tomo citados, pag. 335 e 336.

³ Sr. Visconde de Seabra (Antonio Luiz de Seabra), *A propriedade*, pag. 310, nota (a 8)—Goyena, obra e tomo citados, pag. 327 e 329 — Gutierrez y Fernandez, obra e tomo citados, pag. 333 e 334.

nos ao tempo da invasão, assim como o estado analogo de outro qualquer povo, com o de um periodo adiantado em que a propriedade se acha completamente individualisada, e a legitima absorve, para casos determinados, a totalidade dos bens do testador. A ideia de legitima suppõe a de propriedade hereditaria, e essa não existia nos germanos primitivos, como não existe nas epochas correspondentes da evolução dos outros povos.

A introdução do testamento, impulsionada pela Igreja Catholica, fez-se com difficuldade, tão incompativel era ella com o estado social dos germanos primitivos; mas, entre os wisigodos, foi completa a faculdade de testar durante certa epocha, e mais tarde coarctada, como passamos a ver.

17.—Eis a passagem do Codigo Wisigothico (anno de 693), de tão grande importancia para o estudo do nosso direito primitivo sobre a instituição da legitima, em que se reconhece a existencia d'uma lei anterior, a qual permittia a livre disposição de todos os bens por morte, e se fixa a medida da legitima dos filhos e descendentes.

Diz a lei 1 do tit. 5 do liv. 4 = *«Sed ne sub hac occasione aut utilitati publicae quandoque depercat, quod perire non debet; aut naturalis pietas suspendatur à filiis vel nepotibus, quam circa eos exerceri competenter oportet: ideo abrogata legis illius sententia, qua pater vel mater, avus sive avia, in extraneam personam, facultatem suam conferre si voluissent, potestatem haberent; aut etiam de dote sua mulier facere quod elegisset, in arbitrio suo consisteret: ista magis servetur à cunctis moderata censura, qua nec parentibus nec avis adimatur judicandi de rebus suis ex toto licentia, nec filios aut nepotes a successione avorum, vel genitorum ex omnibus repellat indiscreta voluntas. Igitur pater aut mater, avus aut avia, quibus quempiam filiorum vel*

nepotum meliorandi voluntas est, hanc servant omnino censuram: ut super tertiam partem rerum suarum meliorandis filiis aut filiabus, vel nepotibus, atque neptibus, ex omnibus rebus suis amplius nihil impendant, neque facultatem suam ex omnibus in extraneam personam transducant, nisi fortasse provenerit eos legitimos filios vel nepotes non habere superstites. Hoc tamen rationis intentu praelucente observandum adjicimus: ut pater vel mater, avus vel avia, de supradicta tertia parte rerum suarum, si in nomine filiorum suorum atque nepotum aliquid specialiter scriptis conferre decreverint, iuxta testationis eorum ordinem cuncta erunt observanda perenniter, qualiter testatio talium de eadem tertia portione, juxta quod eam in singulos voluerit praelargiri, plenam et inconvulsibilem obtineat firmitatem. Nec liceat filiis ipsis atque nepotibus, qui de hac tertia portione aliquid meruerint à parentibus suis vel avis peripere, quodcumque aliud judicare, excepto si a parentibus vel avis nulla adfutura videatur pro collatis rebus testationis conditio intercessisse. Sanè si filios sive nepotes habentes, ecclesiis vel libertis aut quibus elegerint, de facultate sua largiendi voluntatem habuerint extra illam tertiam portionem, quae superius dicta est, quinta iterum pars separabitur: de qua quinta parte, judicandi potestas illis indubitata manebit.» —

Tal é a lei fundamental que, seguida pelas lei 10 do tit. 5 e lei 7 do tit. 12 do liv. 3 do Fôro Real (anno de 1252 ao de 1284) e esclarecida depois nas leis do Touro (anno de 1505), regulou a medida da legitima hespanhola, desde a vigencia do Codigo Wisigothico: relativamente a outras pessoas que não sejam os herdeiros legitimarios descendentes, a quota disponivel é de um quinto dos bens do testador, quinto de que este podia dispor livremente, mesmo a favor da Egreja ¹; mas,

¹ De resto, parece não terem existido leis de amortisação no

alem d'esta quota da qual o testador pode dispor, ainda a favor de extranhos, introduziu o Codigo Wisigothico a instituição da *mejora*, permittindo que o testador podesse dispor d'um *terço* dos seus bens ¹ a favor d'algun ou d'alguns dos seus herdeiros legitimarios—filhos e descendentes ². É esta a celebre instituição do *terço e quinto*, de que os auctores hespanhoes tanto se ufanam ³, e que foi applicada entre nós, com modificações, até nos primeiros tempos da monarchia.

Não obstante a legislação característica do povo visinho, é certo que as leis das Sete Partidas, concluidas no anno de 1256 ⁴, designaram aos filhos a mesma legitima que o cap. 1.^o da Nov. 18 de Justiniano; mas semelhantes disposições affirmam Goyena e Gutierrez y Fernandez não terem tido vigor ⁵.

As regras expostas, vigentes na corôa de Castella, não concordam com as seguidas nos reinos ou provincias foraes, que possuem legislação especial e caracteristica sobre a materia; varia de provincia para provincia, e ainda dentro da mesma provincia o direito de livre disposição dos bens proprios concedido aos paes,

direito wisigothico.—Veja-se a parte 2.^a da citada Memoria de F. M. Trigoso d'Aragão Morato.

¹ O *quinto* extrahе-se antes do *terço*, a não ser que o auctor da herança tivesse disposto o contrario; veja-se Goyena, obra e tomo citados, ao art. 656—Gutierrez y Fernandez, obra e tomo citados, pag. 585.

² Cumpre exceptuar d'estas regras os bens recebidos do Principe, em paga de serviços, dos quaes tinha o testador a livre disposição, a face da lei citada do Codigo Wisigothico.

³ Goyena, obra e tomo citados, pag. 327, 340 e seg.—Gutierrez

aptando-se a Navarra como aquella em que a liberdade de testar é mais amplamente garantida ¹.

A legitima estabelecida pelos romanos a favor dos pais do testador passou para as leis das Sete Partidas ², mas as leis do Touro ³ modificaram este direito, fixando a medida da referida legitima em dois terços da successão. Ella não foi reconhecida pelo Codigo Wisigothico ⁴, nem pelo Fôro Real ⁵, nem pelo direito foral, a não ser na provincia da Catalunha ⁶.

¹ Goyena, obra e tomo citados, pag. 89 e 328 — Gutierrez y Fernandez, obra citada, tomo 7.º, pag. 240 e seg., e nomeadamente pag. 304 a 306 — Em parte da Catalunha observou-se uma lei de origem gothica, segundo a qual o todo da herança devia ser dividido em quinze partes, e d'estas quinze partes pertenciam oito aos filhos do testador, a titulo de legitima. As sete partes restantes dividiam-se em duas porções, uma de cinco e outra de duas partes: as primeiras cinco constituíam a medida legal da *mejora*, destinada em favor dos herdeiros legitimarios descendentes; as duas partes restantes podiam ser livremente deixadas a qualquer pessoa. Differe esta instituição da do Codigo Wisigothico em que, segundo este, a quota disponível mesmo a favor de extranhos abrange $\frac{3}{15}$ dos bens do testador, e a *mejora* $\frac{4}{15}$ d'esses bens; segundo a referida instituição catalã, a quota disponível mesmo a favor de extranhos abrange $\frac{2}{15}$ dos bens do testador, e a *mejora* $\frac{5}{15}$ d'esses bens. (Veja-se Goyena no primeiro logar citado, e Gutierrez y Fernandez, na obra e tomo citados, pag. 242).

Esta modificação do Codigo Wisigothico nenhuma applicação teve entre nós.

² Partida 6.ª, tit. 8, lei 1; tit. 11, lei 1.

³ *Notissima Recopilacion*, liv. 4, tit. 20, lei 10 (citada por Goyena na obra e tomo citados, pag. 338).

⁴ Liv. 4, tit. 2, lei 20.

⁵ Liv. 3, tit. 6, lei 1 (citado por Goyena no mesmo logar).

⁶ Goyena, obra e tomo citados, pag. 90 e 338 — Gutierrez y Fernandez, obra e volume citados, pag. 253 e seg., e 305 especialmente.

A legitima castelhana varia, como se vê, conforme é destinada á linha recta descendente ou ascendente; relativamente a pessoas que não sejam os proprios herdeiros legitimarios, a dos descendentes é maior; relativamente aos herdeiros legitimarios, é maior a dos ascendentes, pois a *mejora* só tem cabimento a favor dos descendentes ¹.

Quanto á legitima na linha collateral, temos unicamente a accusar as leis das Sete Partidas ² que a admittiram a favor do irmão do testador, quando o herdeiro instituido fosse homem de má fama ou tivesse sido servo do testador. É a obediencia cega ao direito romano ³ a dominar na compilação hespanhola.

Como garantia, as leis das Sete Partidas admittiram a redução das doações em vida por inofficiosidade, e as leis do Touro ordenaram-n'a até relativamente aos dotes e doações *propter nuptias* ⁴.

18.—O Codigo Wisigothico formulou uma regra do calculo das quotas disponiveis por elle admittidas, mandando-as deduzir unicamente dos bens pertencentes ao testador; diz a citada lei 1 do tit. 5 do liv. 4: «*Sive tertia rerum pars... sive quinta... de propriis tantumdem rebus separabitur*».

A legislação castelhana offerece-nos uma especialidade, na materia do calculo da legitima, quanto á de-

¹ Goyena, obra e tomo citados, aos artt. 634 e seg., e pag. 340 e seg. — Gutierrez y Fernandez, obra citada, tomo 3.º, pag. 538 e 541. Conclue-se das leis que a estabeleceram e regularam, e do exposto por estes auctores.

² Partida 6.ª, tit. 8, lei 2.

³ *Supra*, n.º 9.

⁴ Partida 5.ª, tit. 4, lei 8 — *Recopilacion*, liv. 40, tit. 3, lei 5 (citada por Goyena na obra e tomo citados, ao art. 974).

dução das despesas do enterro e de certas doações por morte (*mandas graziosas*) ¹.

Ensina-nos Gutierrez y Fernandez ² que, em Castella, tendo o testador herdeiros legitimarios descendentes, dispõe sómente do quinto dos seus bens ³ e não em toda a extensão, pois d'essa quantidade, seja qual for a sua fortuna e o numero de filhos, hão-de se pagar, por declaração expressa da lei, os gastos do enterro ⁴ e as referidas doações, *differentemente do que antes se fazia, tirando-se por computo racional do acervo da fazenda*. Como veremos, o nosso direito, tanto antigo como moderno, concorda parcialmente com cada um d'estes principios juridicos ⁵.

Quanto á provincia da Catalunha, apresenta o mesmo auctor as regras seguidas no calculo da legitima ⁶, regras que se coadunam com as adoptadas pelo direito romano ⁷:

- 1.ª contam-se todos os bens do testador ao tempo da sua morte, que não forem vinculados;
- 2.ª deduz-se o importe das dividas e das despesas do funeral;

¹ Quanto á significação da palavra *manda* veja-se Gutierrez y Fernandez, obra e tomo citados, pag. 475 a 477 (sobre as leis 1 e 2 do tit. 9 da Partida 6.ª).

² Obra citada, volume 7.º, pag. 304.

³ Claro está que, n'este logar, Gutierrez y Fernandez se refere á quota de livre disposição a favor de qualquer pessoa, sem querer abranger a quota disponível do terço ou *mejora*.

⁴ Sobre a deducção das despesas do enterro, pode ver-se ainda o mesmo auctor no tomo 3.º da obra citada, pag. 550 a 552.

⁵ *Infra*, n.ºs 52, 53 e 57.

⁶ Obra citada, tomo 7.º, pag. 252.

⁷ *Supra*, n.º 12 a 15 — Gutierrez y Fernandez cita textos romanos na nota (4) á pagina indicada, a respeito das regras enunciadas no texto.

3.ª somma-se o importe das doações que o auctor da herança fizera em vida, embora a favor dos proprios filhos e por causa de matrimonio, incluindo-se igualmente o importe dos dotes.

O primeiro e segundo principios seguin-os o antigo direito portuguez e segue-os igualmente o moderno; o terceiro, adoptado pelo moderno, como procuraremos demonstrar, não era accoite pela antiga jurisprudencia, e ainda hoje tem impugnadores ¹.

¹ *Infra*, n.ºs 64 e seg.

CAPITULO II

SUMMARIO

19.—Influencia do Codigo Wisigothico entre nós—Instituição do terço e quinto; quatro pontos fundamentaes a averiguar. 20.—Existencia da referida instituição; differenças e analogias entre esta instituição, tal qual a praticámos, e a correspondente instituição wisigothica. 21.—A instituição portugueza do terço indistincto derivou da instituição do terço e quinto. 22.—O direito moiro não influenciou n'esta transformação. 23.—Destino das nossas quotas disponiveis primitivas. 24.—A quota disponivel da *quarta* nos bispados da Guarda e Portalegre. 25.—Outras excentricidades congeneres. 26.—Fixação da doutrina do terço indistincto nas nossas Ordenações — Terça d'alma. 27.—Individualidade da nossa terça. 28.—Legislação pombalina. 29.—Referencia geral á materia d'este capitulo; sua principal utilidade.

19.—São accordes os escriptores em que o Codigo Wisigothico teve auctoridade entre nós, ainda nos primeiros tempos da monarchia, variando apenas no gráo da auctoridade, directamente exercida como lei vigente no territorio lusitano, ou, indirectamente, por fixação nos costumes, a contar da fundação da monarchia ¹.

¹ Mello Freire, obra citada, § 41—João da Cunha Neves, *Memoria sobre a auctoridade que entre nós teve o Cod. dos Wisigodos*, na parte 2.^a do tomo 6.^o da *Historia e Memorias da Academia*—Antonio

Sob a sua influencia, tomou o nosso direito, quer escripto quer costumario, um certo sabor germanico que depois perdeu em grande parte pela volta, quasi completa, aos principios das leis e jurisprudencia romanas.

Vejamos, antes de tudo, qual o estado do nosso direito nas primeiras epochas da nacionalidade portugueza, com respeito ao assumpto d'este esboço historico.

João Pedro Ribeiro, no começo da sua 7.^a *Observação Diplomatica*¹, exprime-se pela forma seguinte: «Da quinta e terça da herança se faz a cada passo menção nos Documentos do nosso Reino, pelo seculo XII e XIV; porém vê-se bem que o costume tinha modificado, e substancialmente variado a disposição d'aquella Lei, (a lei 1.^a do tit. 5.^o do liv. 4 do Cod. Wis., acima citada) e he o que passo a mostrar com exemplos.»

Fr. Joaquim de Santa Rosa de Viterbo, sobre as palavras *terço e quinto*², começa por lembrar «se em algum dos nossos Doc., particularmente nos do Grijó, se acha com frequencia a disposição da *Terça*, e *Quinta parte da herança* a beneficio das almas dos pios Testadores; e isto ainda que tivessem filhos de mulher *legítima*, e forçosos herdeiros.» Mais adiante observa o notavel escriptor que «El-Rei D. Affonso II no seu testamento dispôz só do *Terço*; o que depois de muitos

Caetano do Amaral, Continuação da *Memoria 5.^a—Para a Historia da Legislação e Costumes de Portugal*, no tomo 7.^o da collecção citada, pag. 357, nota (d)—João Pedro Ribeiro, *Dissertações Chronologicas*, tomo 2.^o, appendice 7.^a, pag. 222 — Manoel Coelho da Rocha, *Ensaio sobre a historia do governo e da legislação de Portugal*, (edição 5.^a), §§ 46 e 89—*Portugaliae monumenta historica*, volume 1.^o das *Leges et Consuetudines*, pag. VII e seg.—Anthoine de Saint-Joseph, *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon*, (edição 2.^a), vol. 1.^o, pag. CIV.

¹ *Observações Diplomaticas*, pag. 108 e seg.

² *Elucidario*, vb. citados.

annos ficou servindo de Lei, se he que esta não nasceu dos Arabes, que igualmente podião dispôr só da *terça* parto dos seus bens.»

Perguntaremos agora: 1.^o — existiu entre nós a instituição do *terço* e *quinto*, antes e depois da fundação da monarchia? 2.^o — esta instituição, se existiu, apparece na nossa historia com as caracteristicas do direito wísigothico? 3.^o — a instituição da *terça* derivou de instituição anterior, e, se derivou, quaes os elementos que influíram na transformação? 4.^o — qual o destino primitivo da nossa quota ou quotas disponiveis?

20.—Ao primeiro ponto responderemos affirmativamente, confirmando assim a influencia do direito wísigothico entre nós, mesmo nos primeiros tempos da monarchia: levam-nos a isto os documentos citados por João Pedro Ribeiro, do anno de 897, 1156, 1192, 1267¹, 1270, 1286, 1294, 1295, 1297, 1299, 1300, 1309, 1313, 1314, 1315, 1321, 1329 e 1333², e o dizer de Santa Rosa de Viterbo no lugar indicado «que a disposição do *Terço* e *Quinto*... se continuou entre nós até o meio do Sec. XIV, segundo muitos Doc., e principalmente de Bostello, e Pendorada»³. Este ponto de historia parece-nos averiguado, quer se funde em costumes

¹ *Appendice* citado ao tomo 2.^o das *Dissertações Chronologicas*, pag. 220 a 222. Aos dois documentos do anno de 1156 é necessario acrescentar um terceiro, sem data, que João Pedro Ribeiro diz encerrar a mesma disposição dos dois primeiros, e que a obra onde este auctor os encontrou considera corva.

² *Observação Diplomatica* citada, pag. 108 a 112.—O auctor adverte na nota (3) da pag. 114 d'este volume que poderia produzir muitos outros documentos dos annos de 1268, 1284 e 1300.

³ Veja-se no mesmo sentido Almeida e Sousa, obra citada, §§ 3 a 7.—Sr. Visconde de Seabra, obra citada, pag. 340.

arraigados, quer immediatamente nas disposições do Código Wisigothico ¹.

Com respeito ao segundo ponto, indicaremos as diferenças e analogias existentes entre o direito wisigothico e o nosso direito primitivo.

João Pedro Ribeiro, depois de enumerar varios documentos, cuja data acima fica notada, conclue ²: «Pelos Documentos referidos se mostra, que no Reinado do Senhor D. Affonso III e D. Diniz, se julgava authorisado qualquer, ainda que tivesse herdeiros forçados, a dispor da quinta parte dos seus bens herdados, ou de *avoenga*, e do *terço* dos adquiridos por titulo oneroso ou gratuito, que chamavão de *compradea* e *ganhadea* ³..... Em huns se diz indefinidamente ser isto permitido por direito: em outro ser usado no Reino de Portugal: em outro ser este o uso do Reino de Portugal, e de Leão». Santa Rosa de Viterbo concorda com esta doutrina, quando escreve ⁴ que «o *Terço* só podia ser *ganhadea* ou *compradea*, que nós hoje dizemos bens adquiridos»; e que «o *Quinto* era dos bens da *avoenga*, ou herdados» ⁵.

Diremos, portanto, com Almeida e Sousa ⁶ que o direito primitivo portuguez variou do direito romano ⁷, e mesmo do wisigothico, porque este direito, introduzindo a instituição do *terço* e *quinto*, não distinguia os bens

¹ Vejam-se os documentos citados na 7.^a *Observação Diplomática* e o dos annos de 1267 no Appendice citado ao tomo 2.^o das *Dissertações Chronologicas*, pag. 221.

² *Observação Diplomática* citada, pag. 112.

³ Santa Rosa de Viterbo, obra citada, *vb. avoenga e gança*.

⁴ Lugar citado.

⁵ Veja-se no mesmo sentido a obra do Sr. Visconde de Seabra no lugar citado.

⁶ Obra e lugar citados, § 6, nota.

⁷ Confronte-se este n.^o com os n.^{os} 8, 9, *supra*, e com a segunda regra do calculo da legitima, apresentada no n.^o 12, *supra*.

hordados dos adquiridos, ao passo que o direito patrio fez essa distincção, referindo o *quinto* aos bens da *avoenga* e o *terço* aos bens da *compradea* e *ganhadea* ¹.

Mais diremos com Almeida e Sousa que o primitivo direito portuguez variou do direito romano ², e mesmo do direito wisigothico, pois, segundo este, só do *quinto* se podia dispor para legados pios ou a favor de *extranhos*, sendo a *mejora* da terça exclusivamente reservada para os herdeiros legitimarios descendentes; ao passo que, entre nós, tanto do *quinto* como do *terço* se podia dispor em legados pios ou a favor de *extranhos* ³.

Comparada a medida da legitima portugueza, na epocha que estamos estudando, com a da legitima wisigothica, averigua-se que era menor, relativamente a *extranhos*, e identica, relativamente aos herdeiros legitimarios, considerados á parte e em separado uns dos outros.

Observa o Sr. Visconde de Seabra ⁴ que a instituição do *terço* e *quinto*, tal qual existiu entre nós, parece ter sido privativa das classes superiores. Será isto exacto?

No caso affirmativo, constituirá este facto differença característica entre essa instituição e a correspondente instituição wisigothica?

Gutierrez y Fernandez ⁵, lembra a questão analogica que se levantara acerca da lei wisigothica, e nota que, desde esta lei, fosse bem ou mal entendida, constituiram do facto legitima dos filhos e descendentes, sem

¹ Sr. Visconde de Seabra, obra e lugar citados, nota (a 8).

² *Supra*, n.^{os} 8 e 9.

³ Como se conclue dos documentos citados—Sr. Visconde de Seabra, nota citada.

⁴ Obra citada, pag. 310.

⁵ Obra citada, tomo 3.^o, pag. 321.

distincção de classes, todos os bens do testador, menos o quinto, cuja livre disposição por ella foi permittida ¹. Parece-nos que a solução deve ser a mesma para o nosso direito.

O legislador visigodo lastima que os paes e os avós, distraindo os bens seus, não deixassem os filhos e descendentes isentos do trabalho quotidiano, impedindo-os de ser uteis ao Estado: *«plerique enim indiscrete viventes suasque facultates interdum vel causa luxuriae, vel cujusdam malae voluntatis assensu in personas extraneas transferentes, ita inoffensos filios vel nepotes, aut non ex gravi culpa forsitan obnoxios, inanes relinquunt, ut utilitatibus publicis nihil possint omnino prodesse, quos oportuerat cum virtute parentum injunctum sibi laborem inexcusabiliter expedere»* ². Estas palavras, dizem criticos hespanhoes, não podem explicar-se, caso se não supponha que a lei teve em vista favorecer as classes privilegiadas, unicas a quem conviria a vida ociosa.

Gutierrez y Fernandez opina que a lei não recomendava a isenção do trabalho como beneficio de uma classe determinada, mas que procurava o desafogo de todas, com o fim de as ter mais dispostas e aptas para o serviço publico, o qual, n'uma sociedade guerreira, era especialmente o das armas. A razão colhe perfeitamente, transplantada para os primeiros tempos da monarchia portugueza.

¹ Advirta-se mais uma vez que, segundo o Codigo Wisigotico, os quatro quintos dos bens do pae ou do avó, que constituem a legitima dos descendentes, só o são nas duas terças partes, com respeito a estes herdeiros legitimarios, como dissemos no n.º 17, *supra*.

² Lei 1 do tit. 5 do liv. 4 do Codigo Wisigothico, a que já por varias vezes nos referimos.

Dir-se-ha que a separação em bens da *avoenga* e bens da *compradeia* e *ganhadeia* demonstra á evidência a opinião contraria á nossa, porquanto os bens da *avoenga* representam os bens herdados dos maiores e ninguém poderá negar que estes caracterisam as classes nobres e privilegiadas.

Sem entrar na analyse do sentido e alcance da palavra *avoenga*, só observaremos que, vigorando a instituição do terço e quinto entre nós pela forma acima exposta, só teria razão de ser a quota disponivel do quinto, no caso de existirem realmente bens da *avoenga*, mas que o facto d'esta quota não existir, por o testador não possuir bens da referida qualidade, não invalidava a lei ou costume predominante, porquanto d'elle resultava unicamente a consequencia de se reduzir a rogra geral sobre disposição de bens á do terço dos adquiridos, pela falta de bens cuja qualidade permittisse recahir n'elles a quota disponivel do quinto. Não se confunda portanto a falta do quinto, sob o dominio da instituição do terço e quinto, como apparece no nosso antigo direito, com a modificação que este soffreu pela sobrevivencia do terço indistincto—deduzido de todos os bens, herdados ou adquiridos, e destruição do antigo quinto. Seja qual fôr a antiguidade da instituição patria do terço indistincto, parece-nos mais provavel que a do terço e quinto, na sua real amplitude de applicação, abrangesse tanto as classes superiores como as inferiores.

Emquanto teve auctoridade entre nós o Codigo Wisigothico, o qual não considerava os paes do testador herdeiros legitimarios ¹, não admira encontrar-se exemplo de um filho testar, tendo o pae ainda vivo, de todos os

¹ *Supra*, n.º 17.

seus bens a favor de terceiro, como se lê n'um documento do anno de 1060 ¹.

Tambem os escriptores não nos dão noticia de existir n'esta epocha entre nós a legitima a favor de irmãos, nem mesmo nos casos excepcionaes em que o direito romano e as leis das Sete Partidas a admittiram ². Manifesta-se ainda a influencia do direito wisigothico ³.

21.—Passemos ao terceiro ponto.

Além do testamento de D. Affonso 2.º acima citado, cita Santa Rosa de Viterbo no mesmo lugar um documento de 1138, em que Mendo Affonso doou ao mosteiro de Grijó o terço de toda a herdade que tinha entre Arcuzello e Valladares. Dar-se-ha caso de que existisse já n'esta epocha a instituição do terço indistincto sobre os bens herdados e adquiridos, e de que estivesse declinando a pratica usual de extrahir dos primeiros bens só o quinto?

A doação de Mondo Affonso, como apparece no *Elucidario*, se nada prova a favor da força de tal costume na epocha referida, nada prova tambem contra elle: a citação de Santa Rosa de Viterbo não nos diz se a dita herdade era da *avenga* ou so da *compradeia* ou *ganha-deia* ⁴; isto é, não nos diz se a doação do terço abrangia indistinctamente todos os bens do testador, ou se tão somente os adquiridos, sendo todavia mais para eror que respeitasse só aos segundos, em vista dos documentos addu-

¹ João Pedro Ribeiro, *Appendice* citado ao tomo 2.º das *Dissertações Chronologicas*, pag. 222, e *Appendice* 21.º ao tomo 1.º das mesmas *Dissertações*, pag. 218 — O testamento aqui transcripto diz claramente (pag. 219): «*Omnis homo, qui semen non abuerit, de omnia sua faciat quod voluerit*» (Cod. Wis., liv. 4, tit. 2, lei 20).

² *Supra*, n.º 9 e 17.

³ *Supra*, n.º 17.

⁴ *Herdade* é um termo geral que se applicava tanto a uma como a outra especie de bens — Veja-se Santa Rosa de Viterbo, obra citada, *vb. Herdade*.

zidos por João Pedro Ribeiro, de data mais chegada a 1138, nos quaes dos bens herdados só se manda deduzir o quinto. E esta parece ser a opinião de Santa Rosa de Viterbo, pois a cita logo depois de ter particularisado os documentos de Grijó, quanto á existencia da instituição do terço e quinto entre nós ¹.

Pelo que respeita ao testamento do D. Affonso 2.º, do anno de 1221 ², facil nos parece a solução da difficuldade levantada pelo confronto d'esto documento importante, em que não apparece a disposição do quinto, com outros documentos de data posterior em que esta disposição se contem ³.

Eis o texto a que se refere Santa Rosa de Viterbo: «*Si tempore mortis meae aliquibus debitis fuero obligatus, mando quod de rebus meis mobilibus quae tempore mortis meae inventae fuerint, scilicet celariis panis, morabitinis, denariis, auro non monetato, et argento monetato et non monetatis, bestiis, ganatis, et aliis rebus meis mobilibus, prius ipsa debita persolvantur, quibus solutis de residuo fiant tres partes, de quibus duas partes habeant filii mei et filia quos habeo de Regina D. Urraca, inter ipsos aequaliter dividantur*» «*De tertia vero parte, mando quod Abbas Alcupatie*»

Os bens de que D. Affonso 2.º fez separar o terço, pelo qual mandou satisfazer as despesas do funeral, de bem d'alma, legados pios e profanos, são bens moveis. Será necessario, para se explicar o recahir n'elles a medida do terço e não a do quinto, a hypothese apre-

¹ Veja-se n.º 20, *supra*.

² Nas *Provas da historia genealogica da Casa Real Portuguesa* (tomo 1.º, pag. 34 a 36), colligidas por D. Antonio Caetano de Sousa.

³ Veja-se n.º 20, *supra*.

sentada por João Pedro Ribeiro ¹ para outro documento: será necessario suppor que por moveis se entendia sempre *ganhadeia* ou *compradeia*, hypothese esta que, de resto, não repugna á natureza das coisas moveis, cuja aquisição tendeu sempre a tornar-se independente do titulo escripto e, por conseguinte, a dificultar a demonstração segura da sua procedencia?

Parece-nos que não: os moveis enumerados no testamento de D. Affonso 2.^o são productos da agricultura, animaes, dinheiro ou metal precioso, e a constante alheação ou troca d'estes valores, e a natureza fungivel d'alguns d'elles não permitem que sobre estes bens incida a qualificação de bens da *avoenga*. Quanto á expressão geral—*et aliis rebus meis mobilibus*, nenhuma razão ha para imaginar que ella respeitasse a bens de natureza opposta á dos enumerados, e antes devemos acceitar a hypothese contraria, em harmonia com os documentos de data mais chegada á do citado testamento ², sob pena de levantarmos uma duvida, a qual carece de razão seria de existencia.

Interpretado assim o texto, incluiremos os bens, dos quaes D. Affonso 2.^o mandou apartar o terço, nos bens da *compradeia* ou *ganhadeia*, confirmando, portanto, o documento, em vez de combater, a affirmação que passamos a enunciar.

Para nós, a instituição do terço indistincto não teve periodo simultaneo de existencia com a do terço e quinto nem foi caracteristica das classes inferiores, cujo progressivo ascendente sobre as classes superiores produzis-

¹ Appendice citado ao tomo 2.^o das *Dissertações Chronologicas*, pag. 221 e 222.

² *Supra*, n.^o 20.

a transformação da instituição do terço e quinto ¹. Forçados a reconhecer a auctoridade da legislação wisigothica, antes de termos existencia nacional e ainda nos primeiros tempos d'ella, sem documentos que contenham a disposição do terço indistincto n'estas epochas, pareceu nos mais natural e razoavel suppor que elle derivou da instituição do terço e quinto pela destruição da instabilidade dos bens da *avoenga*, e que, ao movimento progressivo no sentido d'esta destruição, corresponde a decadencia na instituição d'origem wisigothica.

João Pedro Ribeiro adverte ² que no documento, por elle referido, do anno de 1338, o mais moderno do reinado de D. Affonso 4.^o, se falla só da terça; mas n'outro logar ³ nota que no testamento de D. Pedro 1.^o, do anno de 1367, se lê: «*E para comprimento d'este nosso testamento filhamos a terça de todos os bens, asi moveis como raiz, e outra qualquer, e quanta parte, que per direito, ou per costume, ou per outra qualquer rezon, a nós seja devida dos ditos bens.*»

Continuando o mesmo auctor, na *Observação Diplomatica* citada, a apontar os documentos em que a instituição do terço apparece independente da do quinto, recorda ⁴ uma lei, sem data, de D. Affonso 3.^o, declarada no tit. 14 do liv. 4.^o das Ordenações Affonsinas—outra lei, sem data, de D. Diniz, colligida no titulo 98 do mesmo livro, onde se affirma que a dita lei foi sempre usada e praticada (§ 2.^o do citado titulo)—e duas

¹ Em sentido contrario ao nosso, veja-se a obra citada do sr. Visconde de Seabra, pag. 310 e 311.

² *Observação Diplomatica* citada, pag. 112.

³ Appendice citado ao tomo 2.^o das *Dissertações Chronologicas*, pag. 221.

⁴ Obra citada, pag. 113 e 114.

leis de D. João 1.º, uma das quaes, sem data, foi colligida no titulo 97 d'esse livro e a outra declarada no titulo 102 do mesmo 4.

Que decidir no meio d'estes documentos e diplomas, um dos quaes, do anno de 1367, parece referir-se claramente ao quinto, e outro, do reinado de D. Affonso 3.º (anno de 1245 ao de 1279), reduz a quota disponivel á terça dos bens do testador, se elle tiver herdeiros legitimarios 2?

Sobre este ponto, exprime-se o sr. Visconde de Seabra 3, dizendo que, dos fins do reinado de D. Diniz por deante, começou a desaparecer a distincção de bens adquiridos e hereditarios, de terço e quinto, de forma que, já no tempo de D. João 1.º, o costume geral não permittia que os paes dispuzessem em prejuizo dos filhos de mais da terça parte dos seus bens 4.

Por nossa parte, interpretaremos como segue:

1.º—a citada lei de D. Affonso 3.º não marca a medida da quota disponivel do testador, mas, regulamentando o emprego ou a applicação das quotas disponiveis em vigor, limita a amplitude de certas doações a uma quota parte da herança, menor do que o terço e quinto, e a objecto ou a objectos determinados 5;

1 *Infra*, n.º 26. Podia ter citado tambem a lei de D. Diniz do anno de 1291, tomada em Cortes de Coimbra; veja-se o n.º 23, *infra*.

2 Este diploma é a lei citada de D. Affonso 3.º (sobre as doações entre conjuges) declarada, como dissemos, no tit. 14 do liv. 4 das Ord. Aff., onde se lhes reconhece a liberdade de se beneficiarem mutuamente até á terça, tendo herdeiros legitimarios.

3 Obra e lugar citados.

4 Veja-se a correspondencia transcripta na *Revista de Legislação e Jurisprudencia*, anno 9.º, n.º 421, pag. 71, que segue a mesma opinião.

5 Este parecer é confirmado pelas seguintes considerações.

A pag. 112 da *Observação Diplomatica* citada, refere-se João

2.º—no reinado de D. Diniz (anno de 1279 ao de 1325), começa a cahir em desuso a distincção entre bens

Pedro Ribeiro a uma lei sem data nem nome de auctor, na qual se diz que o marido não pode testar a beneficio da mulher mais que d'uma *doa*, alem da terça. A palavra *doa* (veja-se o citado *Eltucidario* de Santa Rosa de Viterbo, á palavra *doas*) significava «peças, joias e outras cousas de ornato, linheza e accio, que fazem o enxoval de humia senhora». Com effeito, na obra *Portugaliae monumenta historica* (volume citado, pag. 258) insere-se uma lei sem data, que ali se reputa ser de D. Affonso 3.º (veja-se o mesmo volume, a pag. 254), que é do seguinte theor: «*Estabelecido he que a mother non possa dar cousa a seu marido nem o marido a ssa mother na morte senom de ssa terça pero salvo a terça mandarhi-ha humia dona.*» É a variante apontada, no mesmo lugar, das Ordenações de D. Duarte (confronte-se o lugar citado com o que se lê a pag. 157 do mesmo volume) substitue as ultimas palavras, de modo a esclarecer o pensamento da lei: «*mandarhi-ha humia doa salvo se algum delles nom houver herdeiros direitos.*» Esta lei é seguida por outra sem data, que na citada obra se reputa igualmente ser de D. Affonso 3.º, e que versa sobre as mesmas doações, quando feitas em vida: «*Estabelecido he que u mother non possa dar a marydo nem o marido aa mother en sa vida nenhuma cousa senom uma dona qual escolher.*» É a variante apontada, no lugar citado, das Ordenações de D. Duarte substitue a palavra *vida* á palavra *uoda*.

A primeira d'estas leis permite que as doações por morte entre marido e mulher excedam a terça do conjuge doador, isto é, dos bens sobre que podiam recahir esta medida, e restringe o excesso pela forma indicada, de maneira a não representar a quota disponivel do quinto, mas uma parte menor, como se conclue da lettra e espirito da lei; a segunda mais clara é ainda, reduzindo as doações em vida entre marido e mulher ao que a primeira considera excesso sobre a terça.

Do confronto d'estes textos de lei, conclue-se que elles não tiveram por fim fixar o limite da quota disponivel do testador, na hypothese sobre que versam, mas unicamente reduzir as doações entre marido e mulher a uma quota determinada, menor do que a quota disponivel, e a objecto ou objectos determinados; isto é, regulamentar o emprego da quota disponivel, relativamente ás doações entre os conjuges.

adquiridos e hereditários, conservando-se a medida da quota disponível que recahia sobre os adquiridos e obli-

Diz João Pedro Ribeiro (*Observação Diplomática* citada, pag. 113 e 114) que o tit. 14 do liv. 4 das Ord. Aff., declarando a lei de D. Affonso 3.º sobre as doações entre conjuges, á qual nos referimos no texto, reconhece-lhes a liberdade de se beneficiarem mutuamente até á terça, tendo filhos, confirmando-se a doação pela morte do doador (vejam-se os §§ 5 a 8 do título e Ordenações citadas).

A que lei se refere o título citado das Ord. Aff., o qual declara «um costume que foi d'antigamente usado em estes reinos e escripto na Chancellaria Real em tempo d'El-Rei D. Affonso 3.º», como se diz no preambulo d'esse título?

Duvidamos admittir a hypothese de se ter feito no reinado de D. Affonso 3.º uma lei que contivesse doutrina identica á transcripta do título 14 do liv. 4. das Ord. Aff., mormente pela existencia das duas leis citadas, que encerram doutrina bem differente. Assim, é supposição nossa que a lei ou costume escripto na Chancellaria Regia, no tempo de D. Affonso 3.º, declarado no citado título das Ord. Aff., como diz o seu preambulo, é a mesma lei sem data a que nos referimos no principio d'esta nota e que João Pedro Ribeiro aponta na mesma *Observação Diplomática*, como dissemos, lei realmente existente na legislação, sem data, attribuida a D. Affonso 3.º

Fundamos a nossa supposição em tres motivos:

1.º—a legislação do reinado d'este monarcha não encerra lei alguma da qual possa derivar, directa ou indirectamente, a doutrina referida das Ord. Aff. (consulte-se o volume citado da obra *Portugaliae monumenta historica*, pag. 183 a 333);

2.º—não é de erer que a lei referida pelo citado título das Ord. Aff. tivesse realmente existido, contendo a doutrina ou o fundo da doutrina exarada n'este título: seria difficil admittir que, no mesmo reinado, não muito longo (do anno de 1245 ao de 1279), e n'uma epocha em que a produção de leis era relativamente morosa, se originassem dois diplomas de doutrina tão dissimelhante, pois, ao passo que um reduzia a amplitude maxima de certas doações a uma quota parte de herança, inferior ás quotas disponíveis então vigentes, e a um objecto ou objectos determinados, o outro referia a amplitude d'estas doações á da quota disponível do conjuge do-

terando-se, juntamente com a distincção indicada, a quota disponível que recahia só sobre os bens da *avoenga*, bens inalienaveis ¹;

3.º—mas esta tendencia não se verificou tão completamente, nem a principio foi tão vigorosa que d'ella resultasse o inteiro abandono do antigo costume nacional, baseado na legislação wisigothica; assim, emquanto as leis de D. Diniz e o documento do tempo de D. Affonso 4.º (anno de 1338) se referem unicamente á

dor, excluindo toda e qualquer ideia de restricção especial na amplitude das mencionadas doações;

3.º—nenhuma confiança deve merecer o preambulo historico dos títulos das Ord. Aff.: na obra citada—*Portugaliae monumenta historica* lê-se a pag. 156 do volume tambem citado: «Se houvessemos de acceitar sem reparo o preambulo historico das Ordenações Affonsinas, esse codigo que vigorou pouco mais de sessenta annos, seria hoje um guia seguro para conhecermos a maior parte da legislação anterior, e o systema adoptado na sua redacção indicar-nos-hia com certeza a epocha ou reinado em que cada lei fora promulgada, *cada regra juridica estabelecida*. Entretanto a comparação desse codigo com o corpo de leis antigas que nos restam, e ainda só com as do seculo xiii que publicámos agora, basta para nos desenganar que as Ordenações de Affonso v estão longe de reunir e representar as leis geraes da monarchia nas epochas que precederam a sua redacção. Nessas mesmas que ali foram ou extractadas ou transcriptas, os *erros deerra* de seus auctores, de sua data, e até do seu contexto são taes e tão frequentes, que tornam muitas vezes aquella compilação a fonte menos segura para a historia da nossa legislação primitiva.»

Por estes motivos crêmos que no reinado de D. Affonso 3.º não se produziu lei harmonica com as disposições citadas das Ord. Aff., mas se produziram as duas leis citadas no principio d'esta nota, regulamentando a applicação da quota disponível a doações entre conjuges (vejam-se os n.ºs 84 e 95, *infra*).

¹ João Pedro Ribeiro conjectura que a citada lei, sem data, de D. Diniz é dos ultimos annos do seu reinado—*Observação Diplomática* citada, pag. 114.

quota disponível da terça, sem distincção dos bens a que applicavam esta medida ¹, apparece o testamento de D. Pedro 1.º, do anno de 1367, onde, ao lado da instituição do terço, apparece indicada outra parte ou quota de herança de livre disposição para o testador, a qual não podemos deixar de suppor que seria o quinto. E' todavia para notar que do testamento de D. Pedro 1.º, no qual se manda deduzir o terço *de todos os bens, asi moveis como raiz*, parece concluir-se que a incidencia d'esta medida sobre os bens da *avoenga* precedeu a destruição da medida do quinto ², o qual se continuou a deduzir exclusivamente d'estes bens; e isto prova como a tendencia para approximar os bens da *avoenga* dos bens adquiridos foi a causa determinativa da abolição da medida do quinto;

4.º—o desaparecimento completo d'esta instituição parece-nos poder fixar-se no reinado de D. João I.º, no qual devia estar inteiramente em desuso o principio da inalienabilidade dos bens da *avoenga* ³, e de cuja data não conhecemos documento que, directa ou indirectamente, faça referencia á instituição do quinto, como loi vigente n'esse tempo. E' esta tambem a epocha em que começou o predominio de direito romano na legislação patria ⁴,

¹ Veja-se o tit. 98 do liv. 4 das Ord. Aff., o n.º 23, *infra*, onde transcrevemos parte da lei de D. Diniz do anno de 1291 (nota 1 da pag. 68), e a *Observação Diplomática* citada, pag. 112 e 113.

² Veja-se o documento do anno de 1299, mencionado no n.º 25, *infra*.

³ Ord. Aff. liv. 4, tit. 37—Ord. Man., liv. 4, tit. 25—Ord. Phil., liv. 4, tit. 11.—Mello Freire, *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, liv. 3, tit. 1 § 40, nota.

⁴ Mello Freire, *Hist. Jur. Civ. Lus.*, §§ 62, 67 e notas a estes §§ —Ricardo Raymundo Nogueira, *Prelecções sobre a historia do direito patrio*, pag. 33 e seg.—Thomaz Antonio de Villa Nova Portugal,

o qual não conheceu a distincção entre bens adquiridos e hereditarios ¹.

Quanto a dizerem as Ord. Aff. que a primeira lei citada de D. Diniz foi sempre usada e praticada, seria dar demasiada importancia a esta affirmacção, empregada n'uma epocha em que a differença entre a instituição do terço o quinto e a do terço indistincto devia ser percebida pouco nitidamente, e em que era difficil determinar o sentido da evolução juridica sobre o ponto em questão.

Tomamos, portanto, a phrase como referencia geral á instituição do terço, desde que existiu entre nós esta medida de quota disponível, quer fosse o terço, d'origem visigothica, recahindo só sobre os bens adquiridos, quer o terço indistincto, incidindo sobre todos os bens do testador ².

Em vista d'estas considerações, concluimos que as duas instituições patrias—do terço e quinto, e do terço indistincto—não tiveram periodos simultaneos de existencia, mas que a segunda derivou naturalmente da primeira, como resultado da tendencia para nivelar as duas especies de bens—hereditarios e adquiridos. Assim, quando o § 1 dos tit. 97 e 98 do liv. 4 das Ord. Aff. nos apresenta a doutrina do terço indistincto derivada dos costumes nacionaes ³, não se deve entender pela palavra

Memoria sobre qual seja a epocha fixa da introdução do direito romano em Portugal; e o grau de auctoridade que elle teve nos diversos tempos, nas Memorias de litteratura da Academia, tomo 5.º pag. 377 e seg.—Coelho da Rocha, obra citada, § 95.

¹ Mello Freire, *Inst. Jur. Civ. Lus.*, lugar citado.

² Sobre o valor do preambulo historico das Ord. Aff. veja-se o que fica dito na nota 5 da pag. 68, na pag. 71.

³ A mesma ideia se encontra no preambulo da lei de 9 de setembro de 1769 (na *Collecção de Legislação Portuguesa* de Antonio Delgado da Silva)—em Mello Freire, obra citada, liv. 3, tit. 5, § 3,

—*costumes*—a praxe primitiva de regular a materia desde que o direito wisigothico teve auctoridade entre nós, mas sim aquella que, manifestada já no reinado de D. Diniz, se accentua definitivamente no reinado de D. João 1.^o ¹.

22.—A unica causa determinativa da transformação seria a indicada no n.^o anterior?

Atraz vimos como Santa Rosa de Viterbo, depois de ter referido que o testamento de D. Affonso 2.^o só encerra a disposição do terço, o que depois de muitos annos ficou servindo de lei, accrescenta «so he que esta não nasceo dos Arabes, que igualmente podião dispôr só da terça parte dos seus bens.»

O sr. Visconde de Seabra ², alludindo ao mesmo facto, aponta a grande influencia que teve entre as classes inferiores o elemento sarraceno, «a que se prende a limitação do terço» ³.

No meio das opiniões variadas sobre o direito successorio musulmano, informa-nos Azcárate ⁴ de que podem estabelecer-se como culminantes, entre outros, os pontos seguintes—a legitima simultanea a varias classes de herdeiros e aos esposos, e a limitação da quota disponivel a um terço, segundo uns, ou a um quarto, segundo outros.

nota—em Almeida e Sousa, *Dissertações* 5.^a § 17, e 6.^a § 3, da collecção de *Dissertações* já citada—e em Liz Teixeira, obra citada, parte 2.^a, div. 1.^a, tit. 5, § 40 (pag. 275).

¹ Confira-se o proprio Mello Freire, na nota ao § 126 da *Hist. Jur. Civ. Lus.*

² Obra citada, pag. 311.

³ Para o sr. Visconde de Seabra, a transformação a que nos vimos referindo revela o progressivo ascendente dos costumes e opiniões das classes inferiores, que mais tarde deviam supplantar as superiores. Veja-se o n.^o 20, *supra*.

⁴ Obra e tomo citados, pag. 340 e 341.

Nas nossas Ord. Aff. ¹ encontra-se um valioso compendio de direito moiro sobre a materia das successões, e d'ahi consta effectivamente ser quota disponivel n'este direito o terço, o qual podiam os moiros deixar ou doar liberramente para bem da sua alma, para obras pias, beneficiando um extranho, etc.

Dever-se-ha considerar a influencia do direito sarraceno como causa determinativa da transformação? Nenhuma duvida teriamos em a considerar tal, se não fôra a differença profunda que encontramos entre o terço moiro das Ord. Aff. e o terço indistincto da nossa antiga legislação christã ².

Entre os moiros, a quota legitima era igual á quota de successão legitima: o terço era quota de disposição forçada, com a qual não podia o testador beneficiar um herdeiro seu, e de que devia dispor a favor de algum extranho, mesmo não nascido, defuncto, servo ou serva, Mesquita, Albergaria ou casa d'Oração, etc., com a comminação de aliás se devolver para a Corôa; isto é, no direito moiro não existia verdadeiramente quota disponivel, senão quanto á escolha da pessoa ou pessoas entre aquellas a quem a lei permitia que a dita quota fosse deixada ³. Segundo a nossa antiga legislação christã, a quota do terço era verdadeiramente disponivel, pois o testador podia dispor ou não dispor d'elle, a favor dos seus herdeiros, de extranhos, para bem da sua alma ou em legados pios; e, no caso do não ter disposto d'esta

¹ Liv. 2, tit. 28.

² Sobre este ponto de direito moiro, veja-se a curiosissima nota (a) da pag. 55 do tomo 1.^o da obra de José Anastacio de Figueiredo—*Synopsis Chronologica*.

³ Ord. Aff., tit. citado, §§ 2, 14, 15 e seg., 53 e 58.

quota, portencia, a titulo de successão legitima, aos proprios herdeiros legitimarios ¹.

Parece-nos portanto mais verosimil suppor que a instituição do terço indistincto evolucioneu naturalmente da do terço e quinto, como explicámos no n.º anterior, filiando-se, por ligação mediata, na correspondente instituição wisigothica, onde o terço constitue até a *mejora* particular de certos herdeiros legitimarios ².

Forneceria ao menos o direito moiro a originalidade da medida do *terço*, uma das medidas de quota disponivel por elle fixadas ³? Nem isso; o terço é d'origem wisigothica ⁴, embora entre nós tivesse mais ampla destinação e incidencia mais restricta, quando unido á quota disponivel do quinto.

23.—Para responder ao quarto ponto, lembraremos as palavras com que Almeida e Sousa abre o § 34 da *Dissertação 6.*^a ⁵: «Pela primitiva origem das nossas terças, a sua principal destinação era para beneficio das almas dos testadores Pais, que tinham filhos»..... Na realidade, os documentos citados dos annos de 897 e 1100, dos mais antigos que os antiquarios nos apontam, encerram doações com fins pios; o do anno de 1192 diz expressamente *«istud casale est de quinta parte anime sua»*; o do anno de 1270 diz tambem em termos

bem claros—«*Item mando ad hec omnia persolvenda pro anima mea, et parentum meorum, et pro remissionem peccatorum meorum, quintam totius mei patrimonii, et tertiam totius mee ganadie, et de totis comparadiis*»..... ¹. Santa Rosa de Viterbo começa o seu artigo sobre *terço* e *quinto* ², referindo a disposição d'estas quotas a beneficio das almas dos pios testadores.

Poder-se-ha concluir que o terço e quinto foram entre nós exclusivamente destinados a desembargar a alma dos testadores ³?

Duvidamos perfilar tal opinião, embora se comprehendam no sentido amplo da expressão—a beneficio das almas dos testadores—as deixas com fins pios e religiosos, e comquanto seja exacto que a quasi totalidade dos documentos assim citados ⁴ só contem doações com fins pios ou a bem da alma do testador.

Leva-nos a esta duvida o desconhecimento de um motivo qualquer, pelo qual se explique razoavelmente a transformação que se devia ter operado no direito wisigothico, onde o quinto da herança podia ser deixado tanto com os fins indicados, como a favor dos herdeiros do testador ou de extranhos ⁵, em ordem a reduzir a disposição d'essa quota e do terço ⁶ a fins pios, ou, mais exclusivamente, a beneficio da alma dos testadores.

¹ Vejam-se os logares correspondentes citados no n.º 20, *supra*.

² *Elucidario*, *vb.* citados.

³ Apesar de empregarmos a simples palavra *testadores*, para simplicidade de expressão, nem por isso deixamos de considerar exacto o modo como Almeida e Sousa se exprime, dizendo *testadores Pais*, porque o nosso direito primitivo não conheceu a legitima senão na linha recta descendente; *supra*, n.º 20.

⁴ *Supra*, n.º citado.

⁵ *Supra*, n.º 17.

⁶ que não constituia entre nós *mejora* particular aos herdeiros legitimarios. Veja-se o n.º 20, *supra*.

¹ Ord. Aff., liv. 4, tit. 97, §§ 1 a 3; tit. 102, § 2; tit. 98; tit. 107, § 23. *Infra*, n.º 23—Ord. Man., liv. 4, tit. 70, pr. e § 1; tit. 75, pr. e § 1; tit. 71; tit. 77, § 4; liv. 5, tit. 91—Ord. Phil., liv. 4, tit. 82, pr. e § 1; tit. 91, pr. e § 1; tit. 92; tit. 97, § 3; tit. 81 § 6.

² *Supra*, n.º 17.

³ como se conclue do confronto do § 58 do tit. 28 do liv. 2 das Ord. Aff. com os §§ 15 e seg. do mesmo titulo.

⁴ Mello Freire, logar citado. Compare-se muito especialmente a medida da legitima paterna castelhana, de origem wisigothica; *supra*, n.º 17.

⁵ da collecção de *Dissertações* já citada.

Que este devia ser o destino ordinario d'estas quotas, conclue-se dos nossos costumes d'essa epocha, em que a organização e protecção dos mosteiros estava em pleno vigor e se professava respeito, ou antes, verdadeiro temor por tudo quanto cheirasse a inferno, enxofre e resina. Que este devia ser o destino ordinario d'estas quotas, provam-n'o concludentemente as celebres leis de amortisação de D. Affonso 2.^o (anno de 1211), e de D. Diniz (annos de 1286 e 1291), as quaes, prohibindo ás Egrejas e Ordens a aquisição de bens de raiz por herança, principalmente aos mosteiros nos bens dos seus frades ¹, accusam a tendencia do tempo para accumular nas mãos d'estas corporações a propriedade territorial; prova-o ainda mais concludentemente o facto de nunca terem sido observadas á risca as citadas leis de D. Diniz, embora tivessem sido confirmadas e garantidas nas Côrtes de Lisboa do anno de 1371 (no reinado de D. Fernando), e se legislasse sobre a materia em quasi todos os reinados seguintes ², pois este facto denuncia, por parte dos doados, um amor a casas e herdades não perfeitamente evangelico, e, por parte dos doadores, uma predisposição invencivel para esta especie de deixas ³.

¹ Ord. Aff., liv. 2, tit. 14 e 15—Fr. Antonio Brandão, *Monarchia Lusitana* parte 4.^a liv. 13, cap. 21; parte 5.^a, livro 17, cap. 7 e 8—Mello Freire, obra citada, §§ 45, 55 e nota; *Inst. Jur. Civ. Lus.*, liv. 1.^a, tit. 5 § 11—Coelho da Rocha, obra citada, § 76 e nota—Alexandre Heretulano, *Historia de Portugal*, volume 2.^o pag. 243.

² Ord. Man., liv. 2.^o tit. 8—Ord. Phil. liv. 2.^o, tit. 18—Preambulo da lei de 4 de julho de 1768 e do Alvará de 12 de maio de 1769 na citada *Collecção de Legislação Portuguesa*—Fr. Francisco Brandão, *Monarchia Lusitana*, parte 5.^a, liv. 17, cap. 8, pag. 190—Mello Freire, *Hist. Jur. Civ. Lus.*, §§ 55 e nota, 60 e nota (a), 71, 89 e nota—Coelho da Rocha, obra e lugar citados.

³ Sobre o abuso em que a Igreja incorreu e modos de que se serviu para alcançar deixas de bens, veja-se especialmente a obra

Mas, alem da dificuldade de explicar a transformação indicada, como justificar, por outro lado, a passagem para o direito das Ordenações Affonsinas, que foi adoptado pelas Manoelinas e tambem pelas Philippinas, no qual se não poem obstaculos á livre disposição da terça, de forma a impedir a para outros quaesquer fins que não fossem obras pias ou beneficio da alma dos testadores ¹?

Agora, feita toda a cedencia á opinião cujo rigor historico impugnamos, perguntaremos: não será verdade que as citadas leis de amortisação, embora não executadas como fôra de desejar, exprimem o sentido da legislação d'aquelles tempos, manifestamente contrario a essa opinião? Pois não significam ellas a vontade de reprimir a accumulção de bens de raiz nas mãos das corporações religiosas? E, se esta é a significação d'essas leis, cuja origem Mello Freire colloca em epocha anterior a Affonso Henriques ², como suppor que o facto de quasi todos os documentos encerrarem doações a bem da alma dos testadores ou com fins pios, demonstra mais alguma coisa do que a lucta d'um preconceito e habito social contra as beneficas prescripções legaes?

Encarados os documentos á face das leis de amortisações, não será até contraproducente o argumento? Parece-nos que sim.

citada de Fr. Francisco Brandão, parte 5.^a, liv. 16, cap. 63 pag. 148; parte 6.^a, liv. 18, cap. 58, pag. 250 e 251—e a obra citada de Mello Freire, no fim da nota ao § 53.

¹ Vejam-se os logares citados, das Ordenações na nota 3 da pag. 42.

² Veja-se a *Hist. Jur. Civ. Lus.*, no principio da nota citada, e a Memoria citada de F. M. Trigoso d'Aragão Morato, especialmente na parte 4.^a, onde este auctor refere ao reinado de D. Diniz a consistencia, execução e generalidade das leis sobre amortisação.

Não abandonaremos a discussão d'este ponto, sem transcrever alguns periodos da citada lei do reinado de D. Diniz, do anno de 1291 ¹: «*Porem ponho, e faço tal lei, e tal constituição em meu Reyno para todo sempre, que se filhos dal, ou outras gentes, quer homens, quer mulheres de meu Reyno entrarem em ordens, que à morte dellas, às ordens nom venhom estas possessões, nem as possão vender, nem dar, nem alhear, nem em outra maneira fazer dellas cousa que se faça engano, porque as ajão as ordens: mas se algum destes alguma cousa quizer dar por sa alma, venda o terço de seus herdamentos, e das possessões, e as duas partes fiquem a seus herdeiros. E vendão o terço a taes pessoas, que nunca se possão tornar às ordens....*»

Querer-se ha deduzir argumento d'este texto, por isso que elle só regula as duas hypothese referidas — a do ser instituida herdeira uma ordem monastica e a da deixa a bem da alma do testador, parecendo, portanto, que estes eram os unicos destinos que podiam ter as quotas disponiveis?

Repetimos: nada mais vemos n'esse texto que a prescripção legal tendente a reprimir um habito adquirido, mas não podemos vêr n'elle a prohibição d'outros empregos das quotas que não os indicados, pelos motivos expendidos e pelo exemplo fornecido por um dos documentos do anno de 1315, do qual bem claramente se deduz a liberdade de dispor do terço e quinto com um fim profano, a favor de extranhos ².

¹ Fr. Francisco Brandão, obra citada, parte 5.^a, liv. 17, cap. 7, pag. 187, verso.—Ord. Aff. liv. 2, tit. 15, § 3.

² O documento apontado no texto exprime-se pela seguinte forma: «*E mando todo o meu terço e o meu quinto a Prailhy Lourenço, minha mulher, en sa vida....* veja-se o logar citado no n.º 20, *supra*.—Interpretação analoga se deve dar, em nosso entender, á lei do mesmo rei, citada no n.º 21, *supra*, que passou para o tit. 98 do

Rejeitando, á vista do exposto, o modo restricto como S. Rosa de Viterbo *parece* definir o destino primitivo d'estas quotas ¹, explicaremos por uma tendencia, superior á auctoridade da lei, o facto notado por Almeida e Sousa quanto ao terço—de ser destino vulgar do terço e quinto, mas não exclusivo, o bem da alma do testador e o beneficio das instituições religiosas.

24.—Cumpre-nos fallar agora das especialidades da medida da legitima e quota disponivel, de que a historia antiga portugueza faz menção.

Conta Alvaro Valasco ² que, no bispado da Guarda, a quota disponivel era da *quarta* dos bens, no caso de haver filhos, por antigo costume ahí commumente observado. Esta versão é tambem referida por Manoel Barbosa ³; e Diogo Guerreiro ⁴, que a applica tanto no caso da legitima ser destinada aos filhos do testador, como no de o ser aos paes ⁵, estende o costume a Portalegre, apresentando-o como antiquissimo, existente desde o principio do reino e mais velho que a lei patria ⁶.

liv. 4 das Ord. Aff. e onde se usa da phrase ambigua «*salvo a terça parte, que pode dar per sua alma, assy de movel como de raiz, a outrem que quizer*» (§ 1 do citado titulo).

¹ S. Rosa de Viterbo, no logar citado, refere-se pela mesma forma ao quinto visigothico, reduzindo o seu destino a obras pias; e isto, se não fui deseuído, é inexactidão—Veja-se o n.º 17, *supra*.

² *Decisionum, consultationum ac rerum judicatorum in regno Lusitaniae libri duo*, cons. 104, n.º 25.

³ *Remissiones doctorum ad Ordinationes Regni Lusitani*, liv. 4, tit. 82, n.º 6.

⁴ *Tractatus II, De divisionibus*, liv. 3, cap. 2, n.º 27.

⁵ o que exceptua o exposto no n.º 20, *supra*, sobre a legitima paterna.

⁶ n.º 28 a 30 do logar citado — Veja-se sobre esta especialidade a citada *Dissertação* 5.^a de Almeida e Sousa, § 7, nota.

Mais diz Guerreiro ¹ que a expressão *quarta* não respeita unicamente aos bens do testador, mas a todos os bens do casal, resolvendo-se, por conseguinte, na metade da meação do conjugue testador, e assim attesta Guerreiro ter visto testar bastantes vezes em Portalegre ².

Seja qual fôr a fidelidade da narração de Guerreiro, é todavia certo que, relativamente ao bispado da Guarda, Valasco se serve no logar citado da expressão «*disponere solum possant de quarta bonorum*», e Barbosa no logar citado d'est'outra *aut tantum possit disponere de quarta*, e isto prova á evidencia como, para estes auctores, o facto apresentado constituia uma diminuição, um desfalque no direito ordinario de disposição, consagrado pelas Ordenações ³; ora a disposição do terço, segundo as Ordenações, era referida unicamente aos bens pertencentes ao testador ⁴. Sem pretendermos rejeitar pela base a affirmação de Guerreiro, pol-a-hemos em duvida, mormente pela leviandade com que elle agglomera os bispados da Guarda e Portalegre, em ordem a submeter o primeiro ao principio que, segundo diz, era praticado em Portalegre.

Mais ainda. Para explicar esta anomalia juridica, parece-nos que o mais verosimil será consideral-a como conservação nos costumes do direito romano sobre a materia, antes da reforma de Justiniano ⁵; ahi, a medida

¹ logar citado, n.º 28.

² onde este escriptor exercen as funcções de Juiz dos Orphãos, como se lê no logar citado.

³ Ord. Aff., liv. 4, tit. 97, §§ 1 a 3; tit. 102, § 2—Ord. Man., liv. 4, tit. 70, pr. e § 1; tit. 75, § 1—Ord. Phil., liv. 4, tit. 82, pr. e § 1; tit. 92, § 1.

⁴ Vejam-se os logares citados das Ordenações e o n.º 42, *infra*.

⁵ *Supra*, n.º 8 e 9.

da legitima acha-se ser perfeitamente igual á indicada por Valasco e Guerreiro, como antigo costume dos bispados da Guarda e Portalegre. Apresentamos esta hypothese, á falta d'outra mais solida e razoavel.

Pois no direito romano (assim como pelas nossas Ordenações), a quota disponivel era tão sómente referida aos bens pertencentes ao testador, como se conclue da segunda regra de calculo acima indicada ¹, attenta a intima correspondencia que liga a quota legitimaria á quota disponivel da mesma successão ².

Em face das razões expendidas, será exacto ter vigorado em Portalegre o costume referido, tal como nol-o apresenta Guerreiro? Responda pela affirmativa o valor d'este nome.

25.—Santa Rosa de Viterbo ³ menciona dois documentos de 1150, que erradamente parece adduzir como demonstrativos da disposição do terço e quinto nos antigos documentos patrios.

No primeiro faz-se a seguinte declaração: «*Si vero filium ex legitima uxore unum vel duos, vel usque quinque filios habuero: aequalem vobis partem unius filii concedo. Quod si amplius quinque filios mihi Deus dederit, quintam partem vobis concedo integram*». No segundo: «*Tali pacto, et convenientia: quod si semen habuero, ad unum, vel duos, mediam partem uno filio facio: duobus, tertiam, tribus verò quartam: Si verò plus, quintam partem mando praedicto loco S. Salvatoris; caetera autem filiis meis*».

Pelo primeiro documento, se o testador não tivesse

¹ *Supra*, n.º 12. Esta é tambem a regra formulada pelo Cod. Wis.; *supra*, n.º 18.

² *Infra*, n.º 102 e 103.

³ logar citado.

mais de cinco filhos, a quota disponível seria igual a uma quota parte da herança, igual ao numero de filhos existentes mais um; mas, se o testador tivesse mais de cinco filhos, a quota disponível seria sempre igual ao quinto da herança; e d'aqui resultava ser maior no caso de existirem seis ou cinco filhos do que no caso de existirem cinco.

Pelo segundo documento, vigorava o primeiro principio até ao numero de tres filhos, e o segundo desde esse numero em diante; o que aperfeiçoava as regras estabelecidas no primeiro documento.

Encerra tambem uma disposição excentrica o documento do anno de 1289, citado por João Pedro Ribeiro ¹, no qual se diz: *«Item mando . . . que meos Executores filhem minha terça, e minha quinta, e todo meu movel»* . . .

O mesmo refere ² um documento do anno de 1299, onde se distingue entre bens moveis e immoveis por uma forma excepcional: *«E os Executores desta minha manda filhem a terça do meu aver movel, e filhem a terça e a quinta dos meus erdamentos»* . . .

N'um dos documentos do anno de 1156, citados por este auctor, se nota o legado do cavallo e armas á Ordem do Templo, e n'outro d'esse anno, tambem citado por João Pedro Ribeiro no mesmo logar ³, identico legado a captivos. Observa elle que, a respeito d'estes moveis, parece ter havido um privilegio mais particular; ao menos, de um formal de partilhas de 23 de fevereiro do anno de 1359 se vê passarem precipuas ao filho mais velho as armas e o cavallo de seu pae, segundo (se diz no formal) o costume do Porto ⁴.

Observação Diplomática citada, pag. 409.

Observação Diplomática citada, pag. 414, nota (3).

Supra, n.º 20.

⁴ Veja-se o Appendice citado ao tomo 2.º das Dissertações Chro-

Mas a maior singularidade é a notada ainda por este auctor ¹ e que se encontra n'um testamento do anno de 1156; ahi, o testador, depois de ter legado parte dos bens de raiz, declara que o resto pertenceria a seus filhos, se fossem bons; não o sendo, pertenceria a herança ao mosteiro de Pendorada.

Qual o fundamento d'estas disposições e o alcance da sua applicação? Serão documentos isolados, cuja existencia comprove, por isso que são factos excepcionaes, as regras acima expostas, ou corresponderão a textos de lei desconhecidos ou a costumes peculiares de certas povoações? É impossivel ao interprete apresental-as por outra forma que a de anomalias da historia do direito patrio; e, na expectativa da descoberta de outros documentos que nos habilitem a modificar o nosso parecer, professaremos a opinião de não ver n'elles senão transvios da legislação e costumes em vigor na epocha alludida.

Pode surpreender por ventura ter isto acontecido em tempos que não primavam pela fixidez da legislação, e em que a variedade dos textos de lei e dos costumes tornava difficillimo o conhecimento nitido das prescripções legais?

26.—Atraz deixamos indicadas leis de D. Affonso 3.º, D. Diniz e D. João 1.º que passaram ou foram declaradas ou modificadas nas Ordenações Affonsinas ².

O tit. 14 do liv. 4 d'estas Ordenações (§§ 5 a 8),

nologicas, pag. 222, onde se falla mais detidamente d'esta especialidade.

¹ Appendice e logar citados.

² Supra, n.º 21.

o qual *declara* uma lei, sem data, de D. Affonso 3.^o ¹, regula as doações entre conjuges e reconhece-lhes a liberdade de se beneficiarem mutuamente até á terça tendo herdeiros legitimarios, confirmando-se a doação pela morte do conjuge doador. Estas disposições passaram para o tit. 9 do liv. 4 das Ord. Man., e d'aqui para o tit. 65 do liv. 4 das Ord. Phil.

A lei, sem data, de D. Diniz, colligida no tit. 93 do liv. 4 das Ord. Aff., regula os casos de legitima a favor dos filhos naturaes. As disposições d'esta lei passaram para o tit. 71 do liv. 4 das Ord. Man., e d'aqui para o tit. 92 do liv. 4 das Ord. Phil.

A lei, sem data, de D. João 1.^o, colligida no tit. 97 do liv. 4 das Ord. Aff., fixa a legitima dos filhos em dois terços dos bens paternos ou maternos ². As disposições d'esta lei passaram para o tit. 70 do liv. 4 das Ord. Man., e d'aqui para o tit. 82 do liv. 4 das Ord. Phil.

O tit. 102 do liv. 4 das Ord. Aff. declara uma lei de D. João 1.^o sobre a herança do que fallece deixando irmãos e tendo ainda vivo pae ou mãe, fixando em dois terços a legitima d'estes ultimos. As disposições d'esta lei passaram para o tit. 75 do liv. 4 das Ord. Man., e d'aqui para o tit. 91 do liv. 4 das Ord. Phil.

O tit. 101 do liv. 4 da Ord. Aff. estabelece os casos de legitima entre irmãos. As suas disposições passaram para o tit. 74 das Ord. Man., e d'aqui para o tit. 90 das Ord. Phil. Esta legitima, que só se verificava em hypothesees excepçionaes, abrangia igualmente dois terços dos bens do testador ³.

¹ *Supra*, nota 5 da pag. 68.

² Concorde o final do § 2 do tit. 102 do citado livro.

³ Vejam-se os logares citados das Ord. Aff. e Man., e o n.^o 33, *infra*.

O § 7 do tit 75 do liv. 4 das Ord. Man. estabeleceu um caso particularissimo em que a legitima se destinava indistinctamente a todos os herdeiros da linha collateral, disposição que passou para o tit. 105 do liv. 4 das Ord. Phil. A legitima, em tal caso, era tambem de dois terços dos bens do testador ¹.

Assim se firmou na nossa legislação a doutrina do terço indistincto, considerando-se d'esta medida a quota disponivel, sempre que ella se manifestasse — como resultado da existencia da legitima.

Da disposição ordinaria da terça a beneficio da alma do testador derivou a vulgaridade da expressão *terça d'alma* ², designando-se pelo seu destino frequente a quota disponivel ³.

Ainda por influencia dos habitos contrahidos na disposição da terça, tão livre para obras pias e bem da alma do testador que as Ord. Man. e Phil. a permitiram em regra, com estes fins, aos condemnados á morte ⁴, esforçava-se a jurisprudencia por fixar um principio uniforme que regulasse os suffragios por alma do fallecido intestado, sem chegar a um accordo a tal respeito ⁵.

¹ Vejam-se os logares citados das Ord. Man. e Phil.

² Almeida e Sousa, *Dissertação 6.^a* da collecção de *Dissertações* citada, § 34—Tenção 1.^a do Accordão da Rel. do Porto de 6 de fevereiro de 1874, no *Direito*, anno 6.^o, n.^o 44, pag. 176.

³ *Supra*, n.^o 23.

⁴ Ord. Man., liv. 5.^o, tit. 94—Ord. Phil., liv. 4.^o, tit. 81, § 6.

⁵ Domingos Portugal, *Tractatus de donationibus regis*, liv. 2.^o, cap. 34, n.^o 57 a 62—Simão d'Oliveira, *De mœre provisoris*, cap. 1, § 17—Guerreiro, obra citada, liv. 6.^o, cap. 6, n.^o 83 e seg.—Almeida e Sousa, obra e logar citados—Portugal, no logar citado, ao n.^o 62, refere uma lei de D. Manoel de 21 de janeiro de 1515, que não foi recebida pelo uso, na qual se reservava a terça parte da herança (*certam tertiam quottum hæreditatis*) para suffragios pela alma do defuncto—Veja-se o n.^o 57, *infra*.

27.—Comparando agora a instituição do terço indistincto, adoptada pelas nossas Ordenações com as medidas da legitima romana e wisigothica, vê-se que a medida da legitima portugueza é maior do que a romana ¹, igual á legitima paterna wisigothica e inferior á legitima wisigothica dos descendentes, relativamente a extranhos; pelo que respeita aos proprios herdeiros legitimarios descendentes, considerados á parte e em separado uns dos outros, a medida da legitima portugueza é maior do que a wisigothica dos descendentes ². Correia Telles ³, asseverando em termos geraes que em Hespanha podem os paes dispor do terço e quinto, colloca mal a questão relativamente a extranhos, mas não aos herdeiros legitimarios descendentes entre si. Tal é a individualidade da nossa medida de quota disponivel — a terça, que a Almeida e Sousa tanto apraz proclamar ⁴.

O desenvolvimento d'alguns pontos da doutrina exposta no n.º anterior e o estudo das regras de calculo da legitima e quota disponivel, segundo a jurisprudencia anterior aoCodigo Civil, seguir-se-hia agora naturalmente. Entendemos comtudo mais acertado apresentar essas considerações durante a exposição da doutrina, á face da moderna legislação civil ⁵; venceu-nos o pensamento da grande conveniencia de acompanhar os preceitos do direito actual os que immediatamente o precederam, apreciando-se assim com mais clareza e facilidade a significação e o valor da moderna lei civil so-

¹ *Supra*, n.º 8 e 9.

² *Supra*, n.º 17.

³ (José Homem), *Questões e varias resoluções de direito emphyteutico*, div. 6.ª, § 6.º.

⁴ Collecção de Dissertações citada, *Dissertação 5.ª*, § 17; 6.ª, §§ 3 e 4.

⁵ *Infra*, n.º 33, 42, 52, 61, 64, 71, 76, 80, 85, 86, e 104 a 108.

bre o assumpto d'esto trabalho. Por isso passamos a dar conta das alterações que a legislação do seculo XVIII introduziu em algumas das regras adoptadas na lei e jurisprudencia velha.

28.—Pelos §§ 1 a 3 da lei de 17 d'agosto de 1761 ¹, as heranças das pessoas que tivessem o fóro de Moço Fidalgo da Casa Real, e d'ahi para cima, e que com elle possuíssem bens vinculados, e da Corôa e Ordens, que juntos excedessem a tres contos de réis de renda annual, deviam ser repartidas sómente pelos filhos varões, *excluidas as filhas*, a quem apenas competiam alimentos para sua decente sustentação ou os meios necessarios para sua accomodação, no caso de quererem mudar de estado. Destruidos os direitos de successão legitima das filhas dos referidos testadores, desapareciam juntamente os seus direitos legitimarios.

A lei de 9 de setembro de 1769 augmentou os direitos dos herdeiros legitimarios, estendeu o principio da legitima a todos os parentes e fez reviver a distincção entre bens hereditarios e adquiridos ², applicando a terça só em favor dos descendentes ou tambem em favor de extranhos, segundo os bens eram d'uma ou d'outra natureza.

Pelo § 1, nenhuma pessoa, de qualquer estado e

¹ Manoel Borges Carneiro, *Direito Civil de Portugal*, liv. 1.º, tit. 4.º, § 30, n.º 10, nota (a). De 1765 existe uma lei ampliativa e declarativa da de 17 d'agosto de 1761, com a data de 4 de fevereiro, que o citado auctor menciona no n.º 9.º do mesmo §; mas esta lei só amplia e declara a de 1761 na parte em que ella providenciava «para que as Filhas das Casas da Nobreza d'estes Reinos tivessem decente sustentação nos estados, a que fossem destinadas por seus Pais e Parentes» — Sobre a legislação citada n'este n.º veja-se a referida *Collecção de Legislação Portugueza*.

² *Supra*, n.º 20 a 21.—Mello Freire, *Inst. Jur. Civ. Lus.*, liv. 3, tit. 1, § 10 e nota.

condição que fosse, tendo parentes até ao 4.º grão inclusivamente, contado segundo o direito canonico, poderia dispor em ultima vontade dos bens que houvesse herdado, em prejuizo e sem consentimento dos ditos parentes ¹; mas, se não tivesse filhos ou outros descendentes, era permittida a disposição dos bens adquiridos pelo trabalho, industria, serviço, ou havidos por doação ou deixa, a favor d'aquelle ou d'aquelles dos ditos parentes que fossem mais gratos ao testador.

O § 2 dispunha que a terça só poderia ser deixada aos descendentes, se os bens fossem proprios ou herdados; e tambem a extranhos, se fossem adquiridos.

Pelo § 3, os testadores que não tivessem parentes dentro do 4.º grão poderiam dispor livremente de metade dos bens hereditarios, e de todos os adquiridos.

Da comparação d'estes textos resulta que a legislação pombalina admittia tres medidas de legitima:

1.ª *existindo filhos ou descendentes*—relativamente a extranhos, da totalidade dos bens herdados ² e dois

¹ A lei de 1 d'agosto de 1774 prohibiu ás pessoas de mais de 60 annos a alienação, por qualquer modo, de bens estaveis e permanentes que excedessem o valor de 400\$000 réis, em prejuizo dos herdeiros legitimos até ao 4.º grão, sem justa causa e sem approvação da Mesa do Desembargo do Paço, ouvidos os herdeiros legitimos; todavia, a lei exceptuava as vendas necessarias, feitas com determinadas condições, e as doações entre vivos a pessoas conjunetas e d'aquellas que, pelas leis de 25 de junho de 1766 e 9 de setembro de 1769, succederiam ao doador, se morresse intestado.

A garantia, estabelecida pela citada lei a favor dos herdeiros legitimos até ao 4.º grão, embora muito incompleta e limitada, era contudo notavel, pois comprehendia a alienação por titulo oneroso, o que se não dava na lei de 9 de Setembro de 1769. A lei de 1 d'agosto de 1774 foi suspensa pelo decreto de 17 de julho de 1778.

² Ainda assim, os parentes até ao 4.º grão podiam consentir na disposição dos bens herdados, como dissemos, e n'este caso parece que a mesma lei reconhecia a validade da disposição—Como

terços dos adquiridos; relativamente a estes herdeiros, de dois terços de todos os bens. Era a *admissão da meiora wisigothica*, embora modificada ¹;

2.º *existindo parentes até ao 4.º grão por direito canonico, não comprehendidos no caso antecedente*: relativamente a extranhos, a mesma do caso anterior; relativamente a estes herdeiros, de dois terços dos bens herdados;

3.º *existindo parentes não comprehendidos nos casos antecedentes*; metade dos bens hereditarios, tanto relativamente a extranhos como a estes herdeiros ².

E' notavel ainda o § 28 do citado diploma o qual legisla particularmente sobre a materia das segundas nupcias do pae de familia: estabelece a regra geral de que os bens adquiridos, depois dos segundos e terceiros matrimonios, se possam computar para as legitimas dos filhos, *contanto que as terças fiquem pertencendo áquelles filhos do primeiro matrimonio, que aos paes communs parece nomeiar*. O § seguinte accentua mais fortemente esta garantia, com respeito ás segundas nupcias da mãe de familia.

Em conformidade com as antigas tradições que circumscreviam as doixas entre casados a uma determinada quota de herança, inferior á quota disponivel, e a um objecto ou objectos determinados ³, o § 4.º da referida

veremos, tambem a lei, cujo exame estamos fazendo, exceptuava a regra geral assente no texto, permittindo os legados pios ou a bem d'alma do terço da terça dos bens hereditarios, sem restricção alguma quanto á qualidade dos herdeiros. A legitima da totalidade dos bens hereditarios estava pois bem longe de ser uma garantia completa na legislação pombalina.

¹ *Supra*, n.º 17.

² O alvará de 31 de janeiro de 1775, que mais adiante mencionaremos, destruiu esta legitima n'uma hypothese especial.

³ Veja-se a nota 5 da pag. 68.

lei limita estas deixas ao usufructo da terça, havendo filhos de matrimonio.

A legislação pombalina deu grande impulso ás leis de amortisação ¹, pela lei de 4 de julho de 1768, alvará de 12 de maio de 1769 e lei de 9 de setembro do mesmo anno (já citada), dos quaes diplomas separamos os §§ 6 a 8 e 21 da ultima lei referida, pela relação estreita que os prende ao assumpto d'este trabalho; os citados §§ *limitaram os legados pios ou de bem d'alma ao terço da terça dos bens do testador, hereditarios ou adquiridos, não excedentes a quatrocentos mil réis* (§§ 6 e 7 ²), e declararam nullas todas as disposições e convenções *causa mortis* ou *inter vivos*, em que fosse instituida a alma por herdeira (§ 21).

O alvará de 31 de janeiro de 1775 applicou o § 3 da lei de 9 de setembro de 1769 á Misericordia de Lisboa, e fel-o por forma a destruir, na hypothese que regulava, a legitima dos parentes alem do quarto gráo, contado por direito canonico.

Em 1778, foi promulgado o decreto de 17 de julho, o qual suspendeu os §§ citados das leis de 17 d'agosto de 1761 e de 9 de setembro de 1769, mandando regular, até á promulgação do novo codigo, o que se dispunha e determinava nas Ordenações do Reino, a respeito da materia dos §§ suspensos, de cuja doutrina já temos conhecimento ³; mas o alvará com força de lei

¹ Mello Freire, obra citada, liv. 4, tit. 5, §§ 11 e 12; liv. 3, tit. 5, § 31: *Hist. Jur. Civ. Lus.*, § 55, nota.

² O § 8 da citada lei estabelecia algumas excepções a este limite.

³ *Supra*, n.º 23 e 26. Nas Ordenações não se continham, quanto á materia das segundas nupcias, disposições identicas ou analogas ás citadas da lei de 9 de setembro de 1769—Ord. Aff., liv. 4, tit. 102—Ord. Man., liv. 4, tit. 75—Ord. Phil., liv. 4, tit. 91 e 105.

de 20 de maio de 1796, repondo em vigor o § 21 da lei citada de 1769, tornou a prohibir a instituição d'alma por herdeira, o que, de resto, era já a tendencia das Ordenações ¹.

Curta foi a duração da legislação pombalina mencionada, não reposta em vigor depois do decreto de 17 de julho de 1778. Mais tarde o Codigo Civil, estabelecendo no art. 1775 que—ninguem pôde determinar se consuma em suffragios por sua alma mais do que o terço da terça dos bens que deixa—e no § un. do art. 1781 que—as corporações de instituição ecclesiastica só poderão succeder até o valor do terço da terça do testador—confirmou a limitação analoga da lei de 9 de setembro de 1769 ²; mas o que o Codigo Civil não contem, assim como as Ordenações, é disposições parallelas ás que esta lei formulara sobre as segundas nupcias, e que acima deixámos mencionadas ³.

Sobre o desenvolvimento que a legislação pombalina deu á instituição da legitima, explica-se o preambulo da lei de 9 de setembro de 1769, som conseguir apresentar um argumento de verdadeiro peso, que legitimasse, ao menos para aquella epocha, o desfavor votado á successão testamentaria; quanto á exclusão da legitima decretada na lei de 17 d'agosto de 1761 contra as filhas de certas e determinadas pessoas, funda-se o preambulo d'esta lei na necessidade de augmentar o esplendor das familias nobres, de não tirar aos fillos varões meios que pudessem empregar no serviço da Corôa, e nos inconvenientes de se constituirem dotos illimitados para casamento.

¹ Ord. Aff., liv. 2, tit. 14 e 15—Ord. Man., liv. 2, tit. 8—Ord. Phil., liv. 2, tit. 18—*Supra*, n.º 23.

² *Infra*, n.º 57.

³ Codigo Civil, artt. 1233 a 1239.

29.—São indicações capitaes estas que a historia nos aponta, com ligação directa e essencial ao moderno direito civil portuguez sobre calculo da legitima e da quota disponivel.

Assistimos á morosa apparição da legitima na evolução dos povos, e a variações constantes na sua medida, o que deve contribuir sobremaneira para desfazer o habito predominante entre nós de se considerarem synonymas as expressões *terça* e *quota disponivel*¹; estudámos a formação da doutrina nacional da terça e pudemos apreciar o gráo da sua originalidade; e verificámos como o direito romano possui um quadro regular das operações do referido calculo, que o antigo direito hespanhol não egualou. A ordem de exposição foi a indicada pela natureza dos assumptos historicos².

Este rapido esboço, tornando saliente o caracter inherente a todas as instituições—de serem producto das modificações continuas do meio social—habilitar-nos-ha a entrar no estudo do Codigo Civil com o espirito da verdadeira interpretação: aquelle que conhece o alcance das lições da historia e procura entender os textos legais, sem os torturar, submettendo-os a juizos preconcebidos, e sem se torturar, sujeitando-se cegamente á lettra d'elles.

PARTE II

ESTUDO DO SYSTEMA GERAL DO CALCULO DA LEGITIMA E QUOTA DISPOXIVEL, SEGUNDO O CODIGO CIVIL PORTUGUEZ

¹ *Infra*; n.º 32, 33, 93 e 108.

² Como havemos de ver, na ordem logica das operações do calculo da legitima e da quota disponivel, a applicação da medida d'estas quotas é a ultima a realisar. Veja-se o n.º 102, *infra*.

CAPITULO I

SUMMARIO

30 e 31.—Codigo Civil Portuguez. Noção da *legitima* e da *quota disponível*. Art. 1790 e § 1. 32.—Confusão entre *quota disponível* e *terça*. 33.—Habito que explica esta mistura. O art. 1790, referido pelo § 2 do art. 1492, regula o calculo da quota disponível, seja qual fôr a sua medida. 34.—Calculo, computo e computação da quota disponível. 35.—Difficuldades inherentes a este calculo—Condição a que elle deve satisfazer. 36.—Massa liquida e completa da herança. Noção geral do processo do calculo da quota disponível—Deficiencia da legislação anterior ao Codigo Civil.

30.—O art. 1784 do Codigo Civil Portuguez define *legitima* pela forma seguinte: «é a porção de bens, de que o testador não pôde dispor, por ser applicada pela lei aos herdeiros em linha recta ascendente, ou descendente.» E para garantia efficaz do direito inviolavel, concedido pela lei aos mencionados herdeiros, estatue o art. 1789 que «se o testador houver doado, ou disposto de mais bens do que aquelles de que lhe é permittido dispor, poderão os herdeiros legitimarios requerer, na abertura da herança, que a doação, ou deixa, seja reduzida, nos termos declarados nos artigos 1493.^o e 1494.^o»¹.

¹ O art. 1789 corresponde-se com o art. 1492. *Supra*, n.^o 40.

O § un. do art. 1784 e os artt. 1786 e 1787 fixam diversas medidas de legitima: segundo o § un. do art. 1784, explicado pelo corpo do artigo, e o art. 1786, se o testador deixa vivos, ao tempo da sua morte, herdeiros em linha recta descendente, ou ascendente que sejam pae ou mãe, a porção indisponível do bens, applicada pela lei a estes herdeiros, é de duas terças partes dos bens do testador; segundo o art. 1787, a cuja doutrina se refere expressamente o § un. do art. 1784, se o testador só tiver, ao tempo da sua morte, ascendentes que não sejam pae ou mãe, a porção indisponível é de metade da herança. A primeira é a medida mais frequente da quota indisponível de bens, a que o Código Civil, seguindo a tradição do velho direito portuguez¹, chamou *legítima*.

31.—Adoptou a nossa lei civil um systema intermedio, quanto aos problemas gravissimos da disposição de bens, a titulo gratuito, em vida ou por morte: fixou quotas de herança, inatacaveis pelas liberalidades do testador, rejeitando assim a theoria que, acima de todas e quaesquer considerações juridicas, economicas e moraes, adduzidas a favor da instituição da legitima, collocas as vantagens inherentes á da livre disposição; mas admitiu, na generalidade dos casos², que o testador pudesse dispor de certa parte dos bens proprios, maior ou menor, conforme a qualidade dos herdeiros em linha recta.

¹ Ord. Phil., liv. 4, tit. 65 e 97—Lei de 17 d'agosto de 1761, §§ 1 e 2—Decreto de 17 de julho de 1778—Valasco, *Praxis partitionum et collationum*, cap. 17.—Guerreiro, obra citada, liv. 5, cap. 2, n.º 1—Mello Freire, *Inst. Jur. Cir. Lus.*, liv. 3, tit. 5, § 40 e nota; tit. 9, § 10 e nota.—Correia Telles, *Digesto Portuguez* (edição 5.ª), tomo 3.º, art. 1616 e seg.—Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil Portuguez* (edição 2.ª), §§ 317 e seg.—Liz Teixeira, obra citada, parte 2.ª, div. 1.ª, tit. 5, § 40 e seg. (pag. 275 e seg.)—*Supra*, n.º 7.

² Artt. 1784 a 1787 e 1237.

Esta porção de bens, cuja livre disposição por titulo gratuito lhe é permittida, limite da legitima attribuida a certos herdeiros e das liberalidades do testador, recebe o nome de *quota disponível*¹.

O estudo geral do calculo das quotas de successão —indisponível ou legitimaria e disponível—será objecto d'este trabalho, simples commentario ao art. 1790 e § 1 do Código Civil Portuguez, que são do theor seguinte: Art. 1790. «O calculo da terça, para o effeito da redução, será feito da maneira seguinte: § 1. Sommar-se-ha o valor de todos os bens, que o auctor da herança houver deixado, feita a deducção das dividas da herança; ajuntar-se-ha á somma restante o valor de todos os bens, que o fallecido houver doado, e a quota disponível será calculada com relação a esta somma total.»

32.—Encerra o nosso Código Civil um defeito de redacção, que vae buscar a sua desculpa á força irresistivel dos habitos adquiridos no uso da antiga legislação.

Estabelece o art. 1787, em harmonia com o § un. do art. 1784, que, se o testador só deixasse, ao tempo da sua morte, ascendentes que não fossem pae ou mãe, consistiria a quota disponível em metade dos bens da herança; mas os redactores do Código Civil continuaram a servir-se da palavra *terça* em preceitos legais que comprehendiam a hypothese do art. 1787²,

¹ Sr. conselheiro José Dias Ferreira, *Código Civil Portuguez anotado*, volume 3.º, nota ao art. 1167, pag. 189—M. Levasseur, *Portion disponible*, n.º 4—C. Demolombe, *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, tomo 2.º, n.º 1—F. Laurent, *Principes de droit civil français*, tomo 12.º, n.º 1.

² Sr. conselheiro Dias Ferreira, obra e volumes citados, nota ao art. 1147, pag. 164.

como se essa palavra representasse para todos os casos a medida da quota disponível ¹.

O art. 1790 falla no *calculo da terça para o effeito da redução* e o § 2 do art. 1492 no *calculo da terça, para se conhecer se ha ou não inofficiosidade*; não obstante, qualquer d'estes textos de lei respeita ao *calculo da quota disponível*, e não especialmente ao *calculo da terça*, pois a existencia de herdeiros em linha recta ascendente, que não sejam pae ou mãe, occasiona a redução das doações inofficiosas, exactamente como se o testador tivesse doixado descendentes em linha recta ou qualquer dos paes vivo ². Também a expressão *calculo da terça* do art. 2098, entendida naturalmente, significa *calculo da quota disponível* ³.

O art. 1919 do Projecto Primitivo do Codigó Civil (art. 1787 do Codigó) já dizia: «se o testador só tiver, ao tempo da sua morte, outros ascendentes, que não sejam pae e mãe, consistirá a sua legitima em metade dos bens da herança»; e comtudo o art. 1922 do mesmo Projecto (art. 1790 do Codigó) emprega igualmente a expressão—*calculo da terça* em vez d'est'outra *calculo da quota disponível*. A Comissão Revisora adoptou logo na primeira revisão a doutrina e a redacção do art. 1919 do Projecto Primitivo ⁴, passou pelo art. 1922 sem lhe merecer reparo a expressão *calculo da terça* ⁵, e na ultima modificação introduzida ao art. 1552 do

¹ Para tornar simples a exposição, referimos unicamente a hypothese do art. 1787 d'entre aquellas que fornecem medida de quota disponível differente da terça.

² Art. 1492, 1784 e § un., 1787 e 1789.

³ *Infra*, n.º 84 a 86.

⁴ *Actas das Sessões da Comissão Revisora do Projecto de Codigó Civil Portuguez*, pag. 272.

⁵ *Actas citadas*, pag. 273.

Proj. Prim. (art. 1492 do Codigó) torna a usar da expressão viciosa de que se servira o art. 1922 do citado Projecto ¹.

33.—A explicação d'este defeito deve ir procurar-se á reforma introduzida pelo Projecto de Codigó Civil do sr. Visconde de Seabra, quanto á medida da quota disponível.

No direito anterior ao codigó, a quota disponível tinha a mesma medida em todas as hypotheses, quer os herdeiros legitimarios existentes á morte do testador fossem descendentes em linha recta ou os paes, quer fossem os avós, bisavós, etc; n'uma palavra, a quota disponível era igual para todos os herdeiros legitimarios, quer ascendentes quer descendentes, e igual á terça parte dos bens do testador ².

Em hypotheses exceptioaes, admittiu também o direito anterior ao Codigó Civil a existencia de herdeiros legitimarios na linha collateral, á falta d'elles na linha recta ascendente e descendente: estabeleceu legitima a favor de todos os parentes na linha collateral e relativamente a bens determinados, na hypothese do casamento de mulher binuba quinquagenaria ³; e só a favor dos irmãos do testador, sem distincção, se o herdeiro instituído fosse pessoa infame ou vil e torpe e de maus cos-

¹ *Actas citadas*, pag. 238, 241, 243, 246, 397, 398 e 634.

² Ord. Phil., liv. 4, pr. e §§ 1 e 4; tit. 91, pr. e § 4—Valasco, obra e lugar citados, n.º 2—Guerreiro, obra e lugar citados—Correia Telles, obra e tomo citados, art. 1646 e 1648: *Doutrina das Acções* (edição 4.ª) § 135, nota (5)—Coelho da Rocha, obra citada § 349—Liz Teixeira, obra e lugar citados, §§ 40 e 42 (pag. 275 e 283)—Borges Carneiro, obra citada, liv. 1, tit. 18, § 163, n.º 4—*Supra*, n.º 26.

³ Ord. Phil., liv. 4, tit. 105—*Supra*, n.º citado.

tumes ¹. Ainda n'estas hypothesees excepcionaes se fixava a medida da legitima em dois terços dos bens sobre que ella incidia ².

Á face do nosso antigo direito eram por consequencia synonymas as expressões *terça* e *quota disponível*, ou, mais exactamente, a medida constante da quota disponível era a *terça* ³.

Imbuidos d'estas ideias, acostumados á phraseologia constante do livro e do fôro ⁴, não viram os reformadores

¹ Ord. Phil., liv. 4, tit. 90. *Supra*, n.º citado—Era o servilismo pelo direito romano a dominar na antiga legislação portugueza, como já dominara nas leis das Sete Partidas. *Supra*, n.ºs 9 e 17—A regra assente no texto achava-se restringida pelos §§ 1 e 2 do citado título.

² Vejam-se os logares citados das Ord. Phil. nas duas notas anteriores. Mello Freire, obra citada, liv. 3, tit. 5, § 53—Correia Telles, *Dig. Port.*, tomo citado, art. 1399—Coelho da Rocha, § 692 nota.

³ As disposições do citado tit. 103 das Ord. Phil. produziam a alteração d'esta medida (aplique-se o que se lê nos n.ºs 51 e 102 *infra*, sobre o art. 1237 do Cod. Civ.); mas esta hypothese especial não prejudica nem destrói a verdade da affirmacão exarada no texto.—A existencia de filhos illegítimos não modificava a medida da quota disponível (Ord. Phil., liv. 4, tit. 92).

⁴ O emprego das expressões *terça* e *terço da terça* nos artt. 1760, 1775, 1781, § un., 1844, § 1, 2111 e seus §§, 2116 e 2138 do Cod. Civ., e da palavra *terrenario* no § 1.º de art. 712 do Código do Processo Civil, demonstra bem claramente o vigor do habito de equiparar a *terça* á *quota disponível*. Do numero illimitado de exemplos que poderíamos ir buscar á jurisprudencia patria, separaremos a phrase de Valasco, na *Consulta* 189.º, n.º 34: «*Tertium juris Digestorum, et Codicis ditior erat, quam hodie*» (veja-se o n.º 8, *supra*) —a *Resposta do autor do Projecto do Código Civil ás Observações do sr. dr. Joaquim José Paes da Silva*, sobre o art. 2276 do Proj. Prim. (art. 2103 do Código), na pag. 105;ahi se diz expressamente «a *quota disponível ou terça*»—e a obra citada do sr. conselheiro Dias Ferreira, no volume 5.º, nota ao art. 1147, pag. 393;ahi se diz: «N'aquelle paiz (a França)... fixou-se a final a jurisprudencia no sentido de que a *terça* se computava sempre do mesmo modo»... (vejam-se os artt. 913 e 915 do Cod. Civ. Fr.).

da nossa legislação civil o erro que commettiam, continuando a servir-se da palavra *terça*, por forma a applical-a a hypothesees em que a quota disponível tem medida diversa, e confundiram as duas expressões.

E' para notar que, embora o Código Civil empregue a expressão *calculo da terça* nos artt. 1492, § 2, 1790 e 2098, usa mais frequentemente das expressões *quota disponível*, *parte disponível* ou d'outras equivalentes ¹; e em defeza da applicação dos artt. 1492, § 2 e 1790 ás hypothesees em que a medida da quota disponível é differente do terço, está o facto de se ler a expressão *quota disponível* no final do § 1 do citado art. 1790, de maneira a dominar todo o methodo de calculo desenvolvido por este §. Accrescente-se a isto que a Com. Rev. approvou uma modificação ao § 1 do art. 1922 do Proj. Prim. (art. 1790 do Código), na qual se lia já a expressão *quota disponível*, mas não substituiu esta, comquanto deixasse no corpo do artigo a expressão *calculo da terça* ². Se isto não devesse ser entendido como esquecimento ou descuido, seria certamente uma anomalia inexplicavel.

De resto, se o art. 1790 só fosse applicado ás hypothesees em que a quota disponível tem por medida o terço, qual o texto da lei applicavel áquellas em que a quota disponível tem medida mais ou menos ampla do que o terço? Existe porventura no Código Civil algum texto que suppra as regras fornecidas pelo art. 1790? Não o conhecemos; e ainda que ostivesse na intenção dos legisladores applicar a doutrina do art. 1790 só ao caso em que o terço é a medida da quota disponível, ver-se-hia o interpreto forçado a applical-a a todas as outras hypothesees.

¹ Sirvam-nos de exemplo os artt. 1774, 1788, 1789, 2039, 2148 e 2150.

² *Actas* citadas, pag. 273.

Assim entenderemos o artigo, na parte abrangida por este estudo, e o § 2 do art. 1492, que identifica o calculo da terça, para se conhecer se as doações feitas em vida pelo auctor da herança são ou não inofficiosas, ao calculo da mesma quota, regulado pelo art. 1790, o qual, pela secção em que se acha collocado ¹, respeita directamente ás doações por morte: o art. 1790, referido pelo § 2 do art. 1492, regula o calculo da quota disponível, seja qual for a sua medida.

34.—O § 1 do art. 1790 contem a disposição legal onde oCodigo Civil assenta os principios fundamentaes que hão de dirigir o jurista no calculo da quota disponível.

A palavra *calculo*, usada pelos artt. 1790, 1492, § 2 e 2098, não é a unica do que a jurisprudencia se tem servido na designação do conjuncto das operações necessarias para se separar n'uma successão a parte indisponível da parte disponível; a jurisprudencia usa indistinctamente das palavras *calculo* ², *computo* ³ e *computação* ⁴, considerando-as justamente como synonymas.

Fique pois bem assente que qualquer das palavras *calculo*, *computo* e *computação*, referida á quota disponível ou ainda á sua medida, como, por exemplo, á terça,

¹ «Da legitima e das disposições inofficiosas.»

² Sr. Visconde de Seabra obra e lugar citados, pag. 404 a 406.—*Rev. de Leg. e Jur.*, anno 3.º, n.º 128, pag. 379; anno 7.º, n.º 348, pag. 565.—*Direito*, anno 7.º, n.º 3, pag. 33.

³ Almeida e Sousa, *Dissertação 6.ª* da collecção de *Dissertações citada*, § 13—Coelho da Rocha, obra citada, § 350—sr. conselheiro Dias Ferreira, obra citada, volume 3.º, nota ao art. 1447, pag. 166 e 168.—*Rev. de Leg. e Jur.*, annos e lugares citados—Accordão da Relação do Porto de 14 de dezembro de 1875, no mesmo semanario, anno 10.º, n.º 175, pag. 108.—*Direito*, anno e lugar citados.

⁴ *Direito*, anno 5.º, n.º 22, pag. 313.—*Rev. de Leg. e Jur.*, anno 7.º lugar citado.

significa o processo juridico, fundamentado na lei e desenvolvido pela jurisprudencia, de extremar na massa dos bens do testador as porções correspondentes aos herdeiros legitimarios (quota indisponível, ou legitima) e aos herdeiros legitimos e instituidos, legatarios, e donatarios em vida ¹ (quota disponível).

35.—Se nas successões nada mais existisse do que uma quantidade de bens perfeitamente definida, livre de encargos e da comparação com as doações feitas em vida pelo auctor da herança, e se as medidas das quotas mencionadas fossem sempre uma e a mesma, seria facil operação a de separar as porções correspondentes á legitima e quota disponível. Mas em que hypothese se realisa este ideal de simplicidade, ou, pelo menos, um ideal aproximado? Em poucas, ou quasi nenhuma, para melhor dizer: na grande maioria d'ellas, apparecem graves difficuldades levantadas pela regra que faz entrar no calculo d'estas quotas a totalidade dos bens deixados pelo testador, pela satisfação dos diversos onus que pesam sobre esses bens e pela conferencia das doações feitas em vida, especialmente quando o testador escolheu para donatario algum ou alguns dos herdeiros legitimarios; em algumas d'ellas, cria obstaculos a regra que fixa a epocha á qual se refere o calculo indicado; e a isto accrescem as duvidas scrissimas e frequentes a que dá origem a fixação das varias medidas de legitima e quota disponível, á face da nossa legislação civil. Todas estas difficuldades se levantam constantemente na pratica, sob esta ou aquella forma, separadas ou cumuladas, segundo as circumstancias de cada caso occorrente.

O legislador necessitou de trazer diante de si um

¹ Mais abaixo se encontra a explicação da referencia a estes ultimos. Vejam-se os n.ºs 68 a 72, *infra*.

caminho certo e seguro que assegurasse os direitos dos herdeiros mais protegidos pela lei—os legitimarios, sem contudo ferir as garantias de quem já tinha o dominio pleno de bens que haviam pertencido ao testador—os donatarios em vida, e os direitos dos donatarios por morte, dependentes do fallecimento d'aquelle.

Esse caminho, ou o methodo de calcular as quotas disponivel e indisponivel da herança, devemencionar, como operação primaria, a que fornecer o conhecimento do valor do todo, do qual estas porções são partes componentes.

Esta maneira de proceder estava aconselhada pela propria natureza das coisas: para conhecermos o *quantum* da quota disponivel e da quota indisponivel, é necessario conhecer antecipadamente o *quantum* da successão inteira ¹. A este todo, convenientemente preparado, chamam jurisconsultos francezes *masse à comparer* ², e é na realidade a massa a que se applicam as medidas das quotas, em ordem a determinar a seu valor real n'uma certa hypothese, e á faco da qual se deve *comparar* a quota disponivel do testador com a porção de bens de que elle dispoz a titulo gratuito, em vida ou por morte. Se o testador ultrapassou o limite assignado pela lei, então intervirá a redução das disposições inofficiosas, como garantia privilegiada dos herdeiros legitimarios.

A formação da *masse à comparer* é a condição fundamental e indispensavel á effectuação rigorosa das disposições legaes que circumscrevem, a favor de certos

herdeiros, a liberdade de dispor dos bens proprios a titulo gratuito, de modo a serem protegidos todos os interesses que a transmissão da propriedade por via da successão pode produzir e conglobar. Mas como se forma esta massa?

36.—Nada haverá mais inexacto do que a apreciação do valor d'uma herança, para o offeito do calculo da legitima e quota disponivel, pelos bens existentes n'ella, por occasião do fallecimento do testador. Não podem as dividas absorver completamente esses bens? Não pode duplicar ou treplicar o seu valor a junção do valor, das doações feitas em vida pelo testador?

Distinguiremos consequentemente a massa bruta dos bens existentes no espolio da *masse liquida e completa da herança*: a primeira denominação caracteriza o acervo dos bens que se encontram materialmente no espolio do testador; a segunda caracteriza a massa de bens que elle possuia com um titulo capaz de ser transmittido herediariamente, depois de satisfeitos os encargos geraes a que a herança está obrigada, e de augmentada com o valor dos bens doados em vida pelo testador, nas hypotheses em que houver doações d'esta especie. A massa por nós chamada *liquida e completa* é a *masse à comparer* da jurisprudencia franceza, mencionada no n.º antecedente ¹.

Apresenta-se a formação da massa liquida e completa dos bens da successão como a reconstituição da fortuna do testador, dosde que elle fez a primeira doação em vida até ao cumprimento do ultimo encargo geral a que os ditos bens se acham sujeitos; reconstituída a sua fortuna, compara a lei os direitos dos diversos interessados, desde o herdeiro legitimario até ao legatario *pro rata*,

¹ V. N. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, tomo 3.º, nota ao art. 922, n.º 590—Laurent, obra e tomo citados, n.º 55.

² Levasseur, obra citada, n.º 2—Demolombe, obra e tomo citados, n.º 248.

¹ Vejam-se os logares citados na nota anterior.

e a massa, anteriormente liquidada, é dividida por forma a respeitar-se a inviolabilidade das legítimas ¹, a antecedencia da doação em vida ², e a preferencia expressa do legado ³.

Indicado pelo art. 1790 o methodo a seguir no calculo da quota disponivel, estudaremos as diversas operações que o compoem na ordem adoptada por esta disposição legal, ordem que deriva immediatamente da natureza do problema, e do systema geral do Codigo Civil sobre a transmissão da propriedade por via de successão. Este estudo será precedido pelo exame do direito correspondente, antes de promulgado o Codigo Civil.

Mas a legislação que o precedeu estava muito longe de possuir um systema definido de regras sobre o calculo da legitima e terça, achando-se a doutrina muito confusamente exposta no tit. 97 do liv. 4 das Ordenações Philippinas, de envolta com a materia das collações, e em varios logares dispersos a que recorriam os jurisconsultos. Assim, é sobretudo á jurisprudencia que teremos de ir buscar os principios directores d'este calculo, antes da promulgação da moderna lei civil.

¹ Artt. 1492, 1493 e 1789.

² Artt. 1495 e 1496.

³ Art. 1494.

CAPITULO II

SUMMARIO

37.—1.^a regra do calculo: epocha do fallecimento do testador. Antigo direito portuguez; a mesma regra segundo o Codigo Civil. 38.—Art. 1093; se exceptua a regra geral—Sua deficiencia. Observações do sr. cons. Dias Ferreira; só resolve parcialmente as difficuldades. 39.—Os artt. 1091 e 1092 regulam os effeitos da annullação do casamento, relativos aos bens dos conjuges. 40.—Applicação do art. 1093. Combinação d'este artigo com os artt. 1492 e 1789. 41.—Resumo da doutrina exposta. Como é que o art. 1093 exceptua a regra geral exposta no n.º 37, *supra*. 42.—2.^a regra do calculo; somma do valor de todos os bens deixados pelo testador. Antigo direito portuguez; a mesma regra segundo o § 1 do art. 1790 do Codigo Civil. 43.—Artt. 1167 e 1235; se exceptuam a regra geral—Opiniões emitidas na *Gazeta dos Tribunaes* e pelo sr. cons. Dias Ferreira—Duas questões a distinguir. 44.—As palavras finaes do art. 1167 não se harmonisam completamente com a regra geral exposta. Qual a natureza d'esta excepção?—Doações ante-nupciaes e entre casados—Artt. 1167 e 1501; vigora a regra do 1167. Art. 1235. 45.—Os artt. 1167 e 1235 não exceptuam directamente a regra geral.—*Quid* com relação ás doações entre casados. 46.—Se á face do exposto importa fixar o sentido das palavras finaes do art. 1167. 47.—A redução e revogação por inofficiosidade não encerram substituição fideicommissaria—Mistura das duas questões que distinguimos no n.º 43, *supra*. 48.—As palavras finaes do art. 1167 referem-se ao tempo da dissolução do casamento. 49.—O § 4 do art. 1149 exceptua directamente a regra geral—Dote constituido por ambos os paes. 50.—Correlação entre as excepções analysadas nos n.ºs 45 e 49, *supra*, e a regra geral do n.º 42, *supra*. 51.—Como é que o art. 1237 exceptua a regra geral.

37.—No direito anterior ao Codigo Civil, a legitima

e terça calculavam-se em relação á epocha do fallecimento do testador ¹.

Da expressão usada no § 1 do art. 1790 «sommar-se ha o valor de todos os bens, que o auctor da herança houver deixado»; do disposto no art. 1789, segundo o qual a redução das doações ou deixas inofficiosas deve ser requerida na abertura da herança—no art. 2098, que define collação «a restituição, que os herdeiros legitimarios, que pretendem entrar na successão, devem fazer á massa da herança, dos valores que lhes houverem sido doados pelo auctor d'ella»....—no art. 1736, que classifica herdeiro «aquelle que succede na totalidade da herança ou em parte d'ella»....—no art. 1735, segundo o qual «póde qualquer succeder, por morte de outrem, em todos os seus bens, ou em parte d'elles, tanto quando for por disposição da ultima vontade, como quando for em virtude da lei»—e no art. 2009 que declara aberta a herança pela morte do seu auctor, conclue-se que a quota disponível não pode ser fixada em vida do testador, e que o calculo d'ella ha de ser referido á epocha do seu fallecimento.

Assim o exigia o nosso systema successorio: a quota disponível pode variar, até á morte do testador, tanto na medida como no valor. Pode variar de medida com a qualidade dos herdeiros legitimarios que o testador deixar á sua morte, e tambem segundo o seu numero, caso existam filhos perfilhados depois do

¹ Ord. Phil., liv. 4, tit. 97, § 4—J. J. C. Pereira e Sousa, *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*, tomo 4.º, nota 1021, pag. 83—Borges Carneiro, obra e livro citados, tit. 20, § 183, n.º 41—Accordão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de novembro de 1874, que negou revista ao da Relação do Porto de 25 de junho de 1873, na *Gazeta da Associação dos Advogados de Lisboa*, anno 2.º, n.º 15, pag. 233.

mátrmonio, em concorrência com filhos legitimados ou legitimados ¹; pode variar de valor com as alienações por titulo oneroso e aquisições subsequentes, e com dividas contrahidas pelo testador ².

N'uma palavra, a legitima só se determina pela morte do testador, como se conclue evidentemente dos artigos citados, e a quota disponível representa uma ideia conexa com a da legitima ³.

Identica regra de calculo continha o direito romano, como vimos ⁴.

38.—Diz o art. 1095: «A annullação do casamento produz, quanto aos bens dos conjuges, os mesmos effeitos, que tem a dissolução por morte». No caso de dissolução do casamento, a qual pode resultar da morte de qualquer dos conjuges ou da annullação d'aquelle, a regra geral que acabámos de expor acha-se exceptuada, sempre que a dissolução tiver por fundamento a segunda causa; a disposição do art. 1095, equiparando a annullação do casamento á sua dissolução por morte, auctorisca o calculo da quota disponível de qualquer dos conjuges na epocha da annullação.

Qual o alcance d'esta excepção, ou antes, quaes os termos em que deve ser entendida? A disposição do art. 1095 precisa de ser comparada com outras do Código Civil.

Este artigo, regulando os effeitos da annullação do casamento com respeito aos bens dos conjuges, não distingue as hypothèses de boa e má fé de ambos ou de

¹ Art. 1784, § un., 1783, n.º 2, 121 e 1986.

² Levassenz, obra citada, n.º 68.

³ Sr. Visconde de Seabra, *Resposta* e logar citados, pag. 105 e 106.

⁴ *Supra*, n.º 12.

um só dos conjugues, como fazem os artt. 1091 e 1092 ¹, nos quaes o Código parece referir-se unicamente aos effeitos da annullação, com respeito ás pessoas dos conjugues e dos filhos ².

Lembra o sr. conselheiro Dias Ferreira ³ que, no Projecto de 1864, o art. 1083 (art. 1095 do Código) terminava pelas palavras seguintes — *salvo o disposto no art. 1081* (art. 1091 do Código), e pensa que a Com. Rev. supprimira a final ⁴ as palavras accrescentadas no Projecto de 1864, por estar prevenida no art. 1168 a hypothese que ellas regulavam ⁵. Pondera s. ex.^a: se os conjugues estavam de boa fé, é evidente que saca cada um com o que entrou, com metade dos adquiridos o todas as vantagens matrimoniaes; se porém algum estava de má fé, ou de nada vale o disposto nos artt. 1091 e 1168, ou esse ha de perder todas as vantagens matrimoniaes, nos termos d'aquelles artigos. Observa por ultimo o notavel escriptor que, relativamente ás deixas estipuladas no contracto ante-nupcial, deve ter-se em conta a boa ou a má fé dos conjugues.

¹ Dizem estes artigos: Art. 1091. «Qualquer casamento, ainda que annullado seja, não deixará de produzir effeitos civis, desde o dia da sua celebração, em relação tanto aos conjugues como a seus filhos, se houver sido contrahido em boa fé, por ambos os conjugues». Art. 1092. «Se um só dos conjugues tiver estado em boa fé, só a elle e aos filhos aproveitarão os ditos effeitos».

² Compare-se o art. 1095 com os artt. 1091 e 1092. Veja-se a obra e volume citados do sr. conselheiro Dias Ferreira, nota ao art. 1095, pag. 47.

³ Obra e lugar citados.

⁴ O Projecto de 1865 (art. 1095) já as não contem.

⁵ Diz o art. 1168: «As doações ou deixas, estipuladas no contracto ante-nupcial, ficarão sem effeito, não se verificando o matrimonio ou sendo annullado, *salvo o que fica disposto no art. 1091*».

Parece-nos que a solução apresentada pelo sr. conselheiro Dias Ferreira só resolve parcialmente o problema, mesmo com relação ás doações entre esposados. Relativamente a ellas, o art. 1095 deve ser entendido pelo disposto no art. 1168, concordamos; mas a referencia do art. 1195 é unicamente ao art. 1091, ao caso de ambos os conjugues estarem de boa fé, não abrangendo o art. 1092, onde o Código regula a hypothese da boa ou má fé em um dos conjugues.

Alem d'isto, as liberalidades podem ser d'outra especie: os conjugues gosam do direito de fazer doações entre si, em vida ou por morte ¹, e estas doações por morte, reguladas conforme o que se dispõe no titulo dos testamentos, nada mais são do que puras deixas testamentarias. Se o conjugue doador não revogou a doação ² até á annullação do casamento, como o art. 1095 estatue que esta produz os mesmos effeitos, quanto aos bens dos conjugues, da dissolução por morte, crêmos que o conjugue donatario terá direito certo e incondicional á dita doação, annullado que seja o casamento. Com o facto da annullação cessou a faculdade da revogação, concedida pela lei ao conjugue donatario.

Assim, a não se entender que o art. 1168 comprehendendo as doações em vida e por morte entre casados—o que, alem de contrariar a collocação do artigo na subsecção «*Das doações entre esposados*» e as suas proprias palavras «*doações ou deixas, estipuladas no contracto ante-nupcial*», só resolve metade da difficuldade, pois não abrange as hypotheses de boa ou má fé por parte de um só dos conjugues—teremos de attender, para a effectuação do calculo da quota disponivel na epocha da annullação do casamento, á existencia de doações

¹ Artt. 1178 e 1179.

² Artt. 1181 e 1184.

entre esposados ou feitas por terceiro aos mesmos, só no caso de ambos os conjuges estarem de boa fé (artt. 1168 e 1091), e á existencia de doações entre casados, quer ambos os conjuges, quer um qualquer d'elles, estejam de boa ou má fé.

E será isto possível? Será possível que, na hypothese de existirem doações ante-nupciaes, o conjuge donatario de boa fé haja de perder o direito aos bens doados pelo outro conjuge ou por um terceiro, por causa da má fé do doador? E na hypothese de existirem doações feitas durante o casamento, terão ellas validade, quando ambos os conjuges ou só o conjuge donatario estiverem de má fé?

32.—Vemos uma unica maneira de resolver todas estas difficuldades: julgamos que o Codigo comprehendendo nos artt. 1091 e 1092 os effeitos civis do casamento annullado, tanto pelo que respeita ás pessoas dos conjuges e filhos, como pelo que respeita aos bens dos primeiros, e que será necessario e sufficiente, para ter validade qualquer doação feita por um dos esposados ou conjuges ao outro, ou por um terceiro a favor dos esposados, que o donatario estivesse de boa fé.

Parece-nos rascavel este modo de entender os artigos citados: o Codigo determina nos artt. 1091 e 1092, á vista da forma geral como se exprimem, os casos em que o casamento annullado produz effeitos civis, relativamente ás pessoas dos filhos, e ás pessoas e bens dos conjuges; estabelece em seguida as disposições dos artt. 1093 e 1094, que se referem unicamente ás pessoas dos filhos, e apresenta por ultimo no art. 1095 uma disposição particular sobre os bens dos conjuges, pela qual se previne a duvida grave que as disposições dos artt. 1091 e 1092 levantariam, se porventura não existisse a do art. 1095 ¹.

¹ Se não existisse esta disposição legal, haveria justo motivo

D'esta forma, desaparecem as duvidas produzidas pela applicação do art. 1168 á hypothese das doações feitas por terceiro aos esposados ¹ e a contradicção flagrante entre os artt. 1091 e 1092, e os artt. 1123 e 1156, os quaes não distinguem, relativamente aos bens dotaes e áquelles em que cada um dos conjuges communicou com o outro, as hypotheses de boa e má fé por parte de ambos elles, ou só da mulher dotada, e de qualquer dos conjuges casados segundo o costume do reino ² ou com simples communhão de adquiridos ³.

E tão necessario é entenderem-se os artt. 1091 e 1092 pela maneira indicada que o sr. conselheiro Dias Ferreira, não obstante declarar na nota ao art. 1095 ⁴ que os artigos anteriores (e portanto os artt. 1091 e 1092) regulam as consequencias da annullação do casamento quanto ás pessoas dos filhos e dos conjuges, e que o art. 1095 regula as consequencias da annullação quanto aos bens, não duvida comprehender nos artt. 1091 e 1092 os effeitos civis da annullação quanto a estes, como se vê da nota respectiva ⁵.

Mas, acima de todos os argumentos, está a referencia expressa do art. 1168 ao art. 1091; porquanto, a não querer admittir que os effeitos civis da boa ou má fé são só applicaveis, quanto aos bens dos conjuges, ás

de perguntar se os effeitos do casamento annullado, quanto ás doações entre esposados ou casados, só começavam na epocha do fallecimento do doador (artt. 1167, 1235, 1171, 1181 e 1734).

¹ O sr. conselheiro Dias Ferreira defende esta applicação na obra e volume citados, nota aos artt. 1091 e 1092, pag. 44.

² Veja-se Correia Telles, obra citada, tomo 2.º, artt. 332 e 333, e Coelho da Rocha, obra citada, § 254, que as distinguem relativamente ao regimen da communhão de bens.

³ Artt. 1121 e 1132.

⁴ Obra e volume citados, pag. 47.

⁵ Obra e volumes citados, pag. 44 e 45.

doações entre esposados—o que nos parece manifestamente absurdo—não podemos deixar de concluir que aquella referencia contem o reconhecimento implicito do que o art. 1091, e por conseguinte o art. 1092 que o completa, regulam os effeitos da annullação do casamento relativos aos bens dos conjugues.

Dir-se-ha que, entendidos por esta forma os artt. 1091 e 1092, se torna incompleta a referencia do art. 1168 ao art. 1091, a qual devia ser aos artt. 1091 e 1092 conjunctamente; e sobretudo que será superflua a disposição do art. 1168, na parte relativa á annullação do casamento, visto que o art. 1091 já a abrangia na sua generalidade. Esta observação prova contra a redacção do art. 1168, e não contra a doutrina expendida.

É melhor declarar incompleta uma referencia, e superflua parte de uma disposição legal, do que contrariar o entendimento natural e o sentido mais conveniente e conciliador dos textos.

40.—O art. 1095, identificando os effeitos da dissolução do casamento, quanto aos bens dos conjugues, aos da dissolução por morte, comprehende os direitos do donatario em vida ou por morte, pertencentes a qualquer dos conjugues, mas não os direitos de successão, quer legitima, quer testamentaria, dos seus herdeiros; para estes, continua a vigorar a regra do art. 2009, segundo o qual a herança se abre pela morte do seu auctor.

Se a dissolução do casamento se verifica por annullação, a doação feita por um dos esposados ao outro, quer de bens presentes e determinados (art. 1170), quer de bens futuros (art. 1171), será valida emquanto não exceder o limite marcado pelo art. 1167, e o esposo donatario será legitimo proprietario dos bens dados validamente.

As doações entre esposados, referidos á quota disponível do doador ou a parte d'esta quota, serão validas

dentro do limite do art. 1167, depois de determinada a sua importancia real pelo calculo anterior da dita quota disponível, na epocha da annullação do casamento; as feitas durante elle, e não revogadas (art. 1181), serão validas dentro dos limites da mesma quota disponível. Para o calculo d'esta, considerar-se-hão bens deixados pelo auctor da herança (art. 1790, § 1) os bens pertencentes ao conjugue doador na epocha da annullação, que elle podia transmittir por via de successão.

Em todo o caso, ou se verifique só o calculo da quota disponível na epocha indicada, ou este calculo seguido da comparação da doação com o limite fixado pelo art. 1167, ou só a comparação com o citado limite (como no caso das doações entre esposados de bens certos e determinados), isto não obsta a que, por occasião do fallecimento do conjugue doador, a doação venha ao cumulo dos bens por elles deixados, para o calculo da sua quota disponível ordinaria. Conferida a doação, entrará no calculo com o valor já determinado na epocha da annullação do matrimonio, e será preenchida em conformidade com as regras que regulam a redução das doações em vida e por morte ¹.

A annullação do casamento reduz todas as doações por morte, feitas entre esposados ou entre casados, a doações de bens presentes e determinados, pois esse facto occasiona a liquidação de todos os direitos dependentes do fallecimento do conjugue doador: o art. 1095 equipara os effeitos da annullação do casamento, quanto aos bens dos conjugues, aos da dissolução por morte, e esta tem por consequencia immediata tornar definitivos

¹ Artt. 1493 a 1496, e 1789. Vejam-se os n.ºs 44 e 50, *infra*, para onde reservamos fallar das duvidas que a este respeito levanta a disposição do art. 1501.

os direitos dos donatários por morte, dependentes do fallecimento do doador, os quaes são determinados á face dos respectivos titulos e da massa de bens deixados pelo fallecido.

O que o facto da annullação não produz é a dispensa da redução ou revogação por inofficiosidade, caso a doação entre esposados ou entre casados, valida dentro dos limites que lhe foram assignados na epocha da annullação do matrimonio, não couber na quota disponível ordinaria do conjugue doador, computada na epocha do seu fallecimento, por ser maior do que esta quota, ou do que a parte restante d'ella depois de preenchidas as doações de data anterior (art. 1495), ou ainda do que a parte que lhe corresponder no rateio entre doações feitas no mesmo acto ou da mesma data (art. 1496). As disposições dos artt. 1492 e 1789, cujo fim é garantir energicamente os direitos legitimarios de certos herdeiros, não deixam a menor duvida a tal respeito.

O exposto applica-se ao caso das segundas nupcias e de todas as outras nupcias posteriores ¹, em que o conjugue doador binubo tem filhos ou outros descendentes successiveis de anterior matrimonio; só com a differença de que o limite das doações, tanto entre esposados como entre casados, ² é aqui o assente no art. 1235. Na epocha da annullação do casamento, comparam-se com este limite e consideram-se validas dentro d'elle as doações feitas pelo conjugue binubo ao outro conjugue, embora, por occasião do fallecimento do conjugue doador, estejam ainda

¹ Art. 1239.—As disposições dos artt. 1233 a 1239 applicam-se tanto ás segundas nupcias como a todas as outras nupcias posteriores.—Sr. conselheiro Julio Marques de Vilhena, *As segundas nupcias no direito civil moderno*, pag. 65, nota 2.—Sr conselheiro Dias Ferreira, obra e volume citados, nota ao art. 1109, pag. 80.

² *Infra*, n.º 44.

sujeitas essas doações á redução ou revogação por inofficiosidade, nos termos indicados ¹.

41.—Annulado um casamento, cumpre, portanto, averiguar se o conjugue donatario em vida ou por morte, no contracto ante-nupcial ou durante o matrimonio e qualquer que seja o doador, estava ou não de boa fé; no caso affirmativo, ainda que o outro conjugue estivesse de má fé, serão validas as doações (artt. 1091 e 1092).

N'esta hypothese, todas as vezes que a quota disponível do conjugue doador haja de ser calculada — e isto acontecerá em todos os casos de doação feita durante o casamento e nos de doação ante-nupcial referida á quota disponível do conjugue doador—o calculo, por isso mesmo que se realisa n'uma epocha differente da do fallecimento do doador, exceptua a regra geral exposta no n.º 37, *supra*, considerando-se o calculo da quota disponível, ao tempo da annullação do matrimonio, independentemente da conferencia forçada das mencionadas doações na epocha do fallecimento do conjugue doador, para o effeito da sua redução ou revogação por inofficiosidade, á face da quota disponível ordinaria d'este conjugue e das outras doações congeneres feitas por elle. Mas basta attender á ligação estreita que prende estas duas operações, para se deprehender que a supracitada excepção representa unicamente a junção d'uma operação nova, motivada pela especialidade de certas hypothesees, á do calculo ordinario da quota disponível na occasião do fallecimento do testador, e que essa operação extraordinaria por forma alguma dispensa a ultima. Tal é o modo como o art. 1095 exceptua a mencionada regra geral.

42.—No direito anterior ao Codigo Civil, a legitima

¹ Vejam-se os n.ºs 44 e 50, *infra*.

e terça computavam-se com relação á somma do valor dos bens pertencentes ao testador, por occasião do seu fallecimento ¹. Esta regra tinha uma excepção com respeito ás doações para casamento, feitas aos filhos, no § 4 do tit. 97 do liv. 4 das Ord. Phil., que acabámos de citar: «Para se dizer que a doação he grande, o excedo a legitima e terça, se ha de olhar a valia dos bens do que os deu, ou prometteu em casamento ao tempo, que a fez, ou ao tempo da sua morte, qual escolher o donatario.»

D'este texto, a que a antiga jurisprudencia ligava particular attenção ², concluia-se que a legitima e terça eram computadas, na hypothese de o pae testador ter feito doação para casamento a um filho, ou sobre o valor dos bens deixados pelo doador á sua morte, ou sobre o dos seus bens ao tempo da doação, ficando a escolha ao donatario; mas a jurisprudencia esforçava-se por conci-

¹ Ord. Phil., liv. 4, tit. 97, § 4—Valasco, *Praxis Part. et Coll.*, cap. 19, n.º 6—Antonio Gama—*Decisiones Supremi Senatus Lusitaniae*, decisão 33.—Pereira e Sousa, obra e logar citados—Almeida e Sousa, obra citada, §§ 17 e seg.: *Obrigações reciprocas*, § 403—Correia Telles, obra citada, tomo 3.º, artt. 1618, 1667 e 1674: *Doutrina das Acções*, § 133, nota (3) e § 136, nota (2): *Theoria da interpretação das leis*, § 87—Coelho da Rocha, obra citada, §§ 349 e 350—Liz Teixeira, obra e logares citados, pag. 278 e 283—Borges Carneiro, obra e livro citados, tit. 20, § 183, n.º 24.

² Valasco, *Cons. 188.ª*, n.º 2 e 3—Mello Freire, obra citada, liv. 3, tit. 12, § 13—Almeida e Sousa, *Dissertação* e logar citados: *Obrig. rec.*, § 311—Correia Telles, *Dig. Port.*, tomo citado, artt. 1666 a 1672: *Manual do tabelião*, § 136: *Doutr. das Acções*, § 140, nota (2): *Theor. da interpr. das leis*, § 50—Coelho da Rocha, obra citada, § 333 e nota—Borges Carneiro, obra e logar citados, n.º 25 e seg.—*Gazeta dos Tribunaes*, anno 7.º, n.º 815, pag. 3403—Veja-se na *Cons. 189.ª* de Valasco a discussão que se levantou sobre o entendimento do citado texto das Ord. Phil. (Ord. Man., liv. 4, tit. 77, § 4); n'esta consulta professa Valasco opinião differente da que apresentara na *Cons. 188.ª*, acima citada.

liar o interesse do filho donatario com o dos outros filhos do doador, porquanto, interpretada a lei á letra, poderiam estes deixar de receber coisa alguma da sua legitima, se os bens do pae doador, na occasião da abertura da herança, só chegassem para o integral pagamento da doação feita ao filho, calculada pela segunda maneira ¹.

Em harmonia com a regra geral que refere o calculo da quota disponivel á epocha do fallecimento do testador, dispõe o § 1 do art. 1790 que o indicado calculo começará pela somma do valor de todos os bens que o auctor da herança houver deixado. Os bens que lhe eram meramente pessoais, ou que lhe não portenciam, ficam fóra d'este calculo ².

Não basta que os bens existam *materialmente* no espolio do defuncto; é necessario que lhe hajam pertencido e façam parte da sua herança ³. A expressão do § 1 do art. 1790 «todos os bens, que o auctor da herança houver deixado» comprehende a totalidade de bens que elle podia transmittir hereditariamente. Assim, o fallecido era usufructuario d'uma determinada propriedade: os bens por elle usufruidos encontram-se *materialmente* na successão, mas não fazem parte do seu espolio, não são bens por elle deixados, pois o usufructo extingue-se com a morte do usufructuario ⁴; não se conta, por-

¹ Valasco, *Cons. 188.ª*, n.º 14 e 15—Correia Telles, logares citados do *Dig. Port.*, *Dout. das Acções* e *Theor. da interpr. das leis*—Coelho da Rocha, obra e logar citados.

² Artt. 1737 e 2014.

³ O art. 2078, collocado entre as disposições communs á successão testamentaria e á successão legitima, dispõe: «Se existirem na herança alguns bens, que pertençam a terceiro, serão arrolados separadamente, ajuntando-se os respectivos titulos.»—Marcadé, obra e logar citados, n.º 591—Demolombe, obra e tomo citados, n.º 232 e seg.—Laurent, obra e tomo citados, n.º 57 a 59.

⁴ Artt. 2241, n.º 4, 1867 e 1870.

tanto, o valor do usufructo na massa de bens, sobre os quaes se ha de calcular a quota disponivel. O mesmo diriamos, por exemplo, de bens alheios, depositados nas mãos do fallecido e que se encontrassem na massa bruta da successão ¹.

Pela regra geral enunciada, garantem-se o mais possivel os direitos dos herdeiros legitimarios, porque, quanto mais completa fôr a enumeração dos bens sobre que ha de incidir a medida da legitima, tanto mais inteiramente se guardará o principio da sua inviolabilidade; garantem-se tambem os direitos dos diversos donatarios, em vida ou por morte, porque, quanto maior fôr a massa dos bens sobre que se ha de calcular a quota disponivel, maior será esta e mais probabilidades terão os beneficiados de escapar á acção de redução.

Idêntica regra de calculo continha o direito romano, como vimos ².

43.—Lê-se no art. 1167: «Se o marido ou a mulher tiverem, ao tempo do casamento, ascendentes ou descendentes com direito a legitima, e algum d'estes for vivo ao tempo da dissolução do matrimonio, não poderá a dicta doação ou deixa exceder a importancia da terça dos bens, que então possuir». E no art. 1235: «O varão, ou a mulher, que contrahir segundas nupcias, tendo filhos ou outros descendentes successivos de anterior matrimonio, não poderá communicar com o outro conjuge, nem por nenhum titulo doar-lhe mais do que a terça parte dos bens, que tiver ao tempo do casamento, ou que venha a adquirir depois por doação ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes».

¹ Art. 1431, 1434 e 1435, n.º 2.

² *Supra*, n.º 12. Veja-se tambem o n.º 18, *supra*.

A comparação d'estos artigos com o § 1 do art. 1790 parece levar ás seguintes conclusões:

1.^a—os artigos 1167 e 1235 exceptuam a regra geral de que a quota disponivel se calcula sobre o valor de todos os bens deixados pelo auctor da herança; assim:

2.^a—no caso de doação entre esposados, se o doador tem herdeiro legituario vivo ao tempo do casamento e da dissolução do matrimonio ¹, a quota disponivel calcula-se sobre o valor dos bens por aquelle possuidos ao tempo da celebração do casamento, ou ao tempo da sua dissolução, conforme se entenderem as palavras finaes do art. 1167 «bens, que então possuir»: esta massa de valores pode ser inferior, igual ou superior á dos bens deixados pelo doador ao tempo da morte;

3.^a—no caso de doação feita por varão ou mulher em segundas nupcias ou em nupcias posteriores ² ao outro conjuge, a quota disponivel calcula-se sobre o valor dos bens que o conjuge doador tinha ao tempo do casamento e dos que depois adquiriu por doação ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes: esta massa de valores pode ser inferior, igual ou superior á dos bens deixados por morte pelo conjuge doador.

Escreve um assignante na *Gazeta dos Tribunaes* ³: Ao passo que nas doações em geral, o calculo da 3.^a, para se conhecer se ha, ou não inofficiosidade, se faz

¹ O art. 1167 diz: «Se o marido ou a mulher tiverem», mas é evidente que a existencia de herdeiros legitimarios do esposo donatario em nada altera a quota disponivel do esposo doador. O sr. A. R. da Costa e Almeida, na sessão da Camara dos Deputados de 19 de maio de 1868, propoz a modificação do art. 1167, de maneira a fazer desaparecer este defeito de redacção, substituindo as palavras «marido ou a mulher tiverem» por est'outras «o esposo doador tiver» (*Gaz. dos Trib.*, anno 27.º, n.º 4043, pag. 440).

² Veja-se a nota 1 da pag. 118.

³ Anno 28.º, n.º 4231, pag. 564.

pelo modo estabelecido no art. 1790 por força da remissão do § 2.º do art. 1492, nas doações entre esposados o dito calculo faz-se pelo modo especial determinado pelo art. 1167 quer as palavras finaes d'este artigo—«que então possuir»—se refiram ao tempo do casamento, quer ao tempo da dissolução do matrimonio...; maximo na ultima hypothese, realisando-se a dissolução do matrimonio por annullação d'este, á morte do conjugue donatario, e não por morte do conjugue doador».

A isto accrescentou a redacção da citada *Gazeta* ¹ que «as palavras finaes do art. 1167 se referem evidentemente á dissolução do matrimonio ou ao tempo d'ella, pois que, alem de ser aquillo que está mais proximo, viria do contrario a lei a estabelecer uma nova especie de fideicommisso em favor dos herdeiros legitimarios presumptivos existentes ao tempo do casamento, e contra a regra geral do computo das legitimas, que só se faz ao tempo da morte ou da successão».

O assignante não se satisfaz com as observações da redacção, tendentes a interpretar as palavras finaes do art. 1167 como significando—que possuir ao tempo da dissolução do casamento, e um outro n.º da mesma *Gazeta* ² lembra que «o adverbio—então—significa—n'este ou n'aquelle tempo—» e que «o fideicommisso se dava sempre, em virtude do disposto no art. 1790, em virtude do qual se computa a 3.ª o legitimas não só com relação aos bens que o finado ainda tiver mas até com relação aos que tiver doado, e então o argumento pro-varia de mais»...

Como se vê, as opiniões harmonisam-se quanto a considerar o caso previsto no art. 1167 como excepção

¹ Anno e logar citados.

² Anno 29.º, n.º 4259, pag. 52.

á regra geral assente no § 1 do art. 1790 sobre o calculo da quota disponivel—de que se deve sommar o valor de todos os bens deixados pelo auctor da herança, porquanto, nem o assignante, nem a redacção referiram as palavras finaes do art. 1167 ao tempo do fallecimento do esposado doador, suppondo que o legislador ligara á palavra *então* o sentido de *dissolução por morte* ¹. O mesmo não aconteceu com as citadas palavras do art. 1167, pois a redacção da *Gazeta dos Tribunaes* refere-as ao tempo da dissolução do casamento, que pode ser por annullação, e o assignante observa que as razões por ella adduzidas são insufficientes.

O sr. conselheiro Dias Ferreira perfilha na nota ao art. 1169 ², a opinião e motivos emitidos por esta *Gazeta*, mas na nota ao art. 1167 ³, confunde ainda mais as duas questões que acabámos de distinguir: no primeiro logar, reconhece que as palavras finaes do art. 1167 se referem ao tempo da dissolução do matrimonio; no segundo logar, diz que a terça se calcula «com relação ao tempo da dissolução do matrimonio, como dispõe o artigo 1167.º, e se acha expressamente preceituado no artigo 1790.º»; e, não obstante haver opinado n'este periodo que a disposição do art. 1790 vigorava ainda no caso prevenido pelo art. 1167, sem distinguir a hypothese de se dissolver o matrimonio por annullação, conclue por notar que as palavras finaes do art. 1167 se

¹ Cumpre em todo o caso notar que a redacção da citada *Gazeta* nega que as palavras finaes do art. 1167 se refiram ao tempo do casamento, para não ir de encontro á regra geral do computo das legitimas, que só se faz ao tempo da morte ou da successão. Veja-se o n.º 47, *infra*, no fim.

² Obra e volume citados, pag. 206.

³ Obra e volume citados, pag. 190.

referem ao tempo da dissolução, e não ao tempo da celebração do casamento.

Perguntamos agora: 1.º as disposições dos artt. 1167 e 1235 exceptuam a regra geral apresentada no n.º anterior?; 2.º no caso affirmativo, a que epocha se referem as palavras finais do citado artigo «bens, que *então* possuir?» á da celebração do casamento ou á da sua dissolução?

44. — Que as palavras finais do art. 1167 se não referem ao tempo do fallecimento do esposado doador, demonstra-o claramente o adverbio *então* ali empregado: *então* significa um tempo anteriormente determinado, e nas palavras que o precedem só se acham designadas duas epochas — a do casamento e a da sua dissolução. Refira-se elle á primeira ou á segunda, é certo que, em qualquer dos casos, existe a fixação d'uma epocha não identica á marcada no § 1 do art. 1790: a primeira afasta-se da fixada n'este artigo em todas as hypotheses; a segunda afasta-se d'ella, sempre que a dissolução do casamento tiver logar por annullação (art. 1095).

Que natureza tem a excepção feita pelo art. 1167 á regra geral do § 1 do art. 1790, segundo a qual o calculo da quota disponivel deve começar pela somma do valor de todos os bens deixados pelo auctor da herança? Averiguemos.

Dissolvido um casamento por annullação, as doações entre esposados e entre casados, que forem validas ¹, podem ser de varias especies:

- 1.ª—de bens presentes e determinados (artt. 1171 e 1178);
- 2.ª—de bens futuros, mas certos e determinados (artt. 1166, 1171, 1178, 1179 e 1736);

¹ *Supra*, n.ºs 38 e 39.

- 3.ª—de parte ou da totalidade da herança, sem determinação de valor ou de objecto (artt. 1171, 1178, 1179 e 1736);
- 4.ª—de bens futuros, mas referidas particularmente á quota disponivel do conjugue doador ou a parte d'ella (artt. 1166, 1171, 1178, 1179 e 1736).

Se a doação fôr ante-nupcial, não haverá a executar o calculo da quota disponivel do conjugue doador para nenhuma das tres primeiras especies; a doação annullar-se-ha no excesso do limite assignado pelo art. 1167, o qual não contem, como pareceo, a fixação d'uma quota disponivel restricta para as doações entre esposados ¹. Nada mais haverá a fazer do que comparar o valor da doação com a terça parte dos bens ali designados; ora o valor da doação, que suppozemos determinado nas duas primeiras especies, determina-se na terceira pela avaliação dos bens liquidos do conjugue doador ao tempo da annullação do casamento, como se conclue dos artt. 1095, 1737 e 2014.

Se a doação fôr da quarta especie, então terá de realizar-se o calculo da dita quota disponivel, como operação preliminar e preparatoria para a applicação do limite do art. 1167 ²; e terá igualmente logar este calculo, se a doação, em vez de ser ante-nupcial, fôr entre casados, porque, relativamente a ella, não marca a lei limite especial (artt. 1178 a 1183), e é consequencia do art. 1095 que tal doação, de bens presentes ou de bens futuros, só valorá dentro dos limites da quota disponivel do conjugue doador, ao tempo da annullação, como aconteceria se o casamento, em vez de ser dissol-

¹ *Infra*, n.º 94.

² Veja-se o n.º seguinte.

vido por annullação, o tivesse sido por fallecimento d'este conjuge ¹.

Mas não deveremos antes dizer que, só na hypothese de a doação ter sido feita depois do casamento, tem logar o calculo da quota disponível na epocha da annullação do matrimonio, o que nenhuma doação entre esposados está sujeita a um limite maximo, á vista do disposto no art. 1501? Não ensina este artigo, pela referencia que faz ao art. 1483, n.º 2, que as doações para casamento não são revogaveis, nem reduziveis por inofficiosidade? Ora, se as doações entre esposados, que são doações para casamento, não são revogaveis nem reduziveis por inofficiosidade, qual a necessidade, ou antes, a utilidade de proceder ao calculo da quota disponível, relativamente a ellas? Não são validas na totalidade, embora excedam a amplitude d'esta quota? Desde o instante em que ellas escapem á revogação ou redução por inofficiosidade, a sua validade torna-se completamente independente do facto de caberem ou não caberem na quota disponível do esposo doador.

Seja qual fôr a solução que o art. 1501 deva ter, relativamente ás doações feitas por terceiro aos esposados, é certo que, com respeito ás doações entre estes, existe a regra clara e terminante do art. 1167; isto é, que as doações entre esposados não podem exceder a terça do valor dos bens que o esposo doador tinha ao tempo do casamento ou da sua dissolução, ² se o herdeiro legitímario do doador fôr vivo nas duas epochas.

Pode muito embora dizer o art. 1501 que as doações para casamento não são revogaveis nem reduziveis

por inofficiosidade, e parecer que as doações entre esposados, especies do genero — doações para casamento, escapam á mencionada revogação e redução. Em tal caso, seria com effeito superfluo comprehender-as no calculo da quota disponível ou comparal-as com um limite maximo qualquer, pois não seriam obrigadas a fazer parte da quota legitimaria, nem seriam contadas na quota disponível, porque a isto se oppunham os direitos dos outros donatarios, em vida e por morte, cujas garantias augmentam com a amplitude d'esta quota.

O art. 1501 estabelece uma disposição applicavel á todo o genero de doações para casamento, é exacto; mas o art. 1167 estabelece *uma disposição particular e especial ás doações entre esposados*, e n'ella expressamente se fixa um limite maximo a estas doações, verificadas as condições impostas no artigo. Ultrapassado o limite, a doação annullar-se-ha no excesso, pela *lettra expressa* do art. 1167.

A duvida levantada pela comparação dos artt. 1167 e 1501 deve, portanto, ser resolvida no sentido de vigorar o principio do art. 1167, nas hypothesees especiaes que regula, e não o do art. 1501.

E' conveniente advertir que, para as hypothesees abrangidas pelo art. 1235 — doações entre esposados e doações entre casados ¹, vigora o limite do referido artigo, no excesso do qual se annullam estas doações, e não a regra do art. 1501.

¹ Que o o art. 1235 regula tanto as doações entre esposados como as doações entre casados, conclue-se da generalidade dos seus termos e do motivo em que se funda esta disposição legal — o desfavor votado pela lei ás segundas nupcias, contrahidas por quem tem filhos ou outros descendentes successiveis de anterior matrimonio — motivo que procede egualmente para as duas especies de doação.

¹ Art. 1492.

² *Infra*, n.º 48.

Nas hypotheseas abrangidas por aquelle artigo, o calculo da quota disponivel, annullado o casamento, verifica-se ha nos casos e com a natureza que assume á face do art. 1167: o art. 1235, assim como o art. 1167, não contem a fixação d'uma quota disponivel restricta para as hypotheseas especiaes que abrange ¹.

45.—Segundo vimos no numero anterior, o calculo da quota disponivel, relativamente ás doações entre esposados e entre casados, pode apparecer sob dois aspectos na epocha da annullação do matrimonio: servindo de operação preliminar para a comparação posterior das doações entre esposados, referidas á quota disponivel, com o limite marcado no art. 1167; e como operação definitiva, para se averiguar da inofficiosidade das doações entre casados ao tempo da annullação.

Por exemplo, existe uma doação por morte entre esposados da metade da quota disponivel, e uma doação por morte entre casados de 500\$000 réis; annullado o casamento, a massa dos bens a que se refere o art. 1167 vale 6:000\$000 réis.

A doação entre esposados tem de ser submittida á confrontação com o limite do art. 1167; mas, como a sua importancia real só pode determinar-se á face do valor da quota disponivel do doador, é necessario calcular esta, em primeiro logar. Este calculo, auctorizado ao tempo da annullação do casamento pelo preccito do art. 1095, só pode evidentemente abranger os bens que lhe pertencerem por qualquer titulo a esse tempo, pois seria absurdo considerar bens d'alguem aquillo que lhe não pertence, e que se acha completamente indeterminado.

Supponhamos que, feito o calculo, se averigua ser a

¹ *Infra*, n.º 94.

quota disponivel do doador, ao tempo da annullação do casamento, do valor de 3:000\$000 réis: a importancia real da doação será de 1:500\$000 réis. Ora, como o limite marcado no art. 1167 é, para a hypothese, de 2:000\$000 réis, será valida na totalidade a doação entre esposados.

A doação entre casados, do valor de 500\$000, cabe igualmente na quota disponivel do conjugue doador: ¹ ao tempo da annullação (a qual, como dissemos, só pode ser calculada sobre os bens que lho pertencem a esse tempo), porquanto 500\$000 réis é uma quantidade menor do que a differença entre 3:000\$000 réis (valor d'esta quota disponivel) e 1:500\$000 réis (valor da doação entre esposados). A doação entre casados será tambem valida na totalidade.

Afirmamos, portanto, á vista do exposto desde o n.º anterior, com respeito ás doações entre esposados:

1.º—as disposições dos artt. 1167 e 1235 não contem excepção directa e immediata á regra geral enunciada no n.º 42, *supra*, porque a epocha especial ahí fixada não respeita ao calculo da quota disponivel do esposado doador ²;

2.º—ha hypotheseas em que o calculo da quota disponivel se verifica sobre a somma do valor dos bens

¹ Desde que existe uma doação, em vida ou por morte, que deve ser directamente comparada com o valor da quota disponivel do conjugue doador, como arontere em todas as doações entre casados, então torna-se evidente que o feroz dos bens indicados no art. 1167 é parte constitutiva d'essa quota disponivel: n'uma successão, não ha varias quotas disponiveis, ha só uma unica, da qual são fracções componentes os valores maximos, a que a lei ou a vontade do testador restringe certas doações ou deixas—*Infra*, n.ºs 75 e 89 e 94.

² *Infra*, n.º 94.

pertencentes ao esposado doador no tempo da annullação do casamento, constituindo este facto excepção á citada regra geral;

3.º—este calculo assume o aspecto de operação preparatoria, necessaria para a determinação do valor de certas doações e sua comparação com os limites fixados nos artt. 1167 e 1235.

Quanto ás doações entre casados, torna-se indispensavel executar o calculo da quota disponivel ao tempo da annullação do casamento, relativamente a todas ellas, constituindo este facto excepção directa á regra geral mencionada, pois o referido calculo não pode incidir sobre outros bens que os pertencentes ao conjuge doador a esse tempo.

Estarão todavia ainda sujeitas, tanto as doações entre esposados como as doações entre casados, em primeiras ou segundas nupcias, á conferencia na massa dos bens deixados pelo doador por occasião do seu fallecimento, em ordem a serem preenchidas n'essa epocha pela sua quota disponivel ordinaria, e a responderem pela integridade da legitima? No caso affirmativo, os factos indicados só constituirão excepção, quando se considerar o calculo da quota disponivel ao tempo da annullação do matrimonio, independentemente da conferencia das referidas doações por occasião do fallecimento do doador? Representam elles a junção d'uma operação nova, motivada pela especialidade de certas hypotheses, cujo unico resultado é a determinação d'um limite maximo para algumas doações, e que as não dispensa de entrar no calculo da quota disponivel ordinaria do doador e da condição de caberem n'ella? Reservamos para o n.º 50, *infra*, o exame d'esta duvida,

1 *Supra*, n.º 41.

a que o estudo § 4 do art. 1149 tambem dá lugar, e vamos, sem mais demora, proceder á analyse da segunda questão apontada no n.º 43, *supra*.

46.—Se o art. 1167 não encerra excepção directa e immediata á regra geral apresentada no n.º 42, *supra*, porque a epocha ali fixada não respeita ao calculo da quota disponivel do esposado doador, que utilidade terá discutir n'este logar se as palavras finaes do artigo querem referir-se ao tempo da celebração do casamento, ou ao tempo da sua dissolução? Teem porventura as presentes considerações como fim o estudo especial do limite posto pelo art. 1167 ás doações entre esposados, que as restringe a uma quota parte d'uma massa de bens determinados, ordinariamente de valor inferior áquella sobre a qual incide a quota disponivel?

Importa muito para a questão que acabámos de examinar a fixação do sentido das referidas palavras do art. 1167: relativamente ás doações entre esposados, acima dissemos existirem casos em que o calculo da quota disponivel apparece como operação preparatoria, e fizemol-o incidir sobre o valor dos bens pertencentes ao esposado doador *na epocha da annullação do casamento*.

Ora, se é absurdo admittir que o calculo incida sobre o valor de bens que não pertenciam ao esposado doador n'esta epocha, não seria absurdo realisal-o sobre o valor dos seus bens na epocha da celebração do casamento, embora se executasse na epocha da annullação. Suppondo que as palavras finaes do art. 1167 significam—bens que possuir ao tempo do casamento, e que não existem no titulo da doação elementos por onde se possa avaliar a vontade do testador, não deveriamos antes dizer que o indicado calculo da quota disponivel incide sobre o valor dos bens do esposado doador na epocha do casamento? Se as palavras finaes do art. 1167 devessem ser assim

interpretadas, não deveríamos fixar a importância real da doação, referida á quota disponível, por modo analogo ao empregado pelo art. 1167 para a marcação do seu limite maximo?

É verdade que do art. 1095 se podia tirar argumento em contrario, allegando-se que a equiparação dos effeitos da annullação do casamento, quanto aos bens dos conjuges, aos da dissolução por morte, importava a regra de que o calculo da quota disponível, ao tempo da annullação, recahe sobre o valor dos bens do esposado doador a esse tempo, por analogia do disposto no § 1 do art. 1790. Mas este argumento, incapaz de desfazer as duvidas que o art. 1167 levantaria, perde todo o valor, attendendo a que elle nada conseguirla senão protelar a solução da duvida: o argumento não decidia se, verificada a dissolução do casamento por morte do esposado doador, era sobre o valor dos bens pertencentes a elle, na epocha do casamento ou da sua dissolução, que devia incidir o calculo da quota disponível, referida pela doação; isto é, o argumento deixava em pé a difficuldade occasionada pela disposição do art. 1167, pois, dissolvido o casamento pela morte do esposado doador, a duvida que ventilamos, suppondo o dissolvido por annullação, levantar-se-hia egualmente, pela confrontação da regra geral assente no § 1 do art. 1790 e do espirito e alcance d'aquella disposição.

É-nos, portanto, necessario apurar n'este logar o sentido exacto das palavras finaes do art. 1167.

47. -- A nosso ver, não existe o fideicommisso a que alludiram a redacção e o assignante da *Gazeta dos Tribunaes*, e o sr. conselheiro Dias Ferreira ¹, nem no caso geral do art. 1790, nem no caso especial do art. 1167,

¹ *Supra*, n.º 43.

quer as palavras finaes d'este artigo «que então possuir» sejam referidas ao tempo da celebração do casamento, quer ao tempo da sua dissolução.

O fideicommisso define-o a lei no art. 1866: «a disposição testamentaria, pela qual algum herdeiro ou legatario é encarregado de conservar e transmitir por sua morte a um terceiro a herança ou o legado».

Doou o testador em vida uma certa quantidade de bens; os bens doados veem ao cumulo da herança por fallecimento do doador, para o calculo de legitima e quota disponível, como havemos de ver ¹.

Se a doação ou doações são inofficiosas, e os direitos dos herdeiros legitimarios se exercem sobre ellas, em conformidade com os preceitos legaes da materia ², dever-se-ha considerar o herdeiro legitimario como fideicommissario, relativamente aos bens provenientes da revogação ou redução, e o donatario em vida como fiduciario, com respeito á doação revogada por inofficiosidade, ou á parte d'ella reduzida por esta causa? Não.

O donatario em vida não está legalmente encarregado de conservar os bens doados até á epocha do fallecimento do testador; se este encargo existe, constitue uma clausula particular, que annulla o contracto verificado entre o doador e o donatario ³. A lei civil reconhece ao donatario em vida a propriedade perfeita sobre os bens doados ⁴, previne a hypothese de não acharem os immo-

¹ *Infra*, n.º 64 e seg.

² Artt. 1969, 1784, e seg., 1167, 1237, 1492 e § 1, 1789, 1495 e 1496.

³ Artt. 672, 683, 1473 e 1874, n.º 1.

⁴ Artt. 649, 1452, 1456, 1458, 1459, 2169, n.º 2 e 5, e 2187.

Adeante fallaremos da condição inherente a todas as doações; *infra*, n.º 68.

veis doados no poder do donatário, ao tempo da redução ou revogação por inofficiosidade ¹, e, quanto aos moveis, nem sequer exige a redução em especie ².

O donatário em vida não é encarregado pelo testador de transmittir os bens doados ao herdeiro legítimo: o effeito da redução ou revogação é independente da vontade do testador, pois dimanha immediatamente dos preceitos legais cujo fim é garantir a inviolabilidade da legitima ³.

O dito effeito não se produz, caso o doador deixe por morte bens suficientes para ser preenchida a legitima; n'esta hypothese, o direito do donatário em vida, verdadeiro proprietario dos bens doados, será respeitado ⁴. Mas este facto justifica, em vez de combater, a nossa affirmacão; porquanto, se demonstra que o testador pode evitar, pelo augmento da fortuna, a revogação ou redução por inofficiosidade das doações que fez em vida, prova tambem evidentemente como esta operacão, a qual produz a transmissão de bens doados para o herdeiro legítimo, é consequencia das prescripções legais e alheia á vontade do doador.

Por ultimo, observaremos que a transmissão para o herdeiro legítimo dos bens provenientes da redução, não se verifica por morte do donatário, mas sim por morte do testador; pode, portanto, ter lugar em vida do donatário ou incumbir aos seus herdeiros ⁵. O facto da transmissão nada tem com o da existencia ou não existencia do donatário ⁶.

¹ Art. 1498 e 1502.

² Art. 1497.

³ Art. 1492 e 1783.

⁴ Art. 1452, 1456 e 1492.

⁵ Art. 1737, 2014, 1790, § 1 e 2115.

⁶ Sobre os caracteres distinctivos que o Código Civil assigna aos fideicomissos, veja-se—Sr. conselheiro Ernesto Rodolpho Hintze

É por conseguinte inexacta a observação que vimos discutindo: a redução e revogação das doações, por effeito da inofficiosidade, não encerram substituição fideicomissaria. Assim, as palavras finais do art. 1167 podem referir-se ao tempo do casamento ou ao da sua dissolução, sem que nenhuma das soluções occasiona o apparecimento de fideicomisso.

Advirtamos tambem que a razão dada pela redução da *Gaz. dos Trib.* e perfilhada pelo sr. conselheiro Dias Ferreira ¹, contra a referencia das citadas palavras do art. 1167 ao tempo do casamento—ser contraria á regra geral do computo das legítimas, que só se faz ao tempo da morte ou da successão—não colhe, porque a excepção á regra verifica-se pela forma exposta nos n.ºs 44 e 45, *supra*, quer as palavras se refiram áquella epocha, quer á da dissolução do casamento ².

48.—Em nossa opinião, as palavras finais do art. 1167 referem-se ao tempo da dissolução do casamento.

Consultemos, em primeiro lugar, as *Actas das Sessões da Comissão Revisora*.

Posto á discussão o art. 1213 do Proj. Prim. (art. 1167 do Cod. Civ.), «*resolveu-se que ficasse adiado para quando se tratar do art. 1285*» (art. 1235 do Código) ³; procedendo a Com. Rev., na sessão de 1 de fevereiro de 1862, á discussão d'este artigo, approvado n'esta ses-

Ribeiro, *Dos fideicomissos no direito civil moderno*, cap. I, §§ iv e v.—Sr. conselheiro Dias Ferreira, obra e volume citados, nota aos arts. 1473 e 1474, pag. 448 e 449; volume 4.º, nota ao art. 1866, pag. 245 e 246. Compare-se o § 12 do tit. 87 do liv. 4 das Ord. Phil.—Correia Telles, *Dig. Port.*, tomo citado, art. 1628, 1629 e 1689—e Coelho da Rocha, obra citada, §§ 713 e 718.

¹ *Supra*, n.º 43.

² Veja-se a distincção que fizemos no n.º 43, *supra*, o principio do n.º 44, *supra*, e o exposto no n.º 46, *supra*.

³ *Actas* citadas, pag. 199.

são, discutiu conjunctamente o art. 1213 do Proj. Prim., sendo este artigo approvado na parte final, de cuja interpretação nos occupamos presentemente ¹.

O art. 1167 fixa um limite especial para certos casos ás doações, em vida ou por morte, entre esposados; o art. 1235 fixa um limite especial para certos casos de segundas nupcias ás doações, em vida ou por morte ², entre esposados e casados.

Supponhamos que as segundas nupcias, existindo filhos ou outros descendentes successivos do anterior matrimonio, são tão favorecidas pela nossa lei civil como as primeiras nupcias; á vista da aproximação e discussão conjuncta que a Com. Rev. fez das duas disposições, deveríamos procurar o sentido verdadeiro das palavras finais do art. 1167 na disposição do art. 1235. Ora, dizendo este artigo 'que, nas hypothèses por elle reguladas, a doação não poderá exceder a terça parte dos bens que o varão ou a mulher tiver ao tempo do casamento, ou que venha a adquirir depois por doação ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes, seria rigor oxaggegado não admittir que a doação ou deixa entre esposados, que contrahem casamento pelo primeira vez, comprehendesse outros bens, alem dos pertencentes ao doador no tempo da sua celebração.

Recordamos agora o desfavor com que são tratadas as segundas nupcias, nas referidas condições, peloCodigo Civil ³, e decidamos qual a interpretação natural das

ultimas palavras do art. 1167. Deve ser mais favoravel ás doações e deixas, na hypothese do art. 1167, do que o preceito estatuido no art. 1235 para o caso de segundas nupcias, existindo filhos ou outros descendentes successivos de anterior matrimonio.

Á primeira vista parecerá que a referencia das palavras finais do art. 1167 ao tempo da celebração do casamento favorece mais esta instituição, pois ficará o esposado donatario menos sujeito ás contingencias da fortuna do esposado doador, a qual pode diminuir de momento para momento, e com ella o limite maximo fixado no artigo. Para se reconhecer a inexactidão de tal parecer, distingamos varias hypothèses especificas, que o genero das doações nos offerece.

Relativamente á doação por morte, de valor ou objectos determinados, ou de certa parte d'elles, tanto convirá ao esposado donatario que o limite do art. 1167 seja referido ao tempo do casamento, como ao tempo da sua dissolução. Contra a revogação d'esta doação, dispondo o o esposado doador por titulo gratuito dos bens doados, está o preceito do art. 1171, o qual a prohibe terminantemente; relativamente ao prejuizo resultante das alienações por titulo oneroso, que o art. 1171 implicitamente permite ¹, e d'onde pode resultar a diminuição do limite do art. 1167, cumpre observar que, na generalidade dos casos, a alienação por titulo oneroso traz ao casal bens de valor pelo menos equivalente ao dos alienados.

Exceptuado o pequeno numero de factos, em que se manifesta o desperdicio e a prodigalidade, ninguem desconhece que o casamento augmenta a tendencia para a parcimonia, e que a aspiração normal e constante dos conjugues é, não só a conservação, mas ainda o augmento

¹ Actas citadas, pag. 209.

² Sr. conselheiro Dias Ferreira, obra citada, volume 3.º, nota ao art. 1109, pag. 90.

³ Artt. 162, 193, § un., 224, n.º 5, 1109, n.º 3 e 4, 1233 a 1237, 1108, 1492, 1789, 1985 e 2169, n.º 5

¹ Compare-se com o disposto no art. 1170.

da sua fortuna. Se o doador alienou a título oneroso bens que lhe pertenciam ao tempo do casamento, o donatário deverá, portanto, encontrar na massa dos bens d'aquella ao tempo da dissolução, um valor pelo menos identico ao correspondente a esta massa na primeira d'estas epochas.

Quando a doação por morte fôr de toda a herança ou d'uma quota parte d'ella, mais favoravel será ao donatário a referencia das palavras finaes do art. 1167 ao tempo da dissolução do casamento. A alienação, por título gratuito, dos bens que compoem a mencionada doação é sempre prohibida pelo art. 1171. Não deveremos, por consequencia, concluir do facto normal do augmento da fortuna do casal que essa doação tenderá, na generalidade dos casos, a assumir maior amplitude, se representar uma parte proporcional do valor dos bens do doador, ao tempo da dissolução do casamento?

Quanto ás doações em vida entre esposados, facil é de ver que aquella tendencia terá, como consequencia, escaparem á redução por inofficiosidade muitas doações que a ella estariam sujeitas, caso as palavras finaes do art. 1167 fossem referidas ao tempo da celebração do casamento: com o augmento da fortuna do doador, crescerá o valor da sua quota disponivel, da qual é parte constitutiva a massa do bens, assignada como limite ás doações entre esposados pelo art. 1167 ¹. Mesmo á face d'este argumento, que, de resto, é igualmente conclusivo para as doações por morte ², julgamos mais favoravel ao esposado donatário a interpretação apresentada.

Por ultimo, observaremos que a expressão «ao tempo da dissolução do matrimonio» do art. 1167 se acha mais proxima das palavras finaes d'este artigo «que

então possuir» do que a expressão «ao tempo do casamento»; é pois aquella, e não a esta, que as palavras finaes do artigo naturalmente se referem. Este argumento, não decisivo, se razões d'ordem superior advogassem a opinião contraria, parece-nos valioso, apoiando, como apoia, os motivos importantes que nos levaram a referir as palavras finaes do art. 1167 ao tempo da dissolução do matrimonio.

49.—Diz o art. 1149: «Os bens immobiliarios (dotaes) são inalienaveis, excepto se for: 1.º Para dotar e estabelecer os filhos communs, consentindo ambos os conjuges.»

E o § 4 de mesmo artigo accrescenta: «A alienação, de que tracta o n.º 1.º, não excederá a legitima do filho, que se quizer dotar ou estabelecer, accrescentando a essa legitima a terça de seus paes, tudo calculado em relação á epocha, em que a alienação houver de fazer-se, pelo modo porque o seria, se, por morte dos paes, n'esse tempo se dissolvesse o matrimonio».

Alienados os bens immobiliarios dotaes, para dotar ou estabelecer os filhos communs, não se calcula o limite maximo da doação segundo a regra geral do art. 1790—á face da somma do valor dos bens deixados pelo pae ou paes dotadores—a não ser no caso extraordinario em que o fallecimento dos dotadores coincide com a epocha da alienação d'aquelles bens, para o effeito indicado. Fixa, portanto, o § 4 do art. 1149 um limite analogo ao estabelecido nos artt. 1167 e 1235.

Qual a natureza da excepção feita pelo citado § á regra geral do calculo, que acabámos de enunciar? Exactamente a mesma da dos artt. 1167 e 1235: o § 4 do art. 1149 não contem a fixação d'uma quota disponivel restricta, para as hypotheses especiaes que regula ¹.

¹ Artt. 1495 e 1496.

² Artt. 1493, 1494 e 1789.

¹ *Infra*, n.º 94.

N'estas hypotheses, é necessario proceder ao calculo da legitima e quota disponivel, referido á epocha em que a alienação houver de fazer-se; isto é, como o calculo se tem de realizar sobre o valor dos bens pertencentes ao dotador n'esta epocha, encerra o § 4 do art. 1149 uma excepção á supracitada regra geral. Mas o fim do calculo e a sua utilidade estão unicamente na determinação do limite maximo, com o qual ha de ser comparada a doação comprehendida no n.º 1 do mesmo artigo, em ordem a ser annullada no excesso sobre este limite. O calculo mencionado no § 4 do art. 1149 nada é mais do que uma operação preparatoria, indispensavel para a determinação do limite.

Em todo o caso, como a epocha especial fixada no § 4 do art. 1149 respeita ao calculo da legitima e quota disponivel, é certo que este § encerra, como caracteristica da operação preparatoria, uma excepção directa e immediata á mencionada regra geral.

Relativamente á maneira como o dote deve ser conferido, quando fôr constituído por pae e mãe conjuntamente, sem declaração da parte com que cada um d'elles contribue, dispõe o art. 1146 se entenderá que cada um d'elles se obrigou por metade; assim, só metade do dote ha de ser conferido na successão de cada um dos dotadores, onde será comparado com o limite maximo, fixado segundo o preceito do § 4 do art. 1149. Por analogia do disposto no art. 1146, e no art. 2108, com respeito á collação, deve applicar-se a mesma regra, quando a doação, feita conjunctamente por pae e mãe sem a referida declaração, não revestir o character dotal.

No caso de os doadores declararem a parte com que contribuem (e em tal hypothese mais propriamente diremos que existem duas doações), conferir-se-ha em cada uma das successões a parte correspondente ao seu auctor.

50.—Dissemos que as doações entre esposados, em primeiras nupcias, verificadas as condições do art. 1167, se annullavam no excesso do limite por elle fixado.^{1.}

Dissemos que as doações entre casados, em primeiras nupcias, dissolvido o casamento por annullação, se annullavam no excesso da quota disponivel calculada n'esta epocha.^{2.}

Dissemos que as doações, nas hypotheses especiaes abrangidas pelo art. 1235, se annullavam no excesso do limite por elle fixado.^{3.}

Dissemos que as doações, nas hypotheses especiaes abrangidas pelo § 4 do art. 1149, se annullavam no excesso do limite, calculado segundo a disposição de este §.^{4.}

Dever-se-hão considerar estas doações totalmente independentes da successão do conjuge doador, ou estarão ainda sujeitas á conferencia na massa da herança, em harmonia com o disposto no § 1 do art. 1790, para o effeito de serem imputadas na quota disponivel ordinaria do doador, e reduzidas á sua morte, quando inofficiosas.^{5.}

¹ *Supra*, n.º 44.

² N.º citado.

³ N.º citado.

⁴ *Supra*, n.º 49.

⁵ Art. 1492 a 1496 e 1789. A redução pode resultar, annullado o matrimonio, da diminuição da fortuna do doador, por forma a transformar extraordinariamente os tres primeiros limites indicados n'um valor superior ao da quota disponivel ordinaria do testador, a qual, como dissemos, se calcula ao tempo do seu fallecimento. Mas, tanto n'esta hypothese como n'aquellea em que qualquer d'estes limites se apure por fallecimento do doador, a redução pode resultar da existencia de outras doações, que, ou pela sua natureza (art. 1493), ou pela vontade do testador (art. 1494, restringido pelo art. 1471), ou pela sua data (art. 1495) lhe prefiram na imputação sobre a quota disponivel. O exposito applica-se, nos termos convenientes, aos casos regulados pelo § 4 do art. 1149.

Relativamente ás doações entre esposados, em primeiras ou segundas nupcias, parece que da disposição citada do art. 1501 ¹ resulta a completa independência d'ellas; e com respeito ás doações abrangidas pelo § 4 do art. 1149, não obstante a letra d'este § e a disposição do art. 1147 ², pode levantar-se a mesma duvida, na parte relativa aos dotes dos filhos communs (art. 1149, n.º 1): basta attender a que o § 4 do art. 1149 nada mais faz do que fixar um limite analogo ao dos artt. 1167 e 1235, e que o art. 1147, o qual não fixa claramente limite algum, ha de ser interpretado, para as hypotheses do n.º 1 do art. 1149, pelo disposto no § 4 d'este artigo.

A nosso ver, todas as doações mencionadas ³ estão sujeitas á conferencia na massa dos bens deixados pelo doador, para os effeitos alludidos; isto é, aquelles limites são maximos, mas não são fixos.

Quanto ás doações entre casados, em primeiras nupcias, as quaes, verificando-se a annullação do casamento, são annulladas no excesso sobre a quota disponivel do conjugue doador a este tempo, observa-se que o calculo, embora encerre uma excepção directa á regra geral do n.º 42, *supra*, por não ser operação preparatoria para a applicação d'um limite fixado na lei, nada mais pro-

duz contudo que a redução d'essas doações a um valor determinado e maximo, quando excessivas, além da transformação das doações por morte em doações entre vivos, a partir da epocha da annullação (art. 1095). Assim, se a doação era de bens immobiliarios que valiam 10, e a quota disponivel do conjugue doador, ao tempo da annullação do matrimonio, valia 6, do calculo d'esta quota só resultou a redução da doação de 10 a 6, limite maximo que ella não pode exceder.

Mas tal limite maximo será ao mesmo tempo limite fixo inatacavel? Achar-se-ha a doação, que já soffreu a comparação com o citado limite, desobrigada da satisfação da legitima?

Contra isto insurgem-se os artt. 1492 e 1789, os quaes, como garantia da inviolabilidade da legitima, declaram expressamente que as doações, em vida ou por morte, não podem envolver prejuizo d'ella. É, portanto, á face da quota disponivel ordinaria do conjugue doador, que as doações entre casados, em primeiras nupcias, hão de ser definitivamente comparadas, na epocha do fallecimento d'aquelle conjugue; é á face d'esta quota disponivel que ellas hão de ser reduzidas ou revogadas por inofficiosidade, no caso d'isso caber. O § 1 do art. 1790 fal-as entrar no calculo d'essa quota, e n'ella terão as mencionadas doações de ser imputadas, ficando sujeitas á invalidade no excesso, por vicio de inofficiosidade.

Quanto ás doações entre esposados, em primeiras nupcias (art. 1167), ás doações entre esposados e casados, em segundas nupcias e nas condições especiaes do art. 1235 ⁴, e aos dotes dos filhos communs, á custa dos

¹ *Supra*, n.º 44.

² Diz o art. 1147: «Se os paes não declararem, que dotam por suas terças, será o dote levado em conta na legitima da dotada, e só se deduzirá da terça dos paes aquillo, em que o dicto dote exceder a legitima».

³ É evidente que, relativamente ás doações destinadas a estabelecer os filhos communs, comprehendidas no n.º 1 do art. 1149, não tem lugar esta duvida, pois não são doações para casamento (art. 1501); a conferencia d'estas doações na massa da herança, com os fins indicados, conclue-se immediatamente do disposto nos artt. 1492 e 1789.

⁴ Excusado será advertir que, se comprehendemos n'esta enumeração as doações entre casados, em segundas nupcias, não obstante o art. 1501 as não comprehender, é unicamente porque ellas são abrangidas pelo limite especial do art. 1235. Veja-se o n.º 44; *supra*.

immobiliarios dotaes da mãe do dotado (art. 1149, n.º 1 e § 4), diremos:

1.º—os artt. 1167, 1235 e 1149, § 4, fixam limites maximos, mas que na generalidade dos casos são menores do que a quota disponível ordinaria ¹; como pode estar no espirito da lei que estes limites cheguem a ter maior amplitude do que a referida quota?

2.º—se o limite fixado n'estes artigos é um beneficio para certa classe de herdeiros legitimarios, como evidentemente se conclue dos artt. 1167 e 1235, ou de certos herdeiros legitimarios não dotados, como deriva do § 4 do art. 1149, cumpre não applicar estas disposições por forma que a restricção se transforme em ampliação, e que os herdeiros, cujos direitos a lei pretende garantir, não venham a ser prejudicados pelas disposições creadas a seu favor; e isso aconteceria, se as doações abrangidas pelos artt. 1167, 1235 e 1149, § 4, não devessem ser imputadas, por occasião do fallecimento do doador, na sua quota disponível ordinaria, e ser reduzidas ou revogadas, caso sejam inofficiosas;

3.º—na hypothese do art. 1235, o qual encerra disposição parallelá á do art. 1167 ², o legislador tem

¹ Comparem-se os citados artigos com o § 1 do art. 1790, e applique-se ao caso do § 4 do art. 1149 o que fica dito no n.º 48, *supra*, sobre a conveniencia para o donatario de se referir o limite do art. 1167 ao tempo da dissolução do matrimonio.

² Veja-se o n.º citado. N'este n.º deixámos exposta uma interpretação favoravel aos esposados donatarios, no caso do art. 1167, pois não possuímos elementos que demonstrem a intenção contraria do legislador, relativamente a esse ponto; valemo-nos para isso da comparação da materia regulada pelos dois textos de lei, o do art. 1167 e o do art. 1235.

Feito isto, resta considerar a aproximação e discussão conjuncta qua a Com. Rev. fez d'estes dois textos, como criterio por

por fim desfavorecer as segundas nupoias, quando realizadas nas condições do artigo; como poderá o *desfavor* significar a tendencia opposta, de beneficio e incitamento?

4.º—se procedesse a opinião contraria á nossa, importaria o § 4 do art. 1149 a diminuição da quota legitimaria do filho dotado e dos seus direitos de donatario, em vida ou por morte, pois, na generalidade dos casos, a legitima e terça, calculadas na epocha da alienação dos bens immobiliarios dotaes, seriam de valor inferior ás calculadas na epocha do fallecimento do pac ou paes dotadores ¹, e o filho dotado, que encontrava no dote o valor da sua quota legitimaria e da terça calculadas n'aquella epocha, ver-se-hia impossibilitado de exigir coisa alguma mais, a titulo de legitima ou de doação; é necessario, portanto, concluir que o § 4 do art. 1149 não encerra restricção á sua quota legitimaria ², nem fixação de limite irreductivel de certos dotes, sob pena de se admitir uma divisão desigual da massa legitimaria pelos filhos do dotador, o que seria uma violação ao pre-

onde devemos aferir a natureza restrictiva do limite fixado no art. 1167. Assim, a interpretação favoravel ao donatario, como incentivo á celebração das primeiras nupcias (tal é o caracter ordinario das disposições doCodigo Civil a tal respeito), deixa agora de ter logar, averiguado que na intenção do legislador, claramente demonstrada, está a fixação d'uma quota *maxima*, na generalidade dos casos inferior á quota disponível do doador, e que *por isso mesmo a não deve exceder*.

Sob este ponto de vista, o legislador não favoreceu as doações entre esposados, *antes contrariou as tradições do nosso antigo direito* (*supra*, n.º 42); é tambem sob este aspecto que invocamos no texto o parallelismo entre a disposição do art. 1235 e a do art. 1167:

¹ Veja-se a nota 1 da pag. anterior.

² Veja-se o n.º 49, *supra*.

ceito da lei ¹, e uma causa de revogação de doações que a lei civil não reconhece ².

Concluiremos: da applicação dos limites fixados nos artt. 1167, 1235 e 1149, § 4, resulta a redução das doações por elles abrangidos a um valor determinado e maximo; nas hypothèses dos artt. 1167 e 1235, verificada a annullação do matrimonio, resulta tambem d'ella a transformação das doações por morte em doações entre vivos, a partir d'esta epocha (art. 1095). Fallecido o doador, devem ser conferidas na massa de bens por elle deixados, tanto as doações comprehendidas nos artt. 1167 e 1235, como os dotes especializados no n.º 1 do art. 1149, para serem imputadas na quota disponível ordinaria do fallecido, e reduzidas por inofficiosas em conformidade da lei.

Respondendo agora especialmente á pergunta que fizemos no final do n.º 45, *supra*, e referindo-nos conjunctamente ás hypothèses em que a existencia de doações entre esposados e entre casados, em primeiras ou segundas nupcias, ou de certos dotes constituídos em bens immobiliarios dotaes, occasiona o calculo da quota disponível do doador sobre o valor d'uma massa de bens, differente da deixada por elle á sua morte, diremos: este calculo só representa uma excepção á regra geral apresentada no n.º 42, *supra*, quando considerado independentemente do calculo da quota disponível ordinaria do doador, a que se procede por seu fallecimento; mas basta attender á ligação estreita que prenda as duas operações, para se deprehender que a supracitada

excepção representa unicamente a junção d'uma operação nova, motivada pela especialidade de certas hypothèses, á do calculo da quota disponível ordinaria do doador—o que se verifica sempre sobre o valor das massas dos bens por elle deixados—e que essa operação extra-ordinaria por forma alguma dispensa a ultima

51.—Exceptua por ultimo a regra geral do n.º 42, *supra*, a disposição do art. 1237, segundo a qual a mulher, que contrahir segundas nupcias depois de completar cincoenta annos, não poderá alhear por titulo algum, desde o dia em que haja contrahido o segundo matrimonio, a propriedade das duas terças partes dos bens mencionados no art. 1235, enquanto tiver filhos e descendentes que os possam haver.

N'esta hypothese, a legitima dos filhos e descendentes computa-se sobre duas massas distinctas, se a mulher binuba quinquagenaria possuir bens alem dos indicados no art. 1235: uma das massas é formada pelos bens que ella tinha ao tempo das segundas nupcias ou que depois adquiriu por doação ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes (art. 1235); a outra massa é formada por todos os bens que ella adquiriu depois do casamento, d'outra proveniencia que não as indicadas ³. A razão d'esto facto está no fideicommisso especial que o art. 1237 estabelecem a favor dos filhos e mais descendentes da mulher binuba quinquagenaria, fideicommisso que não destroe o titulo de legitima, pelo

¹ *Supra*, n.º 41.

² O art. 2078, collocado entre as disposições communs á successão testamentaria e á successão legitima, dispõe: «Se existirem na herança alguns bens..... que devam passar precipuamente a algum herdeiro, serão arrolados separadamente, ajuntando-se os respectivos titulos.»

¹ Veja-se o art. 1986, onde se regula materia de successão intestada, ao qual o art. 1784 e § un. acrescentam a garantia da legitima.

² Artt. 1456, 1482 e seg.

qual estes herdeiros succedem nas duas terças partes dos bens mencionados no art. 1235 ¹.

Relativamente a estes bens, o art. 1237 permite todas as medidas de legitima que vão desde dois terços até á totalidade d'elles, e todas as medidas de quota disponível desde a terça até zero ²; relativamente aos bens sobre os quaes não pesa o fideicommisso do art. 1237—e taes são todos os não mencionados no art. 1235—as medidas da legitima e quota disponível são as ordinarias (art. 1784 e § un.).

É, portanto, indispensavel separar a primeira massa de bens da segunda, pois a proporção extraordinaria que existe entre as duas quotas depende exactamente da fixidez da primeira massa de bens na parte fideicommittida, a qual não tem divisão possivel entre os herdeiros legitimarios e os donatarios em vida ou por morte. Formando-se uma massa commun de todos os bens existentes na successão da mulher binuba quinquagenaria, destruir-se-hia parcialmente a reserva ou fideicommisso estabelecido no art. 1237, sempre que ella tivesse diminuido o valor da terça dos bens mencionados no art. 1235 com contractos prejudiciaes a titulo oneroso, com contractos ruinosos.

Mas a excepção á regra geral, apresentada no n.º

¹ Torna-se indispensavel admittir que o titulo de fideicommisso, na hypothese do art. 1237, não destrua o de legitima, para evitar que os bens mencionados no art. 1235 concorram por duas vezes—uma quando se constitue o fideicommisso, e outra por occasião do fallecimento da mulher binuba quinquagenaria—para o preenchimento da legitima dos filhos e mais descendentes d'ella (art. 1790, § 1). N'este caso, o fideicommisso deve considerar-se como accessorio, como simples garantia dos direitos legitimarios d'estes herdeiros.

² *Infra*, n.º 90, 102 e 103.

42, *supra*, verifica-se só quanto ao calculo da quota disponível, ou tambem relativamente ao calculo da legitima? Só o calculo da quota disponível a pode occasionar: a legitima, essa, quer os bens estejam, ou não, sujeitos ao fideicommisso do art. 1237, incide sobre toda a massa de bens deixados pela mulher binuba quinquagenaria, e as especialidades da citada disposição, quanto ao seu calculo, são alheias á regra de cuja applicação nos estamos occupando ¹. Com o calculo da quota disponível não acontece o mesmo; alem de outra qualquer especialidade que a disposição do art. 1237 n'elle produza ², cumpre attender a que os contractos ruinosos podem ter destruido completamente a terça parte dos bens mencionados no art. 1235, sobre os quaes pesa o fideicommisso legal d'aquelle artigo.

Em tal hypothese, a quota disponível não abrangerá parcella alguma d'estes bens, o o calculo d'ella verificar-se-ha só sobre a massa dos bens livres de fideicommisso; a regra geral—do que o calculo d'esta quota se realiza sobre o valor de todos os bens deixados pelo auctor da herança—achar-se-ha exceptuada ³.

¹ *Infra*, n.º 56, 58, 90, 94, 102 e 103.

² *Infra*, n.º 90, 94, 102 e 103.

³ Adcante se verá como esta excepção, que é verdadeira, considerando na ordem logica as operações do calculo da legitima e quota disponível, desaparece, transformando-se em alteração da medida d'estas quotas (*infra*, n.º 90, 102 e 103).

CAPITULO III

SUMMARIO

52.—3.^a regra do calculo: deducções obrigatorias da massa da herança. Antigo direito portuguez. 53.—§ 1 do art. 1922 do Projecto Primtivo do Codigo Civil. Observação do sr. Visconde de Seabra, quanto á deducção das dividas da herança. Duvida que levanta a virgulação do § 1 do art. 1790 do Codigo. 54.—Valor liquido do espolio do testador. A palavra *bens*. A observação do sr. Visconde de Seabra, relativa aos direitos dos credores da successão. 55.—Responsabilidade proporcional da quota disponivel pelas dividas da herança. 56.—Modificação introduzida pelos artl. 1236 e 1237. 57.—Deducção das despesas do funeral. Art. 2116. 58.—Como devem ser entendidos, a este respeito, os artt. 1236 e 1237. 59.—Expressões usadas pelo Codigo Civil—*bens do testador e herança*. O que abrange a herança, na hypothese de existirem herdeiros legitimarios. 60.—Comparação entre as expressões mencionadas. 61.—O conjuge superstite, no casamento segundo o costume do reino, responde pelas despesas do funeral do conjuge fallecido? Direito antigo e moderno.—Opiniões da *Rev. de Leg. e Jur.*, do *Direito* e do sr. conselheiro Dias Ferreira. Qual opinião perfilhamos. 62.—Discussão d'este ponto. 63.—Por que parte das despesas funerarias responde a meação do conjuge superstite—A doutrina exposta, applicada fóra da hypothese do casamento segundo o costume do reino—Conserva-se a identidade de valor entre as expressões *bens do testador e herança*.

52.—No direito anterior ao Codigo Civil, antes de apuradas a terça e legitima, separava-se da massa da herança a porção de dinheiro ou de bens, sufficiente para

pagamento das despesas do enterro e funeral ¹, e das dividas passivas da successão, logitivamente comprovadas ou confessadas pelos herdeiros ².

Relativamente ao primeiro genero de obrigações a que a herança estava sujeita, a antiga jurisprudencia distinguia as despesas que eram pagas pelo acervo da herança, das que o eram pela terça: n'aquellas, chamadas *gastos de corpo presente*, comprehendiam-se as despesas de enterro e funeral, feitas com o corpo até ser dado á sepultura ³; n'estas comprehendiam-se todas as mais com legados pios e as outras missas, officios e suffragios ⁴.

¹ Valasco, *Praxis Port. et Coll.*, cap. 19, n.º 39—Pereira e Sousa, obra e logar citados, pag. 74—Correia Telles, *Dig. Port.*, tomo citado, art. 1682; *Manual do Processo Civil* (edição 3.ª), § 580—Coelho da Rocha, § 489.

² Valasco, obra citada, cap. 17, n.º 4 a 6; cap. 23, n.º 23—Gama, *Decisão 398.ª*, n.º 1—Pereira e Sousa, obra e logar citados, pag. 74 e 76—Correia Telles, *Dig. Port.*, tomo citado, art. 1683; *Man. do Proc. Civ.*, logar citado; *Dout. das Acções*, § 136, nota (2)—Coelho da Rocha, obra citada, §§ 350, nota, e 489—Sr. Visconde de Seabra, *Resposta* e logar citados, pag. 103.

³ A antiga jurisprudencia não era uniforme em fazer responder o acervo da herança pela totalidade d'estas despesas, como veremos n.º 61, *infra*.

⁴ Accordão da Casa da Supplicação de 27 d'agosto de 1567, na obra citada de Portugal, liv. 2, cap. 31, n.º 60—Valasco, obra citada, cap. 19, n.º 39 a 48—Pereira e Sousa, obra e logar citados, pag. 74—Almeida e Sousa, *Diss. 6.ª* da collecção citada, § 35—Correia Telles, *Dig. Port.*, tomo citado, artt. 1681 e 1682.

No entanto, Guerreiro, contra a opinião geral e contra a praxe, sustenta na obra citada (liv. 6, cap. 6, n.º 49 e seg.) que as despesas funerarias saiam da terça, em opposição ao que o mesmo Guerreiro afirma nas *Decisiones, seu Questiones Forenses* (*Quest. 54.ª*, n.º 57, e na *Quest. 64.ª*, n.º 2). Com aquella opinião de Guerreiro concorda o testamento de D. Affonso 2.º (veja-se no logar citado na nota 2 da pag. 65), o qual inanda satisfazer as despesas do funeral pela quota da terça; e Correia Telles, no art. 642 do tomo 2.º do *Dig. Port.*

Assim, Pereira e Sousa ¹ definia as primeiras—«aquellas, que se fazem com o corpo até se dar á sepultura, incluídas as Missas de corpo presente»; e as ultimas, ás quaes já chamava despesas do bem d'alma—«as que se fazem com as outras Missas, Officios e Suffragios.»

As restantes deixas satisfaziam-se pela terça da herança ².

53.—Dizia o Projecto Primitivo do Código Civil no § 1 do art. 1922 (§ 1 do art. 1790 do Código): «Sommar-se-ha o valor de todos os bens, que o testador houver deixado. Juntar-se-ha a esta somma o valor dos bens, que o fallecido houver doado ou legado; deduzir-se-hão do total as dividas da herança; e a quota disponivel será calculada em relação ao remanescente.»

Notou o sr. Visconde de Seabra ³ que este texto continha um erro, copiado inadvertidamente do Código Civil Francez: do citado § deprehendia-se que as dividas seriam descontadas depois da reunião ficticia das doações, sendo certo que as dividas devem ser primeiramente deduzidas da massa dos bens existentes.

Tal é, com effeito, a difficuldade a que dá logar o

segue a opinião de Guerreiro, acrescentando na nota a este artigo que a opinião contraria é destituida de fundamento juridico, opinião que elle todavia adopta no citado art. 1682 do tomo 3.º da mesma obra, baseando-se no costume seguido.

Almeida e Sousa, nas *Obrig. rec.*, § 406, comprehende no funeral as despesas feitas depois do corpo ser dado á sepultura, mas esta applicação do sentido da palavra *funeral* nada influe na distincção indicada no texto, que o citado auctor perfilha tambem n'este logar.

¹ Obra e logar citados.

² Ord. Phil., liv. 4, tit. 82, pr. e § 1. Valasco, obra citada, cap. 19, n.º 38—Correia Telles, *Dig. Port.*, tomo citado, artt. 1673 e 1681—Coelho da Rocha, obra citada, § 349.

³ *Resposta* e logar citados, pag. 107.

art. 922 do Código Civil Francez ¹, a qual só deixa de ter cabimento, quando o activo da successão fôr superior ao passivo, pois, em tal caso, conservar-se-ha intacta a massa dos bens doados em vida, sommados ficticiamente á dos deixados pelo auctor da herança, para o calculo da quota disponível. Os commentadores da lei civil franceza criticam o interpretam o citado artigo, n'esta parte, de modo a garantir os bens doados em vida contra as pretensões dos credores da successão, e a conservar inviolados os direitos dos herdeiros legitimarios: nos casos em que o activo da successão é inferior ao passivo, satisfazem-se as dividas unicamente pelos bens deixados pelo auctor da herança ².

Na sessão da Commissão Revisora, de 7 de junho de 1862, propoz o sr. Visconde de Seabra a substituição do § 1 do art. 1922 do Proj. Prim. pelo que hoje se lê no § 1 do art. 1790 do Código Civil ³, substituição nem sequer discutida pela commissão.

Este §, antepondo a operação do pagamento das dividas á da junção dos bens doados em vida pelo auctor

¹ Diz este artigo: «La réduction se détermine en formant une masse de tous les biens existants, au décès du donateur ou testateur. On y réunit fictivement ceux dont il a été disposé par donations entre-vifs, d'après leur état à l'époque des donations et leur valeur au temps du décès du donateur. On calcule sur tous ces biens, après en avoir déduit les dettes, quelle est, en égard à la qualité des héritiers qu'il laisse, la quotité dont il a pu disposer.»

² Levasseur, obra citada, n.º 69 e 73.—Mareadé, obra e logar citados, n.º 590.—J. A. Rogron, *Code Napoléon expliqué* (edição 17.ª), nota ao art. 922, pag. 927 e 928.—J. J. Delsol, *Explication élémentaire du Code Napoléon*, tomo 2.º, pag. 231 e 232.—Demolombe, obra e tomo citados, n.º 397.—Emile Accolas, *Manuel de droit civil*, tomo 2.º, nota ao art. 922, pag. 436 e 437.—F. Mourlon, *Répétitions écrites sur le deuxième examen de Code Napoléon*, tomo 2.º, nota ao art. 922, n.ºs 629 e 630.—Laurent, obra e volume citados, n.º 402.

³ Actas citadas, pag. 273.

da herança, torna bem frizante o principio de que, pelas dividas d'esta, só são responsaveis os bens por elle deixados ¹.

Identica regra de calculo continha, como vimos, o direito romano ².

Quando a importancia das dividas da herança não excede dos bens deixados pelo testador, pode a operação da deducção das dividas fazer-se, depois de reunido ficticiamente a esta massa de bens o valor dos doados por elle em vida ³: como as doações em vida não podem, em tal caso, ser atacadas pelos credores da successão, os creditos serão realmente satisfeitos pela massa dos bens deixados pelo testador.

Estava todavia o artigo destinado a ser imperfeito, quanto á redacção: na mesma parte do § 1 que respeita á deducção das dividas, escapou uma pequena incorrecção na maneira de virgular.

No § substituido, por proposta do sr. Visconde de Seabra, ao § 1 do art. 1922 do Proj. Prim., achava-se ponto e virgula, depois da palavra *deixado*, o virgula, depois da expressão *dividas da herança*. No Projecto de 1865 (art. 1791, § 1), apparece a virgulação alterada, ou antes invertida: depois da palavra *deixado*, uma virgula; depois da expressão *dividas da herança*, ponto e virgula.

¹ É para notar que o *Direito* (anno 4.º, n.º 47, pag. 262), á face do § 1 do art. 1790, perfeitamente explicado n'esta parte pela citada observação do sr. Visconde de Seabra, mande deduzir as dividas passivas da herança da somma dos valores d'esta, cummulados com o das doações que houverem de vir á collação. No mesmo defeito incorreu o Acc. da Relação do Porto de 11 do março de 1873 (no mesmo semanario, anno 5.º, n.º 33, pag. 527 e 528).

² *Supra*, n.º 12. Veja-se tambem n.º 48, *supra*.

³ Sr. conselheiro Dias Ferreira, obra e volume citados, nota ao art. 1147, pag. 165.

N'este Projecto, acha-se o § virgulado exactamente como no actual Código Civil.

Quem interpretar o § 1 do art. 1790 do Código, attendendo exaggeradamente a este elemento da redacção (por vezes de não pequena importancia), e vir na defeituosa virgulação do § mais alguma coisa do que um simples lapso na copia do artigo approved pela Com. Rev., será levado a antepor a deducção das dividas da herança á operação da somma do valor dos bens deixados pelo seu auctor. Quanto á expressão «*sommar-se-ha o valor de todos os bens*», que o auctor da herança houver deixado», explical-a-hia, lembrando que este só pode transmittir aos herdeiros o que realmente lhe pertence, e que o valor total do remanescente da herança, depois de satisfeitas as dividas d'esta, é, na realidade, o valor de todos os bens que os herdeiros veem a receber, isto é, o valor de todos os bens que o auctor da herança lhes deixou.

Se assim fosse, como realizar o pagamento das dividas da herança, quando este pagamento dovesse ser feito por divisão *pro rata* dos bens existentes no espolio do testador ¹, quer da totalidade ², quer de parte d'esses bens ³, ou especialmente dos moveis, para satisfação de varios creditos privilegiados geraes, que a lei colloca no mesmo gráo de preferencia ⁴?

Mas não: o Código, depois da expressão «*feita a deducção das dividas da herança*» emprega est'outra «*juntar-se-ha á somma restante o valor dos bens*» etc.,

¹ Art. 2125.

² Como pode acontecer, quando não ha creditos com preferencia, fundada em privilegio, ou em hypotheca (art. 1005).

³ Como pode acontecer, na hypothese contraria á da nota antecedente (art. 1005 e seg.)

⁴ Artt. 884, 885 e 1010, § un.

e a expressão «*somma restante*» significa evidentemente a somma do valor de todos os bens deixados pelo auctor da herança, depois de deduzidas as dividas proprias; significa, n'uma palavra, a differença entre a somma do valor d'esses bens e o das dividas passivas da herança. Se a operação da deducção das dividas dovesse succeder á da dita somma, não mandaria o § juntar o valor dos bens doados em vida pelo fallecido á somma restante, mas sim á *somma do restante* ou dos bens restantes.

54.—A' face do disposto no § 1 do art. 1790, os bens deixados pelo auctor da herança estão obrigados ao pagamento das suas dividas, ou, o que é o mesmo, só se consideram *bens*, propriamente ditos, o valor liquido da massa existente no espolio do testador, depois de deduzidas as dividas da herança ¹.

O conhecido principio do direito romano—*bona non intelliguntur cujusque, quae deducto aere alieno supersunt*²—só é exceptuado pelos bens conferidos ficticiamente á massa da herança, para o calculo da quota disponivel—os bens doados em vida pelo testador, sobre os quaes não pesa a responsabilidade pelas dividas da herança.

O sr. Visconde de Seabra, em ordem a justificar este facto, observa ³: «ou os crédores são anteriores,

¹ Valasco, obra citada, cap. 17, n.ºs 5 e 6—Sr. conselheiro Dias Ferreira, obra e lugar citados, pag. 164—Goyena, obra citada, tomo 2.º, nota ao art. 648, pag. 97.

² Dig., liv. 50, tit. 16, lei 32, § 1.

³ Resposta e lugar citados, pag. 105. Vejam-se as sessões do Conselho d'Estado Francez de 28 *pluviose* anno xi, e de 12 *ventose* do mesmo anno (na citada collecção dos *Motifs, rapports et opinions des orateurs qui ont coopéré à la rédaction du Code Civil* etc., tomo 2.º, pag. 401 a 408), onde esta materia é tratada, *de jure constituendo*, com todo o desenvolvimento. Ahi se encontram resumidos os argumentos de que os modernos commentadores se servem para defender os direitos, ou dos herdeiros legitimos, ou dos credores da successão.

ou posteriores ás doações; se são anteriores, podiam ter prevenido esse prejuizo, e se não o fizeram, a si o impu-tem; e se são posteriores, nenhum direito têm contra as transmissões anteriores.»

Demais, notaremos que o credor, anterior á doação em vida, pode exigir a satisfação dos seus creditos ao donatario, quando a doação é feita com encargo do pagamento das dividas do doador ¹, e, mesmo na falta d'esta estipulação, se a doação fôr da totalidade dos bens ², ou se, embora de bens certos e determinados, elles lhe estiverem hypothecados ou se provar a fraude em prejuizo dos credores ³; alem d'isto, pode, em certos casos, requerer a rescisão d'este contracto ⁴.

O credor, posterior á doação, não pode exigir a satisfação dos seus creditos ao donatario, ainda que a doação tivesse sido feita com encargo do pagamento das dividas do doador, sem outra declaração, ou fosse da totalidade dos bens d'este, sem estipulação alguma a esse respeito ⁵; mas poderá exigil-a, se a doação contiver designação expressa da divida, ou dividas, que o doador esperava contrahir e contrahiui na realidade, dado o caso do valor das dividas não ser superior ao dos bens doados ⁶, e poderá requerer, em certos casos, a rescisão d'este contracto, pois da generalidade dos termos do art. 1031, e do seu fim, se conclue que esta disposição é applicavel ainda á hypothese de o credito ser posterior ao contracto simulado.

¹ Art. 1469.

² Artt. 1470, § 2 e 1460.

³ Art. 1470, § 1.

⁴ Artt. 1031, 1033, 1035 e 1036.

⁵ Artt. 1469, 1470, § 2, 671, n.º 3 e 683.

⁶ Art. 1469. Em tal caso, a doação será onerosa (art. 1454, § 3), deixando de ser illegal e, portanto, nullo este contracto, pois o não é a condição alludida (artt. 671, n.º 3 e 683).

Assim, se os credores chegam á epocha do fallecimento do devedor, sem ter dado um unico passo para a satisfação dos seus creditos, nos casos em que a lei lhes faculta meios seguros de reembolso, não deve causar estranheza que os creditos sejam unicamente satisfeitos á custa dos bens deixados pelo auctor da herança, e que os bens doados em vida, a respeito dos quaes o donatario em vida é verdadeiro proprietario, só estejam sujeitos a garantir a integridade da legitima ¹.

O sr. conselheiro Dias Ferreira, citando as palavras, transcriptas no principio d'este n.º, do sr. Visconde de Seabra ², affirma que, n'essas poucas linhas, sustenta este jurisconsulto doutrina inteiramente opposta á consignada no art. 1035 ³, e que estabeleco jurisprudencia ainda mais favoravel aos donatarios, e prejudicial aos credores, do que a consignada no art. 1470. Parece-nos injusta esta apreciação.

O sr. Visconde de Seabra, defendendo a doutrina assente no § 1 do art. 1790 do Código Civil, ácerca da responsabilidade da massa, sobre a qual se computam a legitima e a quota disponivel, pelas dividas da herança, tem simplesmente em vista a comparação entre o direito dos herdeiros legitimarios e o dos credores da successão sobre os bens doados em vida pelo testador, quando estes não lançaram mão das garantias que os artt. 1031 e seg., 1469 e 1470 lhe offerecem; e, sob este ponto de

¹ Artt. 1452, 1456, 1492 e 1790, § 1.

² Obra citada do sr. conselheiro Dias Ferreira, volume 2.º, nota aos artt. 1033 a 1036, pag. 488.

³ Diz este artigo, que trata da rescisão dos actos e contractos verdadeiros, celebrados pelo devedor em prejuizo do credor, verificadas as condições que o mesmo art. 1035 especialisa: «Se o acto ou contracto for gratuito, pôde dar-se a rescisão, ainda que os estipulantes não procedessem de má fé».

vista, fal-os responsáveis pelo prejuizo que lhes resultou d'uma falta ou descuido proprio, a maior parte das vezes. Tal é o aspecto segundo o qual este escriptor examina a situação dos credores da successão, perante a vinda ficticia ao cumulo da herança dos bens doados em vida pelo testador, para o effeito do referido calculo.

Mas a citada observação do sr. Visconde de Seabra não aprecia as relações que prendem o donatario em vida aos credores da successão—materia regulada pelos artt. 1469 e 1470, nem a rescisão do contracto simulado de doação ou do mesmo contracto, embora verdadeiro, quando de elle resultou a insolvencia do doador—materia regulada pelo artt. 1031 e seg. A doutrina sustentada pelo sr. Visconde de Seabra, que, entendida d'outra forma seria inexacta, não é opposta á consignada n'estes artigos, pois as relações juridicas, que a citada observação abrange, são completamente distinctas das reguladas por elles; alem d'isto, as palavras d'este illustre jurisconsulto encerram a affirmação d'um principio independente dos direitos que assistem aos credores, antes do fallecimento do devedor e mesmo depois, caso os bens doados em vida hajam escapado total ou parcialmente á acção da redução, e enquanto não tiver decorrido o prazo legal da prescrição.

Verificadas estas condições, as palavras do sr. Visconde de Seabra não combatem a legitimidade dos direitos dos credores da successão, quer para exigir directamente o pagamento dos creditos aos donatarios em vida, quer para fazer rescindir o contracto gratuito, sempre que a hypothese se contiver nas disposições legais respectivas.

55.—As dividas passivas do auctor da herança constituem um onus que acompanha os bens existentes no seu espolio: da totalidade d'estes se deve deduzir a totalidade das dividas. Concorde com o § 1 do art.

1790 o art. 2115, collocado n'um capitulo que respeita tanto á successão testamentaria como á successão legitima, quando declara que a herança responde solidariamente pelo pagamento dos dividas do auctor d'ella.

D'esta forma, a parte da massa dos bens deixados pelo testador, correspondente á quota disponivel, responde por uma parte proporcional das dividas, parte proporcional determinada pela relação em que a unidade, representada pela herança, está com a fracção d'ella, que representa a medida da dita quota ¹.

O *Direito* ² dá conta d'uma opinião, que o sr. conselheiro Dias Ferreira bem qualificou de cerebrina ³, segundo a qual, haja ou não doações em vida a conferir, se deve abater da herança a importancia das dividas passivas do seu auctor, e do restante calcular-se a terça, pagando esta depois o terço das dividas.

De tal parecer, absurdo e insustentavel, resultava pagar a terça dois terços das dividas, como advertem o *Direito* e o escriptor citado: um que lhe fôra tirado no primeiro abatimento, e outro que, depois de separada da herança, seria entregue aos herdeiros legitimarios ⁴, e que os reembolsaria de metade da quantia em

¹ *Direito*, anno 2.º, n.º 35, pag. 318. Já era esta a doutrina da jurisprudencia antiga—Valasco, *Consulta* 110.ª, n.º 13 a 15—Almeida e Sousa, *Diss. 6.ª* da collecção citada, §§ 28 e seg.; *Obrig. rec.*, § 407—Correia Telles, *Dout. das Acções*, § 136, nota (2). Valasco, no lugar citado, resolve justamente, no sentido affirmativo, se a disposição d'uma quota parte de bens deve responder proporcionalmente pelas dividas da successão, como a disposição d'uma quota parte de herança. Veja-se, no mesmo sentido, um artigo inserido na *Rev. de Leg. e Jur.*, anno 7.º, n.º 334, pag. 337 e 338—e o n.º 60, *infra*.

² Anno 4.º, n.º 17, pag. 261 e 262.

³ Obra e lugar citados, pag. 168.

⁴ e não aos credores, já integralmente pagos, como diz o con-

que o onus das dividas da herança diminuir a parte legitima. Segundo esta opinião, a quota disponível, cuja medida suppozemos ser a terça, pagaria o dobro da quota legitima, que tem por medida n'esta hypothese dois terços. Ao § 1 do art. 1790 e ao art. 2115 repugna completamente tal interpretação ¹.

56.—Notemos que a responsabilidade pelas dividas da herança não pesa sobre os bens destinados e garantidos por meio de fideicomisso, total ou parcialmente, aos herdeiros legitimarios descendentes: nas hypothese dos artt. 1236 e 1237, não são responsaveis pelas dividas da herança os bens que ao varão ou á mulher ficarem de algum dos filhos de anterior matrimonio, que este houvesse herdado de seu fallecido pae ou mãe, existindo irmãos germanos d'aquelle filho fallecido; nem o são tão pouco as duas terças partes dos bens que a mulher binuba quinquagenaria tiver ao tempo do casamento, ou que venha a adquirir depois por doação ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes, se tiver filhos e descendentes que os possam haver.

O contrario equivaleria a destruir ou diminuir, segundo as hypothese, a garantia que o Codigo estabeleceu, em termos expressos, a favor de todos as descendentes do testador (art. 1237), ou, em particular, a favor dos filhos de leitos anteriores (art. 1236), garantia que, para ser effectiva, necessita ser inviolavel.

Dir-se-ha que, por esta forma, poderão ser lesados os credores, e até fraudulentamente; por exemplo, a viuva quinquagenaria, com descendentes, pode contrahir segundas nupcias, para furtar á responsabilidade pelas divi-

solente do *Direito* e o sr. conselheiro Dias Ferreira repete (vejam-se os logares citados nas notas 2 e 3 da pagina anterior).

¹ *Infra*, n.º 59.

das as duas terças partes dos bens, as quaes a lei lhe prohibe alienar por titulo algum. Dir-se-ha tambem que a doutrina exposta exceptua arbitrariamente o principio citado — *bona non intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt*.

Nós observaremos que, embora o fideicomisso, no caso do art. 1237, deva ser considerado como simples garantia dos direitos legitimarios dos descendentes da mulher binuba quinquagenaria ¹, nem esta, nem o conjugue binubo, varão ou mulher, no caso do art. 1236, são proprietarios, mas simples usufructuarios dos bens do fideicomisso; entre os bens pertencentes ao testador não devem, portanto, contar-se os bens por elle possuidos a titulo de fiduciario, como se verifica nos casos referidos ². A doutrina exposta não exceptua o principio citado; e ainda que o exceptuasse, nada provaria

¹ *Infra*, n.º 51.

² Sobre a inanidade da distincção legal, feita pelo art. 1870 entre o fideicomisso e o legado de usufructo, veja-se a obra citada do sr. conselheiro Hintze Ribeiro, cap. II (especialmente no § II), pag. 75 e seg.; cap. V (especialmente no § IV), pag. 157 e seg.; e cap. VII, pag. 211 e seg.—e os artigos inseridos na *Rev. de Leg. e Jur.*, anno 7.º, n.º 332, pag. 305; n.º 333, pag. 321; e n.º 335, pag. 333.

Em sentido contrario, consultem-se, entre outros logares, os mencionados no cap. VII da referida obra—o citado semanario juridico, anno 6.º, n.º 284, pag. 377; mesmo anno, n.º 296, pag. 366; accordão da Relação do Porto de 25 de junho de 1873, no anno 7.º, n.º 333, pag. 332; anno 9.º, n.º 454, pag. 598; accordão da mesma Relação de 27 de agosto de 1875, no anno 11.º, n.º 525, pag. 75; anno 13.º, n.º 614, pag. 311; anno 15.º, n.º 754, pag. 402—e o *Direito*, anno 1.º, n.º 43, pag. 679 e 680; anno 2.º, n.º 21, pag. 375; mesmo anno, n.º 26, pag. 405; anno 5.º, n.º 11, pag. 165; anno 7.º, n.º 7, pag. 100. Preferimos o parecer sustentado pelo sr. conselheiro Hintze Ribeiro, pois as razões allegadas em sentido opposto doixam de pé os fundamentos em que ella se estriba.

isso contra a legitimidade da doutrina, mas sim contra o rigor logico d'esse principio.

Relativamente á primeira observação, distinguiremos dois casos—o de creditos anteriores, e o de creditos posteriores á constituição do fideicommisso. Se os creditos são anteriores, queixem-se os credores da sua falta ou descuido—de não terem alcançado em tempo competente, quando a propriedade dos bens residia na pessoa do devedor, o pagamento dos seus creditos, ou de se não haverem munido com caução solida e sufficiente ¹. Se os

¹ Veja-se o n.º 54, *supra*. A estreiteza dos limites que impozemos a este trabalho impede-nos de analysar detidamente uma difficuldade, levantada pela constituição de penhor, consignação de rendimentos ou hypotheca.

Se o varão ou mulher, na hypothese do art. 1236, contrahiua uma divida, antes de passar a segundas nupcias, garantindo-a por meio d'uma qualquer das referidas cauções sobre os bens fideicommitidos á face d'este artigo (art. 856, 873, 889, 890 e 894), como evitar o seu pagamento á custa d'elles, se o conjugue binubo a não solver por outra forma? Esta conclusão, que deriva immediatamente do disposto nos art. 860, n.º 1, 861, n.º 2, 863, 876, 877, 892 e 1037, prejudica a disposição do art. 1236, pois torna facil a transformação e desvio dos bens fideicommitidos, de maneira a isental-os do citado preccito legal: o varão ou mulher facilmente alcançará capitães, garantindo-os, por exemplo, com hypotheca constituida sobre elles, e, verificadas as segundas nupcias, achar-se-ha senhor de bens que não são os inencionados no art. 1236 e que, portanto, escapam á alçada da sua disposição.

Pensamos que se devem assentar dois principios capitães para a solução conciliadora d'esta difficuldade: 1.º—a fortuna do conjugue binubo responde pela importancia do desfalque dos bens fideicommitidos, segundo o art. 1236: é a conclusão que deriva da necessidade de applicar o disposto n'este artigo, sem destruir as disposições que garantem o cumprimento das obrigações; 2.º—na hypothese de o conjugue binubo não possuir meios de fortuna que tornem effectiva tal responsabilidade, e mesmo na hypothese opposita, resta aos herdeiros legitimarios, beneficiados pelo art. 1236, a res-

creditos são posteriores á constituição do fideicommisso, é evidente que nenhum direito deve caber aos credores, na occasião da abertura da herança, sobre os bens fideicommitidos, cuja propriedade já não pertencia ao testador no tempo da contração da divida.

57.—Da massa dos bens deixados pelo testador, alem das dividas proprias, ou rigorosamente fallando, como divida privilegiada da successão ¹, deduzem-se as despesas do funeral; peçam, portanto, proporcionalmente taes despesas sobre as quotas legitimaria e disponivel. Esta doutrina assenta na disposição do art. 2116, que, collocado n'um capitulo que abrange indistinctamente a successão testamentaria e a successão legitima, é applicavel á hypothese da successão legitimaria, pela sua propria lettra. Diz elle: «As despesas do funeral serão pagas pela herança ainda indivisa, *haja ou não herdeiros legitimarios.*» De resto, como advorte o sr. conselheiro Dias Ferreira ², se as despesas do funeral hão de sahir da herança dividenda, é evidente hão de pesar proporcionalmente sobre a legitima e sobre a quota disponivel, porque a herança abrange ambas as coisas ³.

Identica regra de calculo continha, como vimos, o direito romano ⁴.

O art. 2116 acrescenta: «a nenhuma outras despesas com suffragios por alma do fallecido é obrigada a herança ou a terça d'ella, não tendo sido ordenada em testamento, nos termos do art. 1775.»

cisão dos contractos simulados com o fim de defraudar os seus interesses (art. 1031) e por conseguinte, a invalidação das garantias annexas, accessorios do contracto.

¹ Art. 874 n.º 1.—*Infra*, n.º 58.

² Obra citada, volume 4.º, nota ao art. 1899, pag. 264.

³ *Direito*, anno 2.º n.º 35, pag. 548.

⁴ *Supra*, n.º 12. Veja-se tambem o n.º 18, *supra*.

Por despesas do *funeral*, entende-se hoje, como anti-gamente ¹, aquellas que se fazem com o corpo até se dar á sepultura, incluindo os suffragios e as missas de corpo presente; as despesas do *bem d'alma* são as que se fazem posteriormente com as outras missas, officios e suffragios ².

A segunda parte do art. 2116 foi suspensa pelo decreto dictatorial de 23 de junho de 1870, confirmado pela lei de 27 de dezembro do mesmo anno ³, emquanto por lei não fôr regulada a dotação do clero parochial ⁴. Na actualidade, as despesas do bem d'alma são reguladas, para os casos de successão intestada, pela disposição do art. 1899, n.º 1 ⁵, com a restricção que consta do art.

¹ *Supra*, n.º 52.

² Sr. conselheiro Dias Ferreira, obra e lugar citados, pag. 263, e 264.

³ Veja-se o decreto citado no *Diario do Governo* de 25 de junho, n.º 139, e a lei citada no de 23 de dezembro, n.º 294. No relatorio do citado decreto apontam-se as medidas anteriores tomadas com o mesmo fim pelo poder executivo e pela Camara dos Deputados.

⁴ O sr. conselheiro Julio de Vilhena apresentou, na sessão da Camara dos Deputados de 22 de dezembro de 1883, um projecto de lei sobre a dotação do culto e clero, que ainda não foi discutido (veja-se este projecto e o relatorio respectivo no *Diario* da mesma Camara do anno de 1883, pag. 1872 a 1879, e 1887 a 1889). Uma das bases em que assenta o projecto de lei é a supressão das congruas e pé do altar, os quaes propõe que sejam calculados por freguezias, addicionados proporcionalmente ás contribuições predial, pessoal, sumptuaria e de renda de casas, e cobrados conjunctamente com ellas (veja-se especialmente sobre este ponto o art. 13, n.º 3 e § 2, do citado projecto, completado pelo art. 6 e § un. do mesmo, e o relatorio a pag. 1874 e 1875 do *Diario* e anno citados).

⁵ Diz este artigo: «Se o testador não especificar os deveres do testamenteiro, consistirão estes no seguinte: 1.º Em cuidar no enterro e funeral do testador, e em pagar as despesas e suffragios respectivos, conforme a disposição do mesmo testador ou, na falta d'esta, conforme o costume da terra.»

1775, para o caso de o testador ter regulado em testamento os suffragios por sua alma: os ditos suffragios não poderão absorver mais do que o terço da terça dos bens por elle deixados.

É dentro d'este limite, valido para todas as especies de successão, que nos parece rigorosa a opinião sustentada na *Revista de Legislação e Jurisprudencia* ¹ — que considera ainda em vigor a antiga legislação civil, pela qual devem os parochos fazer os suffragios por alma dos seus freguezes fallecidos *ab intestato*, segundo os costumes que forem justos e ostiverem legitimamente consentidos o approvados nas dioceses ² — sob pena de admittirmos a instituição ampla da alma por herdeira, contra as disposições expressas da actual lei civil, e a supremacia indefensavel das constituições dos bispados sobre as suas disposições ³.

¹ Anno 13.º, n.º 630, pag. 86 a 88—Sr. conselheiro Dias Ferreira, obra e lugar citados. *Supra*, n.º 28.

² Nos lugares citados da *Rev. de Leg. e Jur.* e do commentario do sr. conselheiro Dias Ferreira se acha mencionada essa legislação.

³ Sr. conselheiro Dias Ferreira, obra e lugar citados. A lei de 9 de setembro de 1769 (citada no n.º 28, *supra*), ao mesmo tempo que prohibia a disposição a titulo de legado pio, ou de bens d'alma, de mais do terço da terça dos bens do testador, e no que esta parte da terça excedesse 400\$000 réis, mandava observar o mesmo pelos herdeiros legitimos d'aquelles que morressem intestados, a respeito dos suffragios que lhes parecesse fazer a beneficio das almas dos defunctos (§§ 6 e 7 d'esta lei). Estes §§, suspensos pelo decreto de 17 de julho de 1778, não foram restaurados, senão parcialmente, pelo Código Civil; mas o § 21 da mesma lei, em que se prohibia a instituição da alma por herdeira, egualmente suspenso pelo citado decreto, foi restaurado, como vimos no n.º 28, *supra*, pelo alvará com força de lei de 20 de maio de 1796 (veja-se sobre este ponto o n.º citado e os n.ºs 11 e 23, *supra*). O § un. do art. 1781 do Código Civil, segundo o qual as corporações de instituição ecclesiastica só poderão succeder até o valor do terço da terça do

Da massa dos bens deixados pelo testador não se deduzem as deixas testamentarias, pois estas são partes constitutivas da sua quota disponível, quando por ella forem satisfeitas, em conformidade com as disposições legaes ¹. Já assim era segundo o nosso antigo direito ².

Do que mais acima fica exposto apura-se:

- 1.º—do acervo da herança deduzem-se as despesas do funeral;
- 2.º—da quota disponível deduzem-se as despesas do bem d'alma, despesas que em caso algum, quer de successão testamentaria, quer intestada, podem exceder o limite fixado no art. 1775.

58.—Se por fallecimento da mulher binuba quinquagenaria e com descendentes legitimarios (art. 1237), ou por fallecimento do conjuge binubo, varão ou mulher, nas condições do art. 1236, não apparecem na massa bruta da successão outros bens alem dos fideicommittidos pelos artigos referidos, já não diremos, a respeito das despesas do funeral, o que acima fica dito ³, a respeito das outras dividas da herança.

Ácerca das despesas do funeral, observa Demolombe ⁴ que foram sempre consideradas como uma divida a

testador, demonstra bem a repugnancia da nossa legislação civil pelos legados pios, especie do mesmo genero de deixas — com fins religiosos, a que pertencem as deixas para suffragios a bem da alma do testador.

¹ Art. 1789, 1493 e 1494.

² *Supra*, n.º 52.—Veja-se tambem o n.º 48, *supra*.

³ *Supra*, n.º 56.

⁴ Obra e tomo citados, n.º 415.

deduzir da massa da successão ¹; e que, sendo essas despesas feitas no interesse do defuncto, pode dizer-se que constituem a divida contrahida para consigo mesmo.

Ora os bens fideicommittidos, em conformidade com as disposições dos artt. 1236 e 1237, parecem escapar á responsabilidade pelas despesas do funeral, á face do art. 2116, porque, embora se encontrem materialmente na successão, não eram propriedade do testador; representam de garantia especialissima a favor de certos herdeiros, garantia que, para realizar a intenção do legislador, necessita de ser inviolavel. Não obstante, deverão estes bens ser responsaveis pelas despesas do funeral?

Como não nos julgamos habilitados a decidir se ao defuncto interessará ou não interessará que o seu enterramento seja acompanhado do conjunto de ceremonias, chamado *fúneral*, preferimos basear a solução affirmativa da duvida no motivo que, a nosso ver, fundamenta esta divida da successão — a obrigação que incumbe a todos os herdeiros, e muito particularmente aos herdeiros legitimarios pela proximidade do parentesco, de serem gratos ao fallecido, seu *commun bemfeitor*.

A solução apresentada não encontra apoio seguro nos textos doCodigo; pelo contrario, a opinião opposta parece deduzir-se da lettra do art. 2116, o qual torna responsavel pelas despesas do funeral a herança ainda indivisa, isto é, a massa de bens cuja propriedade pertencia ao testador ². Porém o nosso parecer estriba-se n'uma obrigação moral, por tal forma imperiosa, que nos parece ser essa a solução a tirar, não da interpre-

¹ A. Cardoso do Amaral, *Summa seu praxis Judicium, et Advocatorum, vb. sepultura*, n.º 40.

² com as restricções que constam dos artt. 1737 e 2014.

tação litteral, mas da interpretação equitativa do disposto no art. 2116.

O que fica exposto procederá, como dissemos, na hypothese de o conjuge binubo não deixar bens de livre disposição, por onde se possam satisfazer as referidas despezas; no caso contrario, pensamos que a garantia assente nos artt. 1236 e 1237 não poderá ser violada, e que os bens fideicommittidos não são responsaveis por ellas.

59.—É este o logar proprio para analysar uma difficuldade, filha antes do falta de homogeneidade na redacção doCodigo Civil, que de verdadeira contradicção entre os seus textos.

O art. 1784, definindo legitima, chama-lhe «a *porção de bens* de que o testador»....; e o § un. accrescenta: «Esta *porção* consiste nas duas terças partes dos *bens do testador*».....

O n.º 2 do art. 1785, regulando a legitima dos filhos perfilhados depois de contrahido o matrimonio, refere-a á terça disponivel da *herança*; e os artt. 1786 e 1787, regulando a legitima dos ascendentes, fixam-n'a em dois terços da *herança* ou metade dos *bens da herança*, segundo a qualidade d'estes herdeiros.

O § 1 do art. 1790, expondo as regras do calculo da quota disponivel, e por consequente da legitima¹, manda somnar o valor de *todos os bens* que o auctor da *herança* houver deixado².

Existirá differença real entre as expressões *bens do testador* e *herança*? Tal é o ponto de que passamos a

occupar-nos, cujo alcance e interesse pratico se evidenciará no decurso da analyse.

O art. 1737 define *herança* da seguinte forma: «A herança abrange todos os bens, direitos e obrigações do auctor d'ella, que não forem meramente pessoais, ou exceptuados por disposição do dicto auctor, ou da lei.» Identico principio estabelece oCodigo no art. 2014, declarando que «os herdeiros succedem em todos os direitos e obrigações do auctor da herança, que não forem puramente pessoais, ou exceptuados pela lei, ou pelo dicto auctor.»

Perguntaremos em primeiro logar: como devem ser applicados ao calculo da legitima os artt. 1737 e 2014, um dos quaes se acha collocado nas disposições preliminares sobre successões, e o segundo nas disposições communs á successão testamentaria e á successão legitima?

Tendo o § 1 do art. 1790 estatuido, que a legitima se computa sobre a somma do valor dos bens deixados pelo testador, depois de deduzidas as dividas da herança, isto é, sobre o valor total da herança liquida, é necessario não entender os artt. 1737 e 2014, referindo-os á successão legitimaria, de maneira que a massa possa ser alterada pela vontade do testador, quer exceptuando bens ou direitos, sobre cujo valor se não deva computar a legitima, quer isentando alguns da responsabilidade pelas suas dividas e pelas despezas do seu funeral. O contrario equivaleria a reconhecer que noCodigo Civil existem disposições restrictivas dos principios contidos no § 1 do art. 1790 e que acabámos de indicar.

Quanto á parte dos artt. 1737 e 2014 que diz respeito ás excepções feitas pelo auctor da herança, precisa de ser completada por esta forma—nos casos em que isso lhe fôr permittido. E interpretamos assim estes artigos, porquanto é o proprioCodigo Civil que reco-

¹ *Infra*, n.º 403.

² Muitos outros artigos poderiamos citar para demonstrar a irregularidade da terminologia doCodigo Civil, a este respeito; comparem-se, entre outros, os artt. 1773, 1781, § un., 2098, 2115 e 2116.

nhece no § 1 do art. 1790 a computação da legitima sobre a totalidade da massa liquida dos bens deixados pelo auctor da herança; na hypothese de existirem herdeiros legitimarios, acha-se, portanto, o auctor da herança impossibilitado de exceptuar quaesquer bens ou direitos do calculo das referidas quotas, ou de subtrahir alguns á responsabilidade pelas obrigações que pesam sobre a herança indivisa, com o fim de augmentar a legitima.

Taes faculdades pertencer-lhe-hão, relativamente aos herdeiros legitimis e testamentarios, e poderá exercel-as por meio de deixas e eximindo um ou varios herdeiros da responsabilidade por todas, ou por parte das mencionadas obrigações, sempre que as outras quotas hereditarias d'esta especie tenham amplitude sufficiente para poderem ser sobrecarregadas com o onus extraordinario.

Quanto á parte dos artt. 1737 e 2014 que respeita ás excepções feitas pela lei, como não conhecemos caso algum, prevenido noCodigo Civil, que restrinja as citadas regras do calculo da quota indisponivel ¹, julgamos não deverem taes excepções ser applicadas aos casos de successão legitimaria, mas sim aos casos de successão testamentaria ou legitima. Mais nos confirma n'esta opinião o entendimento que essas palavras parecem ter, comparadas com o resto do artigo: parecem significar—exceptuados os bens que a lei civil considera legitima de certos herdeiros. Applicados os artigos ao caso da successão legitimaria, desaparece a excepção, pois respeita aos outros casos, e não a esse.

O que fica dito a respeito da operação da somma total dos bens deixados pelo auctor da herança, operação que até agora temos referido ao calculo da legitima, tem completa applicação ao calculo da quota disponivel,

como veremos no n.º 94, *infra*, para então podermos abranger a parte do calculo, relativa á conferencia ficticia das doações feitas em vida pelo testador.

Quanto á isenção de obrigações, vigora, relativamente aos direitos successorios que incidem sobre a quota disponivel, o principio geral dos artt. 1737 e 2014, dentro do limite acima fixado para os casos em que os herdeiros são legitimis ou testamentarios.

Observaremos que o onus do pagamento de certos encargos, de valor inferior ao da quota disponivel, expresso pelo testador n'uma ou em algumas deixas, equivale á sua diminuição n'um valor igual áquelle com que as legitimis e as outras doações deviam contribuir para o referido pagamento, diminuição que reverte em beneficio dos herdeiros legitimis, como são os herdeiros legitimarios relativamente á quota disponivel, e dos restantes donatarios por morte. O calculo far-se-ha segundo as regras geraes do § 1 do art. 1790, e da quota disponivel receberão os sobreditos herdeiros legitimis e os donatarios, em porções proporcionaes ao valor das quotas de herança, e em conformidade com os preceitos leaes sobre a imputação das doações por morte na quota disponivel ¹, a differença entre a importancia dos encargos de que a deixa ou deixas foram sobrecarregadas e a parte proporcional com que já contribuíram—se a deixa ou deixas foram feitas a titulo de herança; ou a importancia total dos mencionados encargos—se a deixa ou deixas foram feitas a titulo de legado (art. 1736). Isto, dado o caso de a quota disponivel não ser absorvida completamente pelos direitos dos restantes donatarios por morte; na hypothese contraria, o beneficio será só em

¹ *Supra*, n.º 86, e *infra*, n.º 94.

¹ Artt. 1493, 1494 e 1789.

favor d'estes, e não dos herdeiros legitimarios, pois os seus direitos, como herdeiros legitimos relativamente á quota disponivel, desapareceram ¹. Por esta forma, executa-se á risca a regra de calculo contida no § 1 do art. 1790 e no art. 2416, relativa á deducção das dividas da herança e das despesas do funeral, respeitando-se ao mesmo tempo os direitos dos herdeiros legitimarios e dos restantes donatarios por morte.

Por ultimo, repetiremos ² que os bens e direitos puramente pessoaes ao auctor da herança, se não transmittem por via de herança aos herdeiros legitimarios, assim como se não transmittem aos herdeiros legitimos e testamentarios ³; e o mesmo deve dizer-se das obrigações que revestem caracter identico. Os bens e as obrigações acham-se, em tal caso, vinculados á pessoa do testador e com elle terminam estes direitos e responsabilidade; não incide, portanto, o calculo da legitima e da quota disponivel sobre os referidos valores, nem se deduz a importancia d'esses encargos.

Resumindo, *herança*, na hypothese de existirem herdeiros legitimarios, tanto relativamente á amplitude da legitima como á da quota disponivel, abrange a totalidade dos bens, direitos e obrigações do auctor d'ella, que não forem meramente pessoaes.

60.—Comparemos agora as expressões *herança* e *bens do testador*, empregadas cumulativamente no art. 1787, onde se lê a expressão *bens da herança* ⁴.

¹ Comparem-se os artt. 1774, 1784, 1789 e 1968.

² *Supra*, n.º 42.

³ Veja-se, alem dos artt. 1737 e 2014, o art. 703.

⁴ E em varias outras disposições legais, como nos artt. 2067, 2070, 2073, 2079 do Código Civil, e no art. 695 do Código de Processo Civil.

No termo geral *bens*, acham-se comprehendidos os bens moveis e immoveis, os direitos e as acções ¹.

Na materia de doações em vida ou por morte, é tão lata a interpretação do termo geral *bens* (não obstante parecer concluir-se a tendencia contraria da interpretação restrictiva que, nos contractos gratuitos, se faz a favor do doador ²) que o art. 1461, regulando as doações em vida, declara: «Se o doador fizer doação de todos os seus bens moveis e immoveis, entender-se-ha, que a doação abrange os direitos e acções». N'esta hypothese, embora o doador empregue uma expressão menos geral que a simples palavra *bens*, o legislador interpreta ampliamente a doação, pois a declaração de doar todos os bens moveis e immoveis revela da parte do doador a intenção de doar tudo o que possui ³.

Ora, como a acção é sempre um direito, quer se considere distincto do garantido por elle, quer como esse mesmo direito posto em movimento ⁴, segue-se que na palavra *herança*, assim como na expressão *bens do testador*, se comprehende a totalidade dos bens mobiliarios e immobiliarios do auctor da herança, pois os direitos nada mais são do que coisas mobiliarias ou immobiliarias, moveis ou immoveis por disposição da lei, nos ter-

¹ Artt. 373 a 377—Sr. conselheiro Dias Ferreira, obra citada, volume 1.º, nota ao art. 376, pag. 378; nota aos artt. 377 e 378, pag. 379—*Rev. de Leg. e Jur.*, anno 2.º, n.º 97, pag. 771.

² Art. 685, n.º 1.

³ Sr. conselheiro Dias Ferreira, no segundo logar citado na nota 1 d'esta pagina. Como muito bem adverte o mencionado escriptor, os termos *moveis* e *immoveis*, na hypothese do art. 1461, tem a mesma amplitude e alcance de significação que os termos *mobiliarios* e *immobiliarios* (art. 377 e § un).

⁴ Veja-se o nosso trabalho—*Das excepções no processo civil portuguez*, cap. 1.º, § 1, pag. 31 a 34.

mos dos artt. 374 a 377 ¹. E, da mesma forma que os bens meramente pessoais ao testador não são abrangidos pela palavra *herança*, também se não podem comprehender na expressão *bens do testador*, pois esta só comprehendendo, quanto aos direitos successorios, os bens que ella podia transmitir hereditariamente ².

Era, por consequente, rigorosa a lei romana ³, identificando as expressões *bens* e *herança* pela forma seguinte: «*Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac jus successionis, et non singulas res demonstrat.*»

Averiguado este ponto, reframo-nos agora á operação da deducção das dividas da herança e das despezas do funeral.

Um habil articulista da *Revista de Legislação e Jurisprudência* diz-nos a este respeito ⁴: «Commune to se opinava antes de Valasco, que a disposição de uma quota parte da *herança*, por exemplo, a terça, envolvia a mesma quota parte das dividas passivas da herança; não assim, quando o testador deixava uma quota parte, por exemplo, a terça dos seus bens: porque, por direito civil (diziam) a herança era o que sobejava livre depois de pagas as dividas passivas (*deducto aere alieno*), emquanto que a palavra — *bens* — não comprehendia as dividas passivas, mas só o activo. Valasco ⁵ rejeitou e refutou ousadamente aquella distincção entre quota da *herança* e quota de *bens*, com o fundamento, na ver-

dade attendivel, de que os testamentos são escriptos em linguagem commum e vulgar, não em linguagem juridica; e por isso na pratica se não devia fazer caso de taes escrupulos e subtilidades, porque os testadores communmente são ignorantes, e não têm o discernimento necessario para dar ás palavras o seu sentido juridico.»

Em conformidade com esta doutrina, e não obstante ser diversa a sua intenção, está Valasco n'outro logar ¹, dizendo: «*nomen bonorum, intelligitur deducto aere alieno, secus in nomine hereditatis, quia includit etiam debita.*» N'esta phrase, assenta Valasco o sentido juridico das palavras *bens* e *herança*, referidas aos encargos geraes da successão, e tenta distinguil-as para resolver se a legitima é uma quota de bens ou de herança; mas são baldados os seus esforços, pois conclue por as confundir inteiramente ².

Na realidade, que differença existe em dizer que os valores constitutivos da legitima são *bens propriamente ditos*, isto é, já livres do pagamento das dividas, ou que a legitima se computa sobre a totalidade dos bens deixados pelo testador, mas que esta quota responde por uma parte porporcional das suas dividas? O resultado pratico é o mesmo.

A expressão *bona non intelliguntur cujusque, quae deducto aere alieno supersunt* encerra, ao mesmo tempo que a accepção propria do termo *bens*, a noção de que todos os direitos successorios estão implicitamente subordinados á deducção das dividas do testador.

¹ Da doutrina exposta se vê como o art. 1737, distinguindo os direitos dos bens, é pleonastico.

² *Supra*, n.º 42.

³ Dig., liv. 50, tit. 16, lei 208.

⁴ Anno 7.º, n.º 334, pag. 337.

⁵ Consulta 110.ª, n.º 13 a 15.

¹ *Praxis Part. et Coll.*, cap. 17, n.º 5 e 6.

² Veja-se também a citada obra de Valasco, no cap. 23, n.º 23. No mesmo defeito incorreu, como muitos outros escriptores, Liz Teixeira, na obra citada, parte 2.ª, div. 1.ª, tit. v, § 40 (pag. 278 e 279).

N'uma palavra, a expressão *bens do testador* supõe esta operação realizada, a palavra *herança* supõe a hypothese contraria; mas o alcance da significação das duas expressões é ainda, sob este ponto de vista, completamente identico.

Tal foi o equívoco que levou Valasco, na determinação do sentido rigoroso das palavras *bens* e *herança*, a distinguir o valor do resto d'uma differença, já calculado, do valor d'osse mesmo resto, antes de executada a operação. Quanto á responsabilidade pelas dividas da herança, teem, portanto, egual amplitude as expressões *bens do testador* e *herança*, e uma quota hereditaria qualquer, terá exactamente o mesmo valor, quer seja referida á herança, quer aos bens do testador.

Pelo que toca á deducção das despesas do funeral, prevalece a mesma affirmacão, porque o pagamento d'estas despesas representa o de uma divida de gratidão, contrahida por todos os herdeiros para com o auctor da herança ¹; a herança indivisa responde por esses encargos, e os bens do testador, no sentido proprio, supõem-nos já satisfeitos.

Teem, por conseguinte, a mesma amplitude as duas expressões *bens do testador* e *herança*, e o seu emprego indistincto, se levanta duvidas no espirito do interprete, como levantam muitas outras faltas de homogeneidade na redacção dos textos, não produz contudo differença real na applicação das disposições logaes ².

Antes de terminar, observaremos que, á face do exposto, a expressão *bens da herança*, usada, por exem-

¹ *Supra*, n.º 53.

² Veja-se Almeida e Sousa, *Diss. 5.ª*, da collecção citada, § 10 e seg. (especialmente § 16 e nota, e § 17) e *Diss. 6.ª* da mesma collecção, nota ao § 4, nota * ao § 27, nas pag. 144 e 145, e §§ 28 e 29.

plo, no art. 1787, é redundante; emprega-se, assim como a expressão *bens da successão*, para designar os *bens do testador*. A palavra *herança* restringe no citado artigo a amplitude da palavra *bens*; por outra forma, a expressão *bens da herança* significa *bens herdados*.

Assim, tanto faz referir a amplitude da legitima e da quota disponivel aos *bens do testador* como á *herança*; as operações do calculo d'estas quotas executam-se pela mesma forma, e a sua importancia real, como a de outra qualquer quota de successão, é identica, quer a referencia seja feita aos bens do testador, quer á herança ¹.

61.—No art. 646 do tomo 2.º do *Digesto Portuguez*, estabelecia Correia Telles a seguinte jurisprudencia: «Se o defuncto era casado conforme o costume do Reino, toda a despesa até o cadaver ser sepultado é feita pelo acervo do casal: depois de paga é que se fazem as meações da viúva e herdeiros.» ² Correia Telles cita Valasco (*de Part.*, cap. 19, n.º 39 e 48) e Cardoso (*vb. Sepultura*, n.º 10), mas estes auctores obrigam á referida despesa, não o acervo do casal, mas o *acervo da herança*, como se pode ver dos logares citados ³.

Correia Telles foi talvez influenciado pelo § 406 das *Obrigações reciprocas* de Almeida e Sousa e pelos loga-

¹ *Infra*, n.º 68 e 97.

² Concorde o § 266 da *Doutr. das Acções*, nota (7).

³ Valasco dil-o em termos expressos, e Cardoso refere-se simplesmente ao *total do acervo*. Parece-nos, todavia, que o acervo, d'onde Cardoso mandava deduzir as despesas do funeral, era o acervo da herança, porquanto elle oppõe a diminuição do acervo á diminuição da terça, e esta só comprehendia bens do testador (vejam-se os logares citados na nota 3 da pag. 82, e o n.º 42, *supra*). Gama (*Decisão 808.ª*, n.º 1) e Barbosa (obra citada, liv. 1, tit. 62, § 13, n.º 1) seguem a doutrina perflhada por Correia Telles.

res que acabámos de citar de Gama e de Barbosa, onde se diz que as despesas funerarias devem sair do acervo ou *monte commum*. Almeida e Sousa cita, alem do logar mencionado de Valasco, Pegas (tomo 13.º, *ad Ord.*, liv. 3, tit. 11, § 2, n.º 23) e Guerreiro (*Quest for.*, 54.ª, n.º 57), mas estes auctores reportam-se a Valasco, e o primeiro diz expressamente que as despesas funerarias devem deduzir-se do *cumulo da herança* ¹.

O decreto com força de lei de 18 de maio de 1832 e a Novissima Reforma Judiciaria vieram consagrar a doutrina adoptada por Gama, Barbosa, Almeida e Sousa e Correia Telles, dispondo que as despesas do funeral saísem do *monte commum* ². O artigo do Código Civil, onde se trata especialmente este ponto, é, como já dissemos, o art. 2116; e aqui lê-se: «As despesas do funeral, serão pagas pela herança ainda indivisa».....

Na *Revista de Legislação e Jurisprudencia* ³, sustenta-se que, nos casamentos segundo o costume do reino, tanto as despesas dos suffragios por alma do conjuge predefuncto, como as despesas do funeral, devem ser pagas pelos bens d'este. Observa-se que o Código Civil, em vez de usar no art. 2116 a expressão *monte commum*, emprega a expressão *herança ainda indivisa*, e que a meação do conjuge sobrevivente não faz parte da herança. Dá-se, como razão do disposto no art. 2116, querer o legislador affastar-se da legislação antecedente, o que a citada *Revista* considera justo, «porque não havia

¹ Valasco é tambem erradamente citado, assim como Pereira e Sousa, no volume 4.º da obra citada do sr. conselheiro Dias Ferreira, nota ao art. 1899, pag. 265. Pereira e Sousa (obra e logar citados) segue a opinião de Valasco, mandando deduzir as despesas funerarias do *monte total da herança*.

² Art. 23, § 1.º, do citado decreto, e art. 414 da Nov. Ref. Jud.

³ Anno 13.º, n.º 642, pag. 278.

razão alguma, para sobre o conjuge sobrevivente, que nada recebia do predefuncto, recair metade das despesas do funeral deste.»

No *Direito* ¹, defende o sr. Alexandre de Seabra opinião identica: nota que as palavras *monte commum* do art. 414 da Nov. Ref. Jud. tem diversa significação das palavras *herança indivisa* do art. 2116 do Código Civil; que a herança, pelos artt. 1737 e 2014, abrange só os bens, direitos e obrigações do auctor d'ella; e que por isso, se ella é casado segundo o costume do reino, só comprehende metade dos bens do casal, e, nos outros casos, os bens proprios do fallido.

O sr. conselheiro Dias Ferreira ² sustenta a opinião contraria: nos casamentos segundo o costume do reino, fica obrigada a meação do conjuge sobrevivente a metade das despesas feitas com o funeral do conjuge predefuncto.

Não obstante a opinião da *Rev. de Leg. e Jur.* e do *Direito* derivar directamente do disposto nos artt. 1737 e 2014, perfilhamos a opinião do illustre commettador do Código Civil ³.

62.—Eis os motivos em que nos estribamos para sustentar que a expressão *herança indivisa* do art. 2116 significa *monte commum* ou *casal ainda indiviso*, na hypothese referida, apesar dos valiosos argumentos em contrario:

1.º—É exacto que a significação genuina da palavra *herança* a representa como uma massa de valores provenientes do auctor d'ella; tal é o sentido attribuido a

¹ Anno 14.º, n.º 22, pag. 337.

² Obra e logar citado, pag. 264 e 265.

³ com a modificação que se lê no n.º 63, *infra*. Veja-se a nota 2 da pag. 190.

essa palavra pelos artt. 1737 e 2014, e assim parece devesa ser interpretada a primeira parte do art. 2116. Em tal caso, a expressão *herança indivisa* d'esta disposição nada mais abrangeria do que o total dos valores transmittidos por successão aos herdeiros, e as despesas do funeral não poderiam recahir sobre a meação do conjuge superstite, pois os bens d'esta meação não pertencem ao auctor da herança, ao conjuge fallecido.

Não conservou contudo o Codigo Civil a unidade de significação da palavra *herança*: leiam-se, entre outros, os artt. 2070, 2073 e 2079, e confrontem-se com os artt. 2067 e 2082. Do confronto apurar-se-ha que o Codigo Civil toma, por vezes, a palavra *herança*, no sentido de *bens do casal indiviso*, porquanto, referindo-se ao estado em que os bens de meação se acham confundidos no acervo commum, isto é, ao estado anterior á partilha (art. 2067 e 2082), não põe duvida em chamar a essa massa *bens da herança* (art. 2067, 2070, 2073 e 2079); ora a expressão *bens da herança* nada mais significa, como vimos, do que bens herdados ¹, ou mais simplesmente — *herança* (art. 2082). Á face das disposições citadas, *herança* significa o acervo de bens não partilhados, em que, alem da *herança propriamente dita*, está incluída a meação do conjuge superstite.

Isto é confirmado pelo disposto no art. 2138, o qual, regulando sobre o modo de se fazer a partilha, manda separar os bens necessarios para o preenchimento da meação do conjuge sobrevivivo, do mesmo monte d'onde se separam os bens da terça, se tal separação houver de realizar-se; conclue-se, portanto, do artigo citado que o Codigo Civil considera os bens necessarios para o preenchimento da meação do conjuge sobrevivivo como

parte constitutiva da herança indivisa, pois d'esta é que a terça, especie do genero — quota disponivel, ha de ser deduzida, como dispõe o § 1 do art. 1790.

Em vista d'este sentido especial da palavra *herança*, que augmenta a sua latitude, parece-nos logico responsabilisar a meação do conjuge superstite pelas despesas do funeral ¹.

E não se diga, como a *Rev. de Leg. e Jur.*, no logar citado, que os artt. 2079 e 2082 não auctorisam sufficientemente a interpretação das palavras do art. 2116 — *herança indivisa*, na accepção de *casal ainda indiviso*, porque n'aquelles artigos a palavra *herança*, pode tomar-se no sentido propriamente juridico. A *Revista* limita-se a affirmar que nos artt. 2079 e 2082 a palavra *herança* pode tomar-se no sentido propriamente juridico, mas não o demonstra. Nós opinamos contra, pelas razões adduzidas, e entendemos que a ampliação introduzida, não só por estes artigos, mas tambem pelos outros artigos citados, no sentido da palavra *herança*, a acompanha desde a morte do testador até se ultimarem as partilhas (art. 2067 e 2073, entre outros, comparados com os artt. 2082 e 2138). Ao interprete cumpre sustentar o sentido amplo que dimana da lei para uma determinada expressão; e é a propria lei, como veremos, que se encarrega de prevenir, em disposições especiaes, as consequencias absurdas a que nos levaria a referida ampliação, no sentido da palavra *herança*, posta em confronto com algumas disposições legaes.

2.º—Mas dir-se-ha: tal interpretação acarreta um impossivel juridico, pois equivale a sujeitar a meação do conjuge superstite a todos os encargos que pesam

¹ *Supra*, n.º 60.

¹ Sobre o exposto n'este argumento, veja-se a obra e logar citados do sr. conselheiro Dias Ferreira, pag. 265.

sobre os bens próprios do conjugue fallecido ¹, e até a dividil-a em vida d'aquelle conjugue pelos herdeiros e donatarios por morte d'este ², visto que a doutrina defendida, identificando, para certos casos, o alcance das expressões *herança indivisa* e *casal ainda indiviso*, deve reconhecer, na parte ampliada ao sentido proprio da palavra *herança*, as mesmas características d'esta palavra, quando entendida n'este sentido, e tirar as mencionadas consequências do facto de comprehender, na herança indivisa do conjugue fallecido, a meação do conjugue superstite.

Estas observações não colhem, não obstante as considerarmos como as que mais difficultam a sustentação do nosso parecer.

Dissemos que as despesas do funeral são pagas pela *herança indivisa*, e que esta expressão assumia, nas hypothese de casamento segundo o costume do reino, o sentido de *casal ainda indiviso*. Resta saber qual o alcance de tal ampliação de sentido, á face das disposições que regulam a satisfação dos encargos da herança, e os direitos successorios dos herdeiros e donatarios por morte do conjugue fallecido.

Pelo facto de se alargar a amplitude da expressão *herança indivisa*, na hypothese mencionada, por forma a comprehender a meação do conjugue superstite, nem por isso se transforma o titulo pelo qual este conjugue tem direito aos bens de meação, e se suppõe que foram deixados pelo conjugue fallecido. Como os bens por elle deixados se acham confundidos com a meação do conjugue su-

perstite, até se ultimarem as partilhas, ¹, o *Codigo* chama bens da herança ao acervo de bens, ainda indivisos, abrangendo essa meação nas obrigações a que está sujeito o cabeça de casal, e faz recahir sobre a herança indivisa, assim ampliada, certos encargos, que são os do funeral do conjugue fallecido.

Ha, portanto, uma ampliação do alcance da expressão *herança indivisa*, na hypothese de casamento segundo o costume do reino, excepto para os effeitos prohibidos pelo *Codigo Civil*. Acha-se expressamente exceptuada pela lei:

- a)—a responsabilidade pelas despesas do bem d'alma, que são pagas não pela herança indivisa, mas pela terça dos *bens deixados pelo testador*, como dispõe o art. 1775;
- b)—a responsabilidade pelas dividas proprias do conjugue fallecido, que são pagas, não pela herança indivisa, mas pelos *bens proprios d'este conjugue*, como dispõem os artt. 1110 a 1112, 1114 e § 1, 1115, 1129, n.ºs 1, 3 e 4, 1133, 1149, 1153, 1155 e 1198, esclarecendo o art. 2138 na parte respectiva;
- c)—a divisão da meação do conjugue superstite, em sua vida, entre os herdeiros e donatarios por morte do conjugue fallecido, porque, alem do disposto nos artt. 2009 e 1735, estatue a lei (artt. 2138 e seg. do *Cod. Civ.*, e art. 728 do *Cod. do Proc. Civ.*) se separe a meação do conjugue sobrevivente, antes de serem repartidos pelos herdeiros os bens do fallecido, e que a quota disponivel se deduza do valor liquido d'estes bens (art. 1790, § 1).

¹ Vejam-se e comparem-se com a consequencia deduzida no texto os artt. 1110 a 1112, 1114 e § 1, 1115, 1129, n.ºs 1, 3 e 4, 1133, 1149, 1153, 1155, 1198, 1775 e 1899, n.º 1.

² Vejam-se e comparem-se com a consequencia deduzida no texto os artt. 2009, 1789 e 1968.

¹ salvo a excepção que consta dos artt. 2078, 2082 e 1122.

Observar-se-ha talvez que evitamos as dificuldades, transformando arbitrariamente em excepções o que nos foi opposto como prova da falsidade do nosso parecer. Desde o instante em que o Código Civil, embora inconvenientemente, attribue por vezes á expressão *herança* ou *bens da herança* um sentido que propriamente lhe não pertence, é obrigação do interprete explicar e combinar as disposições legais, respeitando os principios claramente expressos, aproximando-se o mais possivel da intenção do legislador, e evitando os absurdos que derivam da interpretação litteral dos artigos onde apparece a mencionada ampliação do sentido.

3.º—A *Rev. de Leg. e Jur.*, no logar citado, ataca a opinião que perfilhamos, lembrando que a palavra *herança* é empregada no art. 2115, immediatamente anterior ao art. 2116, e que n'aquelle artigo *herança* significa evidentemente os bens do defuncto e não comprehende a meação do conjugue sobrevivivo. Recorda tambem que a palavra *herança* não pode ser tomada no mesmo art. 2116 em dois sentidos—como *casal ainda indiviso*, relativamente ás despezas do funeral, e no sentido proprio, relativamente ás despezas do bem d'alma.

A isto responderemos: o alcance da palavra *herança*, nos artt. 2115 e 2116, não pode ser determinado só pelo conteúdo d'estas disposições, porquanto ellas não elucidam sufficientemente o espirito do interprete; pelo contrario, a duvida levanta-se exactamente no entendimento da palavra *herança*, e argumentar isoladamente com disposições que nada mais conseguem senão augmentar as difficuldades da solução, é confundir os motivos de decidir com os motivos da discussão.

O alcance da palavra *herança* no art. 2115 e na segunda parte do art. 2116 conhece-se, já o dissemos, pelo disposto nos artt. 1110 a 1112, 1114 e § 1, 1115, 1129, n.ºs 1, 3 e 4, 1133, 1149, 1153, 1155, 1198 e 1775;

n'aquellas disposições, o sentido em que se acha tomada a palavra *herança* é o sentido proprio, explicado pelos artt. 1737 e 2014. Mas, relativamente ás despezas do funeral, não se encontra no Código Civil determinação semelhante, devendo, por consequente, attribuir-se á expressão *herança indivisa* da primeira parte do art. 2116, o sentido amplo que deriva dos artt. 2067, 2070, 2073, 2079, 2082 e 2138, fazendo-a abranger a meação do conjugue superstita.

4.º—A *Rev. de Leg. e Jur.* qualifica de injusta a doutrina que defendemos, como fica dito no n.º anterior. Não concordamos.

A nosso ver, á face das relações que unem mutuamente os consortes, e embora o conjugue sobrevivivo tivesse sido collocado n'um gráo affastado da successão legitima¹, representa o discutido encargo sobre a meação d'este conjugue, em ponto minimo, o movimento instinctivo de gratidão e saudade que a morte do companheiro na sociedade matrimonial accentua fortemente. Se ha casos nos quaes esse movimento não se manifesta, observe-se que o facto contrario é o facto normal, e que a lei não pode muitas vezes prevenir ou distinguir as innumeras variedades dos phenomenos sociaes.

Concluindo, diromos: a ampliação do sentido da palavra *herança*, por forma a comprehender a meação do conjugue sobrevivivo, deve ser entendida sem perturbação dos principios especiaes fixados na lei, referidos no argumento 2.º; e entendida d'esta maneira, como o exigem disposições do Código Civil, não levanta difficuldades invenciveis de applicação.

63.—Correlacionando agora a doutrina expendida com a regra geral apresentada no n.º 57, *supra*, sobre

¹ Artt. 1969 e 2003, com a excepção do art. 1995.

a deducção das despesas do funeral, cumpre-nos exceptuar d'esta regra a hypothese em que existem bens communs, dos quaes o conjuge superstite deve receber metade. N'esta hypothese, responderão os bens do testador, ou por metade das mencionadas despesas, ou por uma parte maior d'ellas, se a meação do conjuge superstite valer menos da metade do acervo do casal; e isto acontecerá, quando o conjuge fallecido, alem dos bens communs, deixar bens proprios ¹.

Assim, se a importancia dos bens communs é de 2:000\$000 réis, a dos bens proprios do conjuge fallecido de 3:000\$000 réis, e a das despesas funerarias de 100\$000 réis, a meação do conjuge superstite virá a pagar um quinto d'estas despesas, 20\$000 réis, visto que ella, junta á meação e bens proprios do conjuge fallecido, representa um quinto do acervo do casal; pagaria o conjuge superstite metade das despesas funerarias, se a acervo do casal fosse unicamente formado por bens communs ².

Como se vê, as despesas funerarias são, em qualquer dos casos, pagas pelo acervo do casal; mas estas são imputadas proporcionalmente sobre as duas porções de bens—a que constitue a meação do conjuge superstite, e a que representa a herança propriamente dita do conjuge fallecido.

Advirta-se que a doutrina exposta no n.º antecedente, e n'esto n.º, para a hypothese do casamento segundo o costume do reino, procede para as hypotheses de

casamento contrahido com simples communhão de adquiridos, ou segundo o regimen dotal, relativamente aos bens communs ou rendimentos accumulados ¹. N'estas hypotheses, existindo por morte d'um dos conjuges bens partiveis, entendemos que a meação do conjuge superstite deverá responder pela parte das despesas funerarias que a proporção entre o valor d'ella e o do acervo do casal determinar. É a consequencia a tirar da generalidade dos textos citados no primeiro argumento que apresentámos no n.º anterior.

Notemos ainda que a ampliação do sentido da palavra *herança*, relativamente ás despesas funerarias, não destroe a identidade de valor entre essa palavra e a expressão *bens do testador* ²: esta massa de bens, no sentido proprio, suppõe deduzidas as despesas do funeral, e da mesma forma que aquella ampliação de sentido da palavra *herança* produz um augmento na sua massa liquida, porque lhe diminue os encargos, tambem a massa dos bens do testador augmenta no mesmo valor—o valor da parte das despesas que está a cargo da meação do conjuge sobrevivente.

¹ Art. 1109. *Supra*, n.º 58.

² Não é, portanto, rigorosa a affirmação do sr. conselheiro Dias Ferreira (veja-se o n.º 61, *supra*), fazendo responder a meação do conjuge superstite por metade das despesas funerarias, sem restringir esta affirmação aos casos em que no acervo do casal não ha senão bens communs.

¹ Artt. 1130, 1131, 1153 e 1155.

² *Supra*, n.º 60.

CAPITULO IV

SUMMARIO

64.—4.^a regra do calculo: conferencia das doações feitas em vida pelo testador. Antigo direito portuguez. 65.—Observação do juriconsulto Paes da Silva ao art. 2276 do Proj. Prim. do Cod. Civ.—Exposição do systema adoptado no Cod. Civ., pelo sr. Visconde de Seabra. Proposições capitães que ella encerra. 66.—Pareceres emitidos sobre a referida conferencia—Qual a nossa opinião. 67.—Hypotheses typos dos casos occorrentes: em que hypothese se differenceiam as soluções obtidas sob a applicação das doutrinas não-especialisadora e especialisadora. Esta ultima é falsa e absurda. 68.—Marcha a adoptar no estudo d'este ponto, á vista da incapacidade da doutrina especialisadora—Condição inherente a todas as doações. 69.—Calculo ficticio sobre as doações em vida e sua restituição effectiva. Caso em que estas doações são inofficiosas. 70.—Expressão usual: as doações em vida não augmentam a terça. 71.—Calculo ficticio sobre as doações em vida e sua restituição effectiva. Caso em que estas doações não são inofficiosas. 72.—Correlação entre o computo da quota disponivel sobre os bens doados em vida pelo testador, e a consideração das doações em vida não inofficiosas como partes integrantes d'esta quota. 73.—Se a expressão do art. 1790 «para o effeito da redução» legitima a doutrina especialisadora. Circulo vicioso em que esta doutrina se baseia. 74.—A mencionada expressão confirma a doutrina não-especialisadora. 75.—N'uma herança ha só uma quota disponivel. 76.—A doutrina especialisadora augmenta arbitrariamente a quota indisponivel. 77.—O exame das soluções alcançadas nas tres primeiras hypotheses (n.º 67, *supra*) demonstra os vicios da doutrina especialisadora. Exame da solução alcançada na hypothese 1.^a 78.—Exame da solução alcançada na hypothese 2.^a 79.—Exame da solução alcançada na hypothese 3.^a

64.—Entramos na parte mais espinhosa da nossa tarefa—a que respeita á conferencia dos bens doados em vida pelo testador.

Havia profunda discordancia entre os antigos jurisconsultos.

Entendiam alguns que a legitima e terça deviam deduzir-se, não só dos bens existentes ao tempo do fallecimento do defuncto, mas tambem dos que o testador havia doado ou dotado e deviam vir á collação¹; no parecer d'outros, a terça da herança deduzia-se unicamente dos bens existentes ao tempo do fallecimento do defuncto, e não das collações, feitas pelos filhos e descendentes, dos bens recebidos dos paes, que todavia se contavam para o calculo da legitima². Segundo este parecer, se os bens existentes no patrimonio do fallecido fossem todos absorvidos pelas dividas, mas houvesse doações conferiveis, estas formavam a massa das legitimas, e em tal caso não havia terça³.

¹ Valasco, obra citada (cap. 19, n.º 6 a 8), Gama (*Decisão 83.*) e Almeida e Sousa (*Diss. 6.* da collecção citada, § 4), dão-nos conta d'este parecer, que não pertilham na parte relativa á terça. Correia Telles, segue-o no *Formulario de libellos e petições summarias*, § 91, não obstante a opinião contraria por elle sustentada em outras obras.

² Ord. Phil., liv. 4, tit. 65, § 1—Valasco, obra e capitulo citados, n.º 9 e seg.; cap. 23, n.º 21—Gama, obra e lugar citados—Guarêiro, *Tract. 2.*, *De divisionibus*, liv. 3, cap. 2, n.º 48; *Quest. For.* 48., n.º 5.—Pereira e Sousa, obra e lugar citados, pag. 83.—Almeida e Sousa, *Obrig. rec.*, § 403; *Diss.* citada, parte 1.ª—Correia Telles, *Dig. Port.*, tomo 3.º, art. 152, 1649 e 1676; *Dout. das Acções*, § 136, nota (2); *Theor. da interpr. das leis*, § 87—Coelho da Rocha, obra citada, §§ 350, 352 e 478—Borges Carneiro, obra citada, liv. 1, tit. 20, § 183, n.º 16.

³ Coelho da Rocha, obra citada, nota ao § 350—Sr. conselheiro Dias Ferreira, obra citada, volume 3.º, nota ao art. 1147, pag. 172—*Direito*, anno 7.º, n.º 3, pag. 33.

A ultima opinião triumphou na pratica, de modo a constituir a forma geralmente adoptada de resolver o problema¹. A acreditar-mos Gama², ella havia sido legalmente consagrada por uma Resolução Regia, cuja data Almeida e Sousa fixa em 2 de agosto de 1463³.

65.—Observara o jurisculto Paes da Silva que do art. 2276 do Proj. Prim. do Cod. Civ. (art. 2103 do Codigo) parecia deduzir-se que os dotes trazidos á collação augmentam a terça; e, tendo sido isto gravemente questionado, embora a pratica geral fosse para a opinião contraria, que entendia dever ser mais explicita a declaração, no sentido de augmentarem a terça os dotes trazidos á collação⁴.

Eis o modo como o sr. Visconde de Seabra explana e justifica o systema seguido pelo Projecto do Codigo Civil (que é o do actual Codigo), relativamente á con-

¹ Dr. Joaquim José Paes da Silva, *Observações sobre o Projecto do Codigo Civil*, ao art. 2276 (art. 2103 do Cod. Civ.), pag. 54.—Sr. conselheiro Dias Ferreira, obra e lugar citados, pag. 166—*Rev. de Leg. e Jur.*, anno 3.º, correspondencia transcripta no n.º 128, pag. 378, e o proprio semanario no mesmo anno e n.º, pag. 379; anno 5.º, correspondencia transcripta no n.º 247, pag. 613; anno 7.º, correspondencia transcripta no n.º 348, pag. 566, e o proprio semanario no mesmo anno e n.º, pag. 569; anno 10.º, contraminuta transcripta no n.º 475, pag. 106, e tenção 1.ª do accordão da Rel. do Porto de 14 de dezembro de 1875, no mesmo anno e n.º, pag. 109—*Gaz. da Ass. dos Adv.*, anno 1.º, accordão do Sup. Trib. de Just. de 19 de junho de 1874, no n.º 40, pag. 636; anno 2.º, n.º 18, pag. 274; n.º 22, pag. 337 e 338—*Direito*, anno 6.º, tenção 1.ª do accordão da Rel. do Porto de 6 de fevereiro de 1874, no n.º 11, pag. 176; anno 7.º, n.º 3, pag. 33; accordão do mesmo tribunal de 13 de julho de 1875, no n.º 27, pag. 431 e 432.

² Obra e lugar citados.

³ *Diss.* citada, § 2. Vejam-se, sobre o exposto n'este n.º, os n.ºs 80 a 86, e 104 a 108, *infra*.

⁴ *Observações* e lugar citados, pag. 54 e 55.

ferencia das doações, feitas em vida pelo testador, para o effeito do calculo da legitima e quota disponível ¹:

«É preciso não confundir o calculo, que se faz ficticiamente dos bens da herança, para achar o importe das legitimas e terça, com a restituição effectiva das doações, de forma que realmente augmentem a terça. No art. 1922.º estabelecemos o modo, por que se deve fazer o calculo para a redução, em que notamos agora alguns descuidos, que logo corrigiremos. E na secção 4.ª a que pertence o art. 2276.º, não tractamos de redução, nem do calculo das legitimas e terças; mas da conferencia ou collação effectiva para o effeito da partilha. Ahi declaramos quaes são as pessoas obrigadas á collação; que bens devem ou não ser conferidos; como deve ser feita a conferencia, como devem ser indemnizados os não conferentes, etc., etc. Assim, quando se achar que o fallecido nas suas liberalidades excedeu a quota disponível, ou, por outras palavras, quando a terça dos bens existentes não chega para suppril-as, e algum legitimario se acha desfalcado, tem logar então a redução, e 'neste caso deve fazer-se o calculo na forma do art. 1922.º

Pelo nosso systema, que é essencialmente o do Codigo Francez, art. 922.º ² e de muitos outros, este calculo faz-se do modo seguinte: somma-se o valor de todos os bens existentes na herança; deduzem-se as dividas; juncta-se ao remanescente o valor das doações, e sobre a somma total calcula-se a quota disponível ou terça.

Mas, como dissemos, aqui não ha restituição effectiva dos bens doados á massa dividenda; ha somente um calculo ficticio para achar o excesso da terça, e por consequencia a redução que as doações devem soffrer.

A prática seguida entre nós é outra. A terça calcula-se unicamente sobre os bens existentes, deduzidas as dividas; e se as doações valem mais que a terça, o beneficiado a maior

indemnisa os prejudicados na sua legitima. Este systema parece á primeira vista simples e sufficiente, e que não haveria razão para introduzir outro; mas effectivamente assim não é.

Supponhamos que não ha bens existentes, sobre que se fórme o calculo, e só ha doações. Neste caso, necessariamente se deve formar o calculo sobre o importe das doações. Mas dir-se-ha, que 'neste presuppuesto não ha precisão de formar a terça, porque basta que os legitimarios dividam com egualdade entre si o importe das doações, e restitua o que tiver de mais. Nem sempre será assim. Supponhamos, que além dos legitimarios ha estranhos beneficiados. É fóra de duvida que estas doações podem ser annulladas ou reduzidas. Mas em que proporção? Que estas doações não podem ser inteiramente annulladas é evidente, pois que a legitima só se determina por morte, e a quota disponível é uma idéa connexa com a de legitima. O mais que a Lei admite em favor dos legitimarios, é a redução, o que já não é pouco. É pois indispensavel proceder ao calculo da terça.

Este calculo faz-se, como fica dicto, sobre a massa das doações.

Exemplo:

Massa da herança	9:000 cruzados
Dividas	84:000 »

Os bens da herança tornam-se em zero, porque são absorvidos pelas dividas. É forçoso portanto recorrer ás doações.

1.º Legitimario	14:000 cruzados
2.º Legitimario	00:000 »
3.º Um estranho.	10:000 »
Total	24:000 »

Vem á legitima dos dois 16:000 cruzados, e será o terço 8:000 cruzados.

Haverá pois logar á redução para inteirar o segundo legitimario, que nada recebeu dos seus 8:000 cruzados.

Resta saber como devem contribuir os donatarios. É o que

¹ Resposta e logar citados, pag. 104 a 107.

² Veja-se a nota 1 da pag. 156.

se achse regulado no art. 1557.^o Recorrer-se-ha ás doações em quanto fôr preciso, segundo a sua data, começando pela ultima.

Assim no exemplo dado;—suppondo que a doação mais recente é a do estranho, ficará sómente com 2:000 cruzados. Se fôr a doação do legitímario, deduzir-se-ha do excesso de sua legitima, que são 8:000 cruzados, e como ainda ha falta, será supprida pelo estranho, que ficará com 8:000 cruzados. De fôrma que os beneficiados nunca podem lucrar mais que a terça.»

Do exposto pelo sr. Visconde de Seabra apura-se ser opinião de s. ex.^a:

- a)—que a legitima se calcula ficticiamente sobre o valor das doações feitas em vida pelo testador, e que a quota disponível se calcula também ficticiamente sobre este valor, quando as referidas doações forem inofficiosas¹;
- b)—que é preciso distinguir o calculo ficticio, realizado sobre as doações feitas em vida pelo testador, da restituição effectiva d'estas á massa dividenda, a qual só tem logar na proporção necessaria para o preenchimento da legitima;
- c)—que é preciso distinguir o calculo da legitima e quota disponível, o a redução, da conferencia ou collação effectiva para o effecto da partilha;
- d)—que o systema do nosso Codigo Civil, na essencia o do Codigo Civil Francez e de muitos outros, se afasta da pratica seguida entre nós anteriormente;
- e)—que a necessidade de abandonar a antiga pratica e de adoptar o systema indicado se mostra

na hypothese de não existirem bens na successão, mas só doações feitas em vida pelo testador, e em que, alem dos herdeiros legitímarios, ha extranhos beneficiados.

Vamos proceder ao estudo das proposições enunciadas pelo sr. Visconde de Seabra.

66.—Poucas questões tem a nossa jurisprudencia discutido com tanta frequencia como a da conferencia das doações feitas em vida pelo testador, para o effecto do calculo da legitima e quota disponível.

O art. 1790 do Codigo Civil dispõe: «O calculo da terça¹, para o effecto da redução, será feito da maneira seguinte: § 1.^o Sommar-se-ha o valor de todos os bens, que o auctor da herança houver deixado, feita a deducção das dividas da herança; *ajuntar-se-ha á somma restante o valor dos bens, que o fallecido houver doado, e a quota disponível será calculada com relação a esta somma total*». O art. 2098 define collação—«a restituição, que os herdeiros legitímarios, que pretendem entrar na successão, devem fazer á massa da herança, dos valores que lhes houverem sido doados pelo auctor d'ella, para o calculo da terça e egualação da partilha.» O art. 2111 acrescenta: «Quando o valor dos bens doados exceder a porção legitímaria do donatario, será o excesso computado na terça dos doadores, e, se, ainda assim, houver excesso da legitima e terça, será o donatario obrigado a repor esse excesso». N'este caso, ficará sem effecto a disposição da terça, que o auctor da herança tiver feito em proveito de outrem (§ 2 d'este artigo).

Nada mais foi preciso para promover o celebre debate.

¹ Veja-se a nota da pag. 201.

¹ *Supra*, n.^{os} 32 e 33.

O calculo da quota disponivel, indicado pelo art. 1790, verificar-se-ha unicamente *para o effeito da redução*, isto é, quando a doação em vida for inofficiosa e houver por isso de proceder-se á sua redução, ou terá applicação a todos os casos em que a quota disponivel necessita de ser calculada, ainda quando a doação não for inofficiosa? Assim, regulará o art. 1790 o calculo da quota disponivel, se as doações em vida cabem dentro d'esta quota, e se trata apenas da repartição dos bens liquidos existentes na successão entre os herdeiros legitimarios, e os donatarios a titulo de herança ou de legado?

Os pareceres emitidos podem reduzir-se a dois ¹:

1.º—parecer que restringe a conferencia das doações feitas em vida pelo testador ao caso de existir doação

¹ O sr. conselheiro Dias Ferreira, obra e logar citados, pag. 166, e as correspondencias transcriptas na *Rev. de Leg. e Jur.*, anno 3.º, n.º 128, pag. 378 e 379, e anno 7.º, n.º 348, pag. 566, informam-nos da existencia d'uma terceira opinião, depois de publicado o Codigo Civil, a qual nada mais é do que a repetição da doutrina geralmente seguida na jurisprudencia antiga: as collações não fazem cumulo para a terça; esta computa-se unicamente, em todos os casos, sobre os bens existentes na successão.

Nota o sr. conselheiro Dias Ferreira, no logar citado, que o Codigo Civil alterou positiva e claramente aquella jurisprudencia, como se conclue das disposições dos artt. 2098, 2111 e 1790, § 1. No n.º 108, *infra*, apuraremos se essa jurisprudencia se distingue realmente, em resultados praticos, da doutrina que no texto denominamos *especialisadora*.

Devemos todavia advertir que o sr. conselheiro Dias Ferreira, não obstante reconhecer, na obra e logar citados, que o Codigo Civil alterou positiva e claramente a jurisprudencia anterior e predominante, sustenta a opinião contraria a pag. 172 do mesmo volume e nota. Em ordem a saber se para o effeito da terça se deve contar o valor da coisa perdida, diz-nos: «Seria o completo transtorno do direito ensinado pelos nossos velhos praxistas, e seguido ainda pela *codigo*, em virtude do qual os bens conferidos se contam para o compulo da legitima, e não para augmento da terça».....

ou doações inofficiosas, relativamente ao calculo da quota disponivel, mas que a admite sempre para o calculo da legitima ¹; denominaremos este parecer, para brevidade da exposição, *parecer especialisador*;

¹ Citaremos, em primeiro logar, o proprio auctor do Projecto de Codigo Civil, na *Resposta* e logar citados. E' exacto que s. ex.ª, no trecho transcripto no n.º anterior, começa por dizer que «é preciso não confundir o calculo, que se faz ficticiamente dos bens da herança, para achar o inporte das legitimas e terça, com a restituição effectiva das doações, de fórma que realmente augmentem a terça.» D'estas palavras parece concluir-se que o illustre juriconsulto professa a opinião opposta á que lhe attribuímos, pela generalidade dos termos empregados, e tal é a opinião do sr. conselheiro Dias Ferreira (obra e logar citados, pag. 166 a 168), da *Rev. de Leg. e Jur.* (anno 3.º, n.º 128, pag. 379 e 380), d'uma correspondencia transcripta n'este semanario (anno 7.º, n.º 348, pag. 567) e do *Direito* (anno 7.º, n.º 3, pag. 33, 34 e 38); mas o pensamento de s. ex.ª é logo esclarecido por outras proposições, que sublinhámos na transcrição.

Quanto ao facto de s. ex.ª advertir que o systema por elle adoptado é essencialmente o do Codigo Civil Francez, nada prova isso, pois, como veremos, o artigo d'este Codigo, correspondente ao art. 1790 do Codigo Civil Portuguez, levantou, na jurisprudencia franceza, dissidencia de opiniões analoga á da jurisprudencia portugueza. Não é, portanto, sem motivo que a contraminuta transcripta na *Rev. de Leg. e Jur.*, anno 10.º n.º 475, pag. 107, invocou, em auxilio da doutrina especialisadora, o voto auctorizado do sr. Visconde de Seabra, expresso na *Resposta* e logar citados.

Seguem tambem a opinião especialisadora—o sr. conselheiro Dias Ferreira, obra citada, volume 4.º, nota ao art. 1790, pag. 210— a *Rev. de Leg. e Jur.*, anno 5.º n.º 247, pag. 614—o despacho do Juiz de Direito da Feira de 7 de janeiro de 1875 e a contraminuta na appellação interposta d'este despacho, transcriptos no anno 10.º do mesmo semanario, n.º 475, pag. 101 a 108; accordão da Rel. do Porto de 22 de janeiro de 1875 com as respectivas tenções, no mesmo semanario e anno, n.º 477, pag. 135 a 138.

Este ultimo documento é um dos mais extraordinarios productos dos nossos tribunacs. Haviam estabelecido as duas primeiras tenções que a terça só se deduzia effectivamente dos bens existentes na successão, ao tempo do fallecimento da inventariada; a terceira

2.º—parecer que sustenta a conferencia das mencionadas doações, sempre que se torne necessario o calculo da quota disponivel e legitima, quer se trate da redução d'essas doações, quer aponas da liquidação da legitima e doações por morte ¹: denominall-o-hemos *parecer não-especialisador*.

tenção manda extrahir a terça dos bens da herança (bens existentes na herança, como se deprehe de da tenção) e, não obstante, julga tal parecer discordante do exposto nas duas primeiras tenções, e os autos passam aos tencionantes seguintes, por não ter havido vencimento sobre este ponto. A quarta tenção, assignada por um dos nomes mais respeitaveis do nosso fóro, considera não vencido o ponto de saber-se como devia ser extrahido o terço da inventariada, e vota uniformemente com as tres tenções anteriores, pois manda extrahir a dos bens da herança (bens existentes na herança, como se deprehe de da tenção). Vem por ultimo a quinta tenção, onde se expõe parecer identico e se diz que «os bens doados, quando a doação não é inofficiosa, não influem na terça deixada pelo testador.» Esta tenção faz vencimento com a terceira e quarta, nas quaes se professa doutrina igual á expendida nas duas primeiras!

Eis o estado de confusão a que chegou a nossa jurisprudencia sobre a materia da conferencia dos bens doados em vida pelo testador, para o effeito do calculo da quota disponivel. O resultado do accordão, sob o ponto de vista do processo, foi a infracção flagrante da disposição do art. 1063 do Código do Processo Civil, o qual, regulando o julgamento por tenções perante as Relações e Supremo Tribunal de Justiça (artt. 1058 e seg., e 1172 do mesmo Código), manda que, havendo tres votos conformes na confirmação ou revogação da sentença, lavre o accordão o juiz que fizer vencimento, e o leve á conferencia para ser assignado pelos juizes que fizeram vencimento.

¹ Sr. Cons. Dias Ferreira, obra citada, volume 3.º, nota ao art. 1147, pag. 164, 166 e 167; volume 4.º, nota aos artt. 2098 e 2099, pag. 440 e 442; volume 5.º, nota ao art. 1147, pag. 392 a 394—*Rev. de Leg. e Jur.*, anno 3.º, correspondencia transcripta no n.º 128, pag. 378 e 379, e o proprio semanario no mesmo anno e numero, pag. 379 a 381; anno 5.º, correspondencia transcripta no n.º 247, pag. 613 e 614; anno 7.º, correspondencia transcripta no n.º 348,

Não é só na nossa jurisprudencia que se levanta esta questão: a jurisprudencia franceza discute o mesmo problema á face, principalmente, dos artt. 857 e 922 do Código Civil Francez, e já nos trabalhos preparatorios d'este Código se encontra alguma coisa que lhe respeita.

Diz Bigot-Préameneu ¹ que a faculdade de dispor não se calcula unicamente sobre os bens existentes na successão, depois de pagas as dividas, e que é necessario juntar a estes bens os doados em vida pelo fallecido, pois não teriam limites fixos as doações em vida ou por morte, caso não se comprehendessem todas as especies de disposição de bens. Da generalidade d'estes principios, e da forma porque Bigot-Préameneu continúa a exprimir-se, estabelecendo a comparação entre os direitos do donatario em vida e do herdeiro legitimario, conclue-se que as observações referidas respeitam a todos os casos de calculo da quota disponivel—tanto áquelle em que as doações em vida são inofficiosas, como áquelle em que o não são e se trata apenas da satisfação de doações por morte.

A França apresenta-nos uma jurisprudencia variavel e a discussão ampla d'este ponto de calculo da quota

pag. 566 a 568, e o proprio semanario no mesmo anno e numero, pag. 568 e 569; anno 9.º, n.º 424, pag. 116—*Direito*, anno 2.º, n.º 33, pag. 518; anno 5.º, accordão da Rel. do Porto de 11 de março de 1873, no n.º 33, pag. 527; anno 6.º, accordão do mesmo tribunal de 6 de fevereiro de 1874, no n.º 41, pag. 173 e 176; anno 7.º, n.º 3, pag. 33 e seg.; mesmo anno, tenções do accordão da Rel. de Lisboa de 7 de outubro de 1874, no n.º 9, pag. 141; anno 9.º, 2.º, 3.º e 4.º tenções do accordão do mesmo tribunal de 12 de junho de 1877, no n.º 26, pag. 413 a 415—*Gaz. da Ass. dos Adv.*, anno 2.º, n.º 18, pag. 274; n.º 22, pag. 337 e 338—*Revista dos Tribunaes*, anno 1.º, n.º 1, pag. 2 e 3.

¹ *Exposé des motifs* citado, na collecção e tomo citados, pag. 383.

disponível por juriconsultos de primeira plana ¹; em Hespanha, occupa-se d'elle a penna inimitável de Goyena ².

Por nossa parte, á face do Código Civil Portuguez, affirmamos que a conferencia dos bens doados em vida pelo testador deve e tem de realizar-se, sempre que seja necessario executar o calculo da quota disponível e legitima. Esta doutrina, consequencia necessaria do systema da nossa lei civil sobre a disposição de bens por titulo gratuito em vida, e sobre direito successorio, quer legitimario, quer legitimo, quer testamentario, tem sido inexactamente defendida, porque é considerada como doutrina que a lei civil podia ter adoptado ou deixado de adoptar.

Para melhor explanação do nosso pensamento, começaremos por formular os typos das multiplices hypotheses, em que a dissidencia entre os dois pareceres mais se deve accentuar, analysando os resultados da applicação dos dois systemas. Para maior simplicidade da demonstração, supponhamos que a medida da quota disponível é de um terço. É evidente que a variação da medida d'esta quota nenhuma alteração produzirá nas nossas considerações.

67.—Na hypothese de existirem herdeiros legitimarios, de ter feito o testador doações por morte, mas não doações em vida, os dois systemas confundem-se, porque desaparece o elemento da discordia. Como os bens

¹ Mareadé, obra e tomo citados, nota ao art. 837 do Cod. Civ. Fr., n.º 347; nota ao art. 922 do mesmo Código, n.º 598 — Rogron, obra e lugar citados, pag. 928 a 930 — Demolombe, *Traité des Successions*, tomo 4.º, n.º 289 e seg. — Delsol, obra e tomo citados, pag. 233 e 234 — Accolas, obra e tomo citados, nota ao citado art. 837, pag. 285 e 289 — Laurent, obra e tomo citados, n.º 76 e seg.

² Obra e tomo citados, pag. 344 a 344. Veja-se tambem Gu-tierrez y Fernandez, obra citada, tomo 3.º, pag. 579 a 581.

doados por morte estão comprehendidos entre os bens deixados pelo testador ¹, o problema do calculo da legitima e quota disponível resume-se, na somma do valor d'estes bens, deducção dos encargos que pesam sobre a herança, e applicação das medidas respectivas d'essas quotas. As deixas serão satisfeitas, segundo a forma estabelecida na lei ², pela terça dos bens liquidos do testador existentes na successão.

Figuremos agora varias hypotheses de successão legitimaria, suppondo a existencia simultanea de doações em vida e por morte ³:

HYPOTHESE 1.ª — Existem herdeiros legitimarios, doações em vida, de valor igual ao da terça calculada sobre o valor dos bens liquidos deixados pelo testador e o d'estas doações, e uma ou varias deixas de qualquer especie e valor.

Supponhamos que os bens liquidos deixados pelo testador valem 2.400\$000 réis, e os bens doados em vida 1.200\$000 réis.

¹ *Infra*, n.º 100.

² Art. 1789 e 1494.

³ Na exposição das hypotheses, não faremos differença entre o herdeiro que acceita a herança pura e simplesmente, e o que a acceita a beneficio de inventario: das disposições contradictorias dos artt. 1792 e 2019, parece-nos dever vigorar e applicar-se a d'este ultimo artigo, segundo a qual o herdeiro, em caso nenhum, é obrigado a encargos alem das forças da herança (veja-se sobre este ponto—a obra citada do sr. conselheiro Dias Ferreira, volume 4.º, nota ao art. 1792, pag. 212 e 213; volume 5.º, nota ao mesmo artigo, pag. 434—e o accordão da Rel. do Porto de 24 de julho de 1868, na *Rev. de Leg. e Jur.*, anno 1.º, n.º 19, pag. 301 e 302). De resto, a adopção da doutrina contraria não faria variar as conclusões da nossa demonstração, que respeitam á imputação das doações em vida ou por morte na quota disponível d'uma determinada successão, e não á satisfação das doações por morte á custa dos bens proprios do herdeiro.

Aplicação da doutrina não-especialisadora — Os bens doados em vida veem ao cumulo para o computo da legitima e terça. Separam-se 2.400\$000 réis, importancia da legitima, e, como o valor dos bens doados em vida não excede o valor da terça, calculada cumulativamente sobre elles e sobre os bens liquidos existentes na successão, respeita-se o direito de propriedade d'estes donatarios. As deixas não se executam, porque a verba de 1.200\$000 réis, importancia da quota disponivel, foi completamente absorvida pelas doações em vida, e não ha bens disponiveis por onde as referidas deixas se possam satisfazer ¹.

<i>Resultado</i> —Herdeiros legitimarios..	2.400\$000 rs.
—Donatarios em vida...	1.200\$000 »
—Donatarios por morte..	§
Total da massa sobre a qual se operou o calculo.....	3.600\$000 »

Aplicação da doutrina especialisadora — Os bens doados em vida veem ao cumulo para o calculo da legitima, e separam-se 2.400\$000, importancia d'esta. Resta saber se serão respeitadas as doações em vida, e se os donatarios por morte alcançarão o pagamento, pelo menos parcial, das suas deixas.

O direito dos donatarios em vida, á face da nossa lei civil, só cede ao direito legitimario com que ella beneficia certos herdeiros: as doações feitas em vida pelo testador podem ser reduzidas ou revogadas por inofficiosas, quando offenderem a legitima dos herdeiros legitimarios do doador ². Ora, na presente hypothese, a legitima

acha-se preenchida, porque o testador deixou por sua morte uma quantidade de bens; com valor egual ao de dois terços da massa formada pelos bens liquidos existentes na successão e pelos bens doados em vida; nada teem, portanto, os donatarios em vida a restituir, pois o seu direito de propriedade prefere ao dos herdeiros legitimarios e instituidos, e ao dos legatarios ¹.

Os donatarios por morte, como não lhes concede a lei que façam reduzir ou revogar em proveito proprio as doações entre vivos ², e nada ficou no espolio do testador, depois de satisfeita a legitima, nada receberão ³.

<i>Resultado</i> —Herdeiros legitimarios..	2.400\$000 rs.
—Donatarios em vida...	1.200\$000 »
—Donatarios por morte..	§
Total da massa sobre a qual se operou o calculo da legitima	3.600\$000 »

O mesmo concluimos da applicação da doutrina não-especialisadora: a massa sobre a qual se operou o calculo da legitima é identica, e a situação dos donatarios em vida e por morte não soffreu alteração alguma.

HYPOTHESE 2.^a — Existem herdeiros legitimarios, doações em vida, de valor egual ao da terça calculada só sobre o valor dos bens liquidos deixados pelo testador, e uma ou varias deixas a titulo de legado, isto é, deixas de valor, ou objectos determinados, ou de certa

¹ Artt. 1492, 1493 e 1789.

² A lei fixa, em termos expressos, a regra contraria de preferencia entre as doações (artt. 1789 e 1493).

³ Veja-se a nota 3 da pag. 205.

¹ Artt. 1789 e 1493.

² Art. 1492.

parte d'ellas, cuja importancia não excede a d'estes bens, depois de deduzida a legitima ¹.

Supponhamos que os bens liquidos deixados pelo testador valem 2.700\$000 réis, os bens doados em vida 900\$000 réis, e que elle fez legados no valor de 300\$000 réis.

Aplicação da doutrina não-especialisadora — Os bens doados em vida veem ao cumulo para o calculo da legitima e terça, e separam-se 2.400\$000 réis, importancia d'aquella. Resta 1.200\$000 réis, importancia da quota disponivel, calculada cumulativamente sobre o valor dos bens liquidos deixados pelo testador e dos bens doados por elle em vida.

O valor d'estes bens é inferior ao da quota disponivel assim calculada; respeita-se, portanto, o direito de propriedade dos donatarios em vida. Pelo remanescente da quota disponivel, 300\$000 réis, existentes na successão, satisfazem-se integralmente os legados.

<i>Resultado</i> —Herdeiros legitimarios..	2.400\$000 rs.
—Donatarios em vida...	900\$000 »
—Legatarios.....	300\$000 »
Total da massa sobre a qual se operou o calculo.....	3.600\$000 »

Aplicação da doutrina especialisadora — Os bens doados em vida veem ao cumulo para o calculo da legitima, e separam-se 2.400\$000 réis, importancia d'esta. Resta saber se serão respeitadas as doações em vida, e se os legatarios alcançarão o pagamento das deixas.

Os donatarios em vida, como o valor das suas doações não é superior ao da terça, calculada unicamente

sobre o valor dos bens liquidos deixados pelo testador, não serão atacados pela acção de redução. Os legatarios, como os legados não teem valor superior ao remanescente d'estes bens, depois de satisfeita a legitima, serão pagos integralmente, pois os herdeiros legitimarios respondem por todos os legados do auctor da herança, até onde chegarem, em tal hypothese, as forças d'esse remanescente: o direito dos legatarios cede ao dos herdeiros legitimarios e donatarios em vida, mas prefere ao dos herdeiros legitimarios e instituidos ¹.

<i>Resultado</i> —Herdeiros legitimarios..	2.400\$000 rs.
—Donatarios em vida....	900\$000 »
—Legatarios.....	300\$000 »
Total da massa sobre a qual se operou o calculo da legitima.....	3.600\$000 »

O mesmo concluímos da applicação da doutrina não-especialisadora: a massa sobre a qual se operou o calculo da legitima é identica, e a situação dos donatarios em vida e por morte não soffreu alteração alguma.

HYPOTHESE 3.^a—Existem herdeiros legitimarios, doações em vida de valor inferior ao da terça, calculada unicamente sobre o valor dos bens liquidos deixados pelo testador, e uma ou varias deixas a titulo de herança que, calculadas da mesma forma, não cabem no remanescente d'estes bens, depois de deduzida a legitima.

Supponhamos que os bens liquidos deixados pelo testador valem 3.300\$000 réis, os bens doados em vida 300\$000 réis, e que existem tres deixas, uma de metade, outra de quatro decimos, e outra do decimo da terça.

¹ Art. 1736. Veja-se a nota 1 da pag. 210.

¹ Art. 1784, 1493, 1789, 1968, 1792 e 2019. Veja-se a nota 3 da pag. 205.

Aplicação da doutrina não-especialisadora — Os bens doados em vida veem ao cumulo para calculo da legitima e terça, e separam-se 2.400\$000 réis, importancia d'aquella. Resta 1.200\$000 réis, importancia da quota disponivel, calculada cumulativamente sobre o valor dos bens liquidos deixados pelo testador e dos bens doados por elle em vida.

O valor d'estes bens é inferior ao da quota disponivel assim calculada; respeita-se, portanto, o direito de propriedade dos donatarios em vida.

Deduzido o valor das doações em vida, fica o valor da terça reduzido a 900\$000 réis; e, como os donatarios por morte da terça, ou d'uma qualquer quota parte da terça, se devem considerar herdeiros ¹, terá essa quantia, existente na successão, de ser dividida proporcionalmente entre os tres donatarios por morte ². Assim,

¹ A doutrina adoptada no texto, que se resume em não considerar o art. 1796 como excepção á regra do art. 1736 (com a qual concorda o art. 1791), é comprovada pelo que o sr. Visconde de Seabra escreveu em defeza do art. 1868 do Proj. Prim. (art. 1736 do Codigo). Observa este escriptor (veja-se a *Resposta* citada, ao artigo citado do Proj. Prim., pag. 91 e 92) que não offerecerá difficuldade a separação entre o titulo de herdeiro e o de legatario, não se perdendo de vista que uma coisa é uma certa universalidade de objectos, e outra coisa uma certa porção d'uma generalidade de bens: no primeiro caso, o objecto é certo e determinado; no segundo caso, proporcional e incerto.

Explicado o preceito do art. 1796 pelo do art. 1736, conclue-se que as disposições de quantia certa ou objecto determinado, no todo ou em parte, constituem legado; e que as disposições, nas quaes depende da divisão dos bens do fallecido conhecer-se a quantia ou a porção de bens que corresponde á parte deixada em testamento, constituem herança (veja-se—Sr. conselheiro Dias Ferreira, obra citada, volume 4.º, nota ao art. 1736, pag. 148 a 152; volume 5.º, nota ao mesmo artigo, pag. 431—*Gazeta dos Tribunaes*, anno 28.º, n.º 4464, pag. 293 e 296).

² Art. 1789, 1493 e 1494.

o primeiro donatario por morte receberá metade do remanescente da quota disponivel, o segundo quatro decimos e o terceiro um decimo d'esse remanescente.

<i>Resultado</i> —Herdeiros legitimarios..	2.400\$000 rs.
—Donatarios em vida...	300\$000 »
—1.º donatario por morte.	450\$000 »
—2.º »	90\$000 »
—3.º »	360\$000 »

Total da massa sobre a qual se operou
o calculo..... 3.600\$000 rs.

Aplicação da doutrina especialisadora — Os bens doados em vida veem ao cumulo para calculo da legitima, e separam-se 2.400\$000 réis, importancia d'esta. Resta saber se serão respeitadas as doações em vida, e como serão pagos os donatarios por morte.

Como o valor das doações em vida é inferior ao da terça, calculada unicamente sobre o valor dos bens liquidos deixados pelo testador, conservam estes donatarios os 300\$000 réis que lhes haviam sido doados.

Os donatarios por morte poderão receber respectivamente a metade, quatro decimos e o decimo de 1.100\$000 réis, importancia total da terça, calculada só sobre o valor dos bens liquidos deixados pelo auctor da herança? Evidentemente não. Depois de deduzida a legitima, não existem na successão senão 900\$000 réis, a differença entre 3.300\$000 réis (valor dos bens liquidos deixados pelo testador) e 2.400\$000 réis (valor da legitima, calculada segundo a propria doutrina especialisadora). É, portanto, pelos 900\$000 réis remanescentes na successão, e proporcionalmente ás suas quotas de herança ¹ que hão de ser satisfeitas as doações por

¹ Art. 1789 e 1494.

morte, visto que a lei não estabeleceu em favor dos herdeiros e legatarios a redução das doações feitas em vida pelo testador ¹.

<i>Resultado</i> —Herdeiros legitimarios..	2.400\$000 rs.
—Donatarios em vida...	300\$000 »
—1.º donatario por morte.	450\$000 »
—2.º " »	90\$000 »
—3.º " »	360\$000 »
Total da massa sobre a qual se operou o calculo da legitima.....	3.600\$000 »

O mesmo concluímos da applicação da doutrina não-especialisadora: a massa sobre a qual se operou o calculo da legitima é identica, e a situação dos donatarios em vida e por morte não soffreu alteração alguma.

HYPOTHESE 4.ª—Existem herdeiros legitimarios, doações em vida nas condições da hypothese antecedente, doações por morte que, calculadas cumulativamente sobre o valor dos bens liquidos deixados pelo testador e dos doados por este em vida, não excedem o remanescente da primeira classe de bens, depois de deduzida a legitima.

Supponhamos que os bens liquidos deixados pelo testador e os doados em vida tem o valor que lhes attribuímos na hypothese antecedente, e que, havendo elle feito duas deixas, uma de metade e outra d'um decimo da terça, se fizeram os donatarios por morte declarar legatarios em acção competente, instaurada contra os herdeiros legitimarios, os quaes, relativamente á quota disponivel, são herdeiros legitimos.

Applicação da doutrina não-especialisadora—Os

¹ Veja-se nota 2 da pag. 207.

bens doados em vida veem ao cumulo para calculo da legitima e terça; separam-se 2.400\$000 réis, importancia d'aquella, e respeita-se o direito de propriedade dos donatarios em vida, exactamente como nas hypotheses antecedentes.

O donatario por morte da metade da terça receberá 600\$000 réis—metade da quota disponivel, calculada segundo a doutrina não-especialisadora; o donatario por morte do decimo da terça receberá 120\$000 réis—o decimo da mesma quota disponivel. O remanescente d'osta pertencerá aos herdeiros legitimarios, a titulo de herdeiros legitimos, á falta de herdeiro instituido pelo testador.

<i>Resultado</i> —Herdeiros legitimarios..	2.400\$000 rs.
—Donatarios em vida...	300\$000 »
—1.º donatario por morte.	600\$000 »
—2.º " »	120\$000 »
—Herdeiros legitimarios, a titulo de herdeiros le- gitimos	180\$000 »
Total da massa sobre a qual se operou o calculo.....	3.600\$000 »

Applicação da doutrina especialisadora—Os bens doados em vida veem ao cumulo para calculo da legitima; separam-se 2.400\$000 réis, importancia d'esta, e respeita-se o direito de propriedade dos donatarios em vida, exactamente como na hypothese antecedente. Resta saber como serão pagos os donatarios por morte, considerados legatarios.

Dirão os herdeiros legitimarios: A terça, segundo a doutrina especialisadora, calcula-se unicamente sobre o valor liquido dos bens existentes na successão, antes de satisfeita a legitima: é essa a epocha a que se

refere a lei, usando no § 1 do art. 1790 da expressão «valor de todos os bens, que o auctor da herança houver deixado». A terça valerá 1.100\$000 réis, assim calculada, do que vós, legatarios, recebereis 550\$000 réis e 110\$000 réis, metade e um quinto d'aquella importancia total; os 240\$000 réis, remanescente dos bens existentes na successão, pertencer-nos-hão de direito, não a titulo de herdeiros legitimarios, mas a titulo de herdeiros legitimis, relativamente aos bens disponiveis da successão. A herança ficará dividida pela forma seguinte:

—Herdeiros legitimarios..	2.400\$000 rs.
—Donatarios em vida...	300\$000 »
—1.º donatario por morto.	550\$000 »
—2.º » »	110\$000 »
—Herdeiros legitimarios, a titulo de herdeiros le- gitimos	240\$000 »
Total da massa sobre a qual se operou o calculo.....	3.600\$000 »

Responderão os legatarios: Sommae o valor das quotas que nos destinaes com o do remanescente da herança, tal qual, em vossa opinião, vos pertence a titulo de herdeiros legitimis; o valor da somma será de 900\$000 réis. Esse valor não é o da terça, calculada sobre o dos bens liquidos deixados pelo testador; o valor da terça, calculada por esta forma—segundo a doutrina especialisadora, é de 1.100\$000 réis. Onde estão os 200\$000 réis de differença entre os 900\$000 réis, divididos por nós legatarios e por vós como herdeiros legitimis, e a mencionada somma de 1.100\$000 réis, que representa a importancia da terça, calculada segundo a doutrina especialisadora, a qual só deve ser deduzida dos bens

liquidos existentes na successão, dos bens liquidos deixados pelo testador? Correspondem á importancia das doações feitas em vida? Não: os bens doados em vida valem, n'esta hypothese, 300\$000 réis.

De resto, se vós sommaes á parte da herança que ha de ser dividida por nós legatarios, e por vós, como herdeiros legitimis, a quantia de 200\$000 réis, como explicar essa operação, d'onde vieram esses bens, e sobretudo a que parte dos bens do testador ficam pertencendo os bens doados por elle em vida, sob o ponto de vista da disponibilidade ou da indisponibilidade? Á indisponivel, á legitima? Não, que essa já foi completamente satisfeita pelos dois terços da massa, formada pelos bens liquidos existentes na successão e pelos bens doados em vida pelo testador. E, se não pertence á parte disponivel, como consideral-as, sob o ponto de vista referido, o qual não admite senão uma das duas naturas—disponivel ou indisponivel? Descobrir uma parte da herança á qual se refira esse remanescente, implica uma impossibilidade, como a de dividir um todo em tres metades.

Pois não vêdes que todos os bens doados em vida pelo testador, não atacados pela redução por inofficiosidade, os quaes n'esta hypothese valem, não 200\$000 réis, mas sim 300\$000 réis, são partes integrantes da sua quota disponivel? Não observaes que o absurdo da doutrina especialisadora provem de ella esquecer que a ideia de quota disponivel é connexa com a de legitima ¹, e que tudo

¹ Veja-se o excerpto transcripto no n.º 65, *supra*, da Resposta citada do sr. Visconde de Seabra. Isto não quer dizer que as duas quotas indisponivel e disponivel hão de apparecer em todos os casos de successão legitima, porquanto a primeira pode existir, á face da nossa legislação civil, sem que appareça quota disponivel, como, por exemplo, em certos casos de concorrência de filhos perfilhados, pos-

quanto compozer a massa sobre a qual se calcula a legitima, e que não fizer parte d'esta, é porção constitutiva da quota disponível? Os bens doados em vida, longe de serem deduzidos, quer do total dos bens liquidos existentes na successão, quer da sua terça, são-n'o da terça da massa formada por estes bens e pelos proprios bens doados em vida.

Este é o principio que a doutrina especialisadora sustenta, no caso de as doações em vida serem inofficiosas; e, se assim é, porque chamar disponível ao remanescente da successão, depois de deduzida a legitima, e negar esse nome as doações em vida, no caso de não serem inofficiosas, doações que só deixarão de o ser, quando respeitarem a inviolabilidade da quota indisponível? Averiguado que os bens doados em vida são parte integrante da quota disponível do testador, a importancia d'esta, sommado o valor d'esses bens ao remanescente dos existentes na successão, depois de deduzida a legitima, será de 1:200\$000 réis. Á face da quota disponível, assim completada, é que as deixas por morte devem ser satisfeitas. A divisão da herança deve, portanto, ser feita pela forma seguinte:

—Herdeiros legitimarios .	2.400\$000 rs.
—Donatarios em vida . . .	300\$000 »
—1.º donatario por morte	600\$000 »
—2.º » » »	120\$000 »
—Herdeiros legitimarios, a titulo de herdeiros legi- timos	180\$000 »
Total da massa sobre a qual se operou o calculo da legitima e quota dispo- nível.	3:600\$000 »

teriormente ao matrimonio, com filhos legitimos ou legitimados (artl. 1784 e § un., e 1785, n.º 2); dizer que a ideia de quota disponível

Esta é a solução que deriva naturalmente, para a presente hypothese, da applicação da doutrina não-especialisadora, e que, mesmo sob o dominio da doutrina especialisadora, deriva, apesar de tudo, das disposições legais que fixam o limite da inofficiosidade das doações, e da intima connexão entre as ideias de legitima e quota disponível. Tanto n'esta solução, como na antecedente, que representa a applicação litteral da doutrina especialisadora, a massa sobre a qual se operou o calculo da legitima é identica; mas as duas soluções variam quanto ao modo como são regulados os direitos dos donatarios por morte e dos herdeiros legitimarios, a titulo de herdeiros legitimarios.

Antes de passarmos a apreciar os resultados alcançados nas tres primeiras hypotheses, procederemos ao estudo das noções fundamentaes para a resolução do presente problema. Estas noções, que servirão de commentario ao exposto na hypothese 4.ª sobre a applicação da doutrina especialisadora, habilitar-nos-hão a interpretar capazmente os resultados obtidos nas tres primeiras ¹.

38.—A doutrina especialisadora succumbe ao peso da sua incapacidade. Sustentada sem a analyse reflectida das relações jurídicas que é chamada a regular,

é connexa com a de legitima, equivale a asseverar que, nos casos de existencia simultanea das duas quotas, ellas se determinam e completam uma pela outra, excluindo-se mutuamente, por forma a não poder deixar de ser incluido em qualquer d'ellas o que não pertencer á outra.

¹ Como se vê, o methodo seguido na exposição das hypotheses typos das multiplices variedades dos casos occorrentes teve por fim a descoberta d'aquella em que a differença entre as soluções se manifesta. O desenvolvimento das noções expostas a proposito d'ella facilitar-nos-ha o exame dos resultados alcançados pela applicação d'essas doutrinas ás outras hypotheses. Assim fica justificado o methodo que seguimos na sua apresentação e exame.

manifesta a sua impotencia e illegitimidade scientifica perante as difficuldades insuperaveis da sua applicação.

Convem observar que os defensores da doutrina não-especialisadora, em vez de demonstrar directa e principalmente a impossibilidade de applicar a direito a doutrina especialisadora, tem-se limitado, quasi exclusivamente, á analyse das disposições legaes que parecem determinar a vinda ao cumulo dos bens doados em vida pelo testador, em todos os casos de calculo da quota disponível. N'um ponto tão delicado como este de que nos estamos occupando, torna-se indispensavel apurar cuidadosamente as noções fundamentais da materia, para não se adulterar o sentido e alcance dos textos da lei, applicaveis e referentes á operação mencionada.

A doutrina especialisadora é incompativel com o axioma acima indicado: tudo quanto fôr incluído na massa sobre a qual se calcula a legitima, e que não fizer parte d'ella, faz parte da quota disponível.

Objectar-se-ha que os bens doados em vida não existem na herança, porquanto deixaram de pertencer ao testador desde que os doou ¹, não devendo, por esta causa, ser considerados como parte da quota disponível, a qual é uma quota da herança ².

A lei supõe que toda a doação é feita sob a condição tacita de caber na quota disponível do doador, quer a doação seja feita em vida, quer por morte. A redução ou revogação por inofficiosidade deriva d'essa condição tacita, a qual, relativamente ás doações feitas

¹ Art. 1452 e 1456.

² *Rev. de Leg. e Jur.*, anno 10.º, contraminuta transcripta no n.º 475, pag. 107; tenções 1.ª e 5.ª do accordão da Rel. do Porto de 22 de janeiro de 1875, no n.º 477, pag. 138—*Direito*, anno 9.º, tenções e accordão do mesmo tribunal de 12 de junho de 1877, no n.º 26, pag. 413 e 414.

em vida, assume o caracter de condição resolutiva que veio a realizar-se pela verificação da inofficiosidade, e que desfaz, total ou parcialmente, o contracto verificado entre o doador e o donatario ¹. Supõe-se, por um momento, que os bens doados em vida não sahiram da fortuna do testador, considerando-se como existindo ainda n'ella por occasião do seu fallecimento ². Quanto aos bens doados por morte, como se encontram entre os bens deixados pelo testador, não ha necessidade nem possibilidade de os juntar a esta massa, como valores separados e distinctos; todavia a sua execução depende do facto de o seu valor caber na quota disponível do doador, com a differença de que esta condição, em vez de ser resolutiva, como quando se trata de doações feitas em vida, é suspensiva, visto que as disposições testamentarias só começarão a ter effeito depois de fallecido o doador e de operado o calculo da quota disponível ³.

O direito de propriedade perfeita que o donatario em

¹ Art. 1456, 1482, n.º 3 e 1492—Correia Telles, *Doutr. das Acções*, § 144, nota (3)—Sr. conselheiro Dias Ferreira, obra citada, volume 3.º, nota ao art. 1147, pag. 164—Cambacérès, na sessão do Conselho d'Estado Francez de 5 ventôse, anno xi (na collecção e tomo citados, pag. 404)—Levasseur, obra citada, n.ºs 29 e 30—Goyena, obra e tomo citados, nota ao art. 648, pag. 97 e 98, e o mesmo tomo a pag. 342—Demolombe, *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, tomo citado, n.º 191.

Os tres primeiros auctores citados, attribuem a esta condição caracter suspensivo, o que não nos parece exacto (veja-se—Correia Telles, *Dig. Port.*, tomo 1.º, art. 63 e 64—Goyena, obra citada, tomo 3.º, ao art. 1031—e os art. 678 e 680 doCodigo Civil Portuguez.

² Ord. Phil., liv. 4, tit. 63, § 1—Correia Telles, *Doutr. das Acções*, logar citado; *Dig. Port.*, tomo citado, art. 132 e 1663—Demolombe, obra e tomo citados, n.º 300.

³ *Supra*, n.º 37.

vida tem sobre os bens doados ¹ precisa de ser entendido á face da referida condição resolutiva e tacita.

O donatario em vida gosa de todos os direitos contidos no direito de propriedade, podendo inclusivamente alienar os bens doados ²; mas, ao passo que a lei civil o reconhece como verdadeiro senhor d'esses bens, obriga-o a garantir a inviolabilidade da legitima, não pela conservação dos bens doados, mas pelo valor d'elles, calculado relativamente á epocha em que a doação produzir os seus effeitos ³. Assim, pode dizer-se que o donatario em vida é verdadeiro proprietario de certos e determinados bens que lhe foram doados, mas que o seu direito sobre o valor de taes só se julga perfeito, na hypothese de este valor caber na quota disponível do doador, em conformidade com a ordem de redução fixada pela lei ⁴.

A volta ficticia dos bens doados em vida ao espolio do doador, por occasião do seu fallecimento, resulta tão immediatamente das disposições do Código Civil que, sem ella, seriam inexplicaveis ou incompletos os artt. 1784 a 1787 na fixação da quota legitimaria.

O § un. do art. 1784 refere-se aos «bens do testador»; o n.º 2 do art. 1785 á «terça disponível da herança»; o art. 1786 á «herança» e o art. 1787 aos «bens da herança». Como se poderia computar a legitima sobre o valor dos bens doados em vida pelo testador, se não suppozéssemos que elles se encontram ficticiamente no seu espolio por occasião da morte, que as expressões *bens do testador*, *herança* o *bens da herança* comprehen-

dam ficticiamente os bens doados em vida, embora não os abranjam, tomadas no sentido proprio ¹?

Os bens doados em vida não pertencem ao testador, desde que a doação foi aceita pelo donatario ²; mas a existencia ficticia d'elles no espolio do testador, que determina a vinda ficticia do seu valor ao cumulo para o calculo das quotas indisponivel e disponivel, é garantia da inviolabilidade da legitima e condição indispensavel para que o remanescente da successão, depois de deduzida a quota legitimaria, alcance a amplitude de quota disponivel, a qual comprehende tudo o que existir na massa sobre a qual se computa a legitima e não fizer parte d'esta.

69.—Objectar-se-ha, por parte dos defensores da doutrina especialisadora: calcule-se muito embora a quota disponivel sobre os bens doados em vida, sujeitos á redução, quando esta haja de realizar-se, mas não se calcule sobre esses bens, nos casos em que as doações em vida não envolvem prejuizo da legitima.

Vejamos se procede tal observação.

Notou o sr. Visconde de Seabra que a legitima se

¹ Veja-se o sentido proprio das expressões *herança* e *bens do testador* nos n.ºs 59 e 60, *supra*. Da sujeição á letra stricta do § un. do art. 1784 nasceu a singular contradicção em que incorreu a contraminuta transcripta na *Rev. de Leg. e Jur.* (anno 10.º, n.º 475, pag. 106), já citada, affirmando que os citados artigo e §, definem a terça do auctor da herança—«a terça dos bens deixados pelo mesmo auctor, sem offensa de legitima.» Não nota o auctor da contraminuta que, servindo-se d'esses textos de lei, em ordem a combater a vinda dos bens doados em vida ao cumulo para calculo da quota disponivel, quando estas doações não forem inofficiosas, lhe era impossivel sustentar a relativamente ao calculo da legitima (é á legitima que o art. 1784 e § un. se referem directamente), como faz no logar citado.

² Artt. 1452 e 1456.

¹ Artt. 649, 1452, 1456, 1458, 1459, 2169 e 2187.

² Art. 2169, n.º 5. *Supra*, n.º 47.

³ Art. 1790, § 2.

⁴ Artt. 1495 e 1496.

calcula ficticiamente sobre o valor das doações feitas em vida pelo testador; que a quota disponível se calcula também ficticiamente sobre este valor, quando as referidas doações forem inofficiosas; e que é preciso distinguir o cálculo fictício realizado sobre essas doações da sua restituição effectiva á massa dividenda, a qual só tem lugar na proporção necessaria para o preenchimento da legitima ¹.

A distincção entre a restituição effectiva dos bens doados em vida, para o effeito de ser preenchida a legitima, e o calculo ficticio sobre esses bens, lançou mais trevas do que luz no estudo d'esta operação do calculo da legitima e quota disponível, pela forma como foi annunciada.

Supponhamos que existem doações em vida inofficiosas: o calculo ficticio mencionado consistirá em juntar ao valor total dos bens deixados pelo testador, depois de deduzidos os encargos da herança, o valor dos bens doados em vida; a restituição effectiva para o referido effeito resultará da redução ou revogação d'essas doações, de forma a completar-se a quota legitimaria de certos herdeiros do testador. Nem para o effeito do calculo da legitima, nem para o effeito do calculo da quota disponível, veem os bens doados *materialmente* á successão. A conferencia é tão ficticia, tratando-se da legitima, como o é relativamente á quota disponível: o calculo faz-se sobre o papel, quer se tenha de determinar o *quantum* da redução, quer o *quantum* da parte

disponível ¹; os donatarios em vida não são perturbados no gozo dos bens que lhes foram doados pelo testador, para se realizar o calculo das quotas legitimaria e disponível, e a volta d'estes bens ao espolio do testador é imaginaria, quer se trate do calculo da primeira, quer do da segunda quota.

Assim como o calculo ficticio sobre os bens doados em vida apparece em condições identicas, quer se trate do calculo da quota indisponível, quer do da quota disponível da herança, também a restituição effectiva d'elles tem lugar, tanto no primeiro como no segundo caso: no primeiro caso, a beneficio dos herdeiros legitimarios, em cujo favor a lei sujeitou as doações em vida á condição resolutiva e tacita da redução, na parte necessaria ao preenchimento da legitima d'estes herdeiros; no segundo caso, a restituição effectiva tem lugar a favor dos proprios donatarios em vida, cujo direito de propriedade, satisfeita a legitima, deixa de estar affectado por condição de qualquer especie. A massa da successão, que comprehende ficticiamente o valor dos bens doados em vida pelo testador, divide-se pelas duas formas mencionadas, garantindo d'esta maneira os direitos dos herdeiros legitimarios e dos donatarios em vida. No segundo caso, a restituição effectiva não se distingue claramente, porque se acham accumuladas na mesma pessoa as duas entidades juridicas—de restituidor e de restituido; mas nem por isso deixa ella de ser exacta, e necessaria a sua nitida comprehensão, para que a egualdade do mechanismo do calculo das quotas indisponível e disponível, em todas as hypotheses onde apparecer, se perceba nitidamente.

70.—É facil de ver agora como a differença entre o

¹ Proposições a e b, no n.º 65, *supra*. Veja-se também—Sr. conselheiro Dias Ferreira, obra e lugar citados, pag. 166—Demolombe, obra e tomo citados, n.ºs 300 e 301—Vincenzo Cattaneo e Carlo Borda, *Il Codice Civile Italiano annotato*, ao art. 822, nota (3)—Laurent, obra e tomo citados, n.º 62.

¹ *Infra*, n.º 403.

calculo ficticio sobre os bens doados em vida, e a restituição effectiva d'esses bens para o effeito de ser preenchida a legitima, feita por uma forma incompleta, deu lugar a dizer-se que as doações em vida *não augmentam a quota disponível*, pois só entram no seu calculo ficticiamente. Á confusão d'estas ideias fundamentaes se devem singulares proposições aventadas por jurisconsultos illustres.

Diz o sr. conselheiro Dias Ferreira ¹, repetindo uma observação do sr. Visconde de Seabra ²: «é preciso não confundir o calculo, que se faz ficticiamente dos bens da herança, para achar o importe das legitimas e da terça, com a restituição effectiva das doações, *que venham augmentar a terça*, e portanto o direito de dispor de que o auctor da herança tenha usado em testamento ³».

O que entendem os citados jurisconsultos por *augmentar a terça*? Quererão dizer que as doações em vida não augmentam a deixa da terça ou de parte d'ella, quer a titulo de herança, quer de legado? Parece-nos que não, em vista das outras phrases do periodo transcripto, dos periodos subsequentes á observação analogo do sr. Visconde de Seabra, e dos antecedentes e subsequentes á citada observação do sr. conselheiro Dias Ferreira. De resto, se tal fôra o sentido da phrase, importaria ella unicamente, pela generalidade dos seus termos, a con-

fusão entre o estudo do calculo da legitima e quota disponível, e o da ordem de imputação das doações, em vida e por morte, n'esta ultima quota ¹. A phrase *augmentar a terça* quer dizer n'estes logares—*augmentar a quota disponível* ².

Ora as doações em vida não augmentam a quota disponível, pela simples razão de serem partes integrantes d'essa quota, *da unica quota disponível que existe em qualquer successão* ³, e que comprehende, alem das doações em vida não inofficiosas, o remanescente dos bens liquidados da successão, depois de deduzida a legitima; este remanescente é que representa a verdadeira amplitude do direito de dispor por testamento, existindo herdeiros legitimarios e doações em vida. O sr. conselheiro Dias Ferreira reconhece que «não ha duas quotas disponíveis ⁴», e isto equivale a afirmar que, seja essa quota esgotada em doações por morte ou em vida, ou d'ambas as especies conjunctamente, a quota disponível d'uma determinada successão é sempre uma e a mesma.

E, se isto é exacto, como julgamos, qual o motivo para afirmar que as doações em vida não augmentam a quota disponível, admittindo que taes doações possam ser outra coisa do que partes constitutivas d'esta quota, pois uma porção de valores não pode ser augmentada pelos proprios valores que a constituem? As doações em

¹ Obra e logar citados.

² Veja-se o primeiro periodo do excerpto transcripto da *Resposta* citada, no n.º 63, *supra*.

³ Rejeitam o *augmento da terça* por bens doados que vieram á collação—o mesmo escriptor, na obra e logar citados, pag. 172—Guerreiro, *Quest. For.* 48.ª, n.º 5—Almeida e Sousa, *Diss.* citada, § 4, nota—Correia Telles, *Dig. Port.*, tomo 3.º, art. 1649 e 1676—*Dout. das Acções*, § 136, nota (2); *Theoria da interpr. das leis*, § 87—Dr. Paes da Silva, *Observações* e logar citados—Contraminuta transcripta na *Rev. de Leg. e de Jur.*, anno 10.º, n.º 475, pag. 106.

¹ Art. 1493 a 1496, e 1789. *Infra*, n.º 86.

² *Supra*, n.ºs 32 e 33; *infra*, n.º 93. Os logares citados na nota 3 da pagina anterior mostram antes ligar-lhe o primeiro sentido indicado no texto. Adeante veremos se esta phrase, assim interpretada, tem alguma razão de ser na hypothese especial que os logares citados regulam. (*Infra*, n.ºs 86, 97, 107 e 108).

³ Art. 1492, 1774 e 1789.

⁴ Obra citada, volume 5.º, nota ao art. 1147, pag. 393. Veja-se o § 2 do art. 2111.

vida não augmentam a quota disponível do testador; o que ellas augmentam é a massa de bens sobre os quaes se ha de computar esta quota, assim como a quota indisponível.

Na mesma nota ¹, observa o sr. conselheiro Dias Ferreira: «Desde que os bens doados são chamados ao computo da terça, não em beneficio dos credores, *nem das liberalidades feitas pelo testador em testamento*».....; mas d'esta vez, pela generalidade dos termos empregados, parece bem claro o proposito do misturar indevidamente o estudo da ordem de imputação das doações na quota disponível, com o da conferencia d'aquellas para o effeito do calculo d'esta quota e da legitima ².

71.—Comparemos agora a separação das duas quotas, indisponível e disponível, em duas heranças, suppondo que o valor da primeira é constante e egual a dois terços dos bens do testador, e que n'um dos casos existem doações inofficiosas e no outro não.

Caso 1.º—Bens liquidos deixados pelo
testador..... 2.000\$000 réis
Doações em vida..... 1.600\$000 »

A quota indisponível compor-se-ha de duas parcellas:

1.ª—os bens deixados pelo testador.. 2.000\$000 réis
2.ª—a quarta parte do valor dos bens
doados em vida, que, junta ao
dos bens deixados pelo testador,
prefaz os dois terços da massa
formada pela somma de todos os
bens mencionados..... 400\$000 réis
Valerá esta quota 2.400\$000 »

¹ pag. 168.

² nota 2 da pagina anterior.

Tudo o que existir n'essa massa, quer real, quer ficticiamente, e que não pertencer á quota indisponível, faz parte da quota disponível; isto é, a quota disponível valerá 1.200\$000 réis, verba que representa o terço (medida da quota disponível, n'esta hypothese) da massa sobre a qual se computou a quota indisponível, e se deve computar a disponível, segundo a doutrina especialisadora, pois suppozemos que as doações em vida eram inofficiosas.

Caso 2.º—Bens liquidos deixados
pelo testador..... 3.000\$000 réis
Doações em vida..... 600\$000 »

A quota indisponível sahirá dos bens liquidos deixados pelo testador, pois 3.000\$000 réis é uma quantia superior aos dois terços de 3.600\$000 réis. Satisfeita a legitima, existirão ainda na massa sobre a qual se calculou esta quota:

1.º—o remanescente dos bens liquidos
deixados pelo testador..... 600\$000 réis
2.º—o valor das doações em vida.... 600\$000 »

Total das parcellas..... 1.200\$000 »

Ora esta quota parte da herança, que não pode deixar de ser disponível na totalidade, porque a quota indisponível já foi separada dos bens liquidos existentes na successão, é o terço da massa sobre a qual se computou a quota indisponível, em harmonia com a doutrina especialisadora; isto é, essa quota parte, que representa a amplitude da quota disponível, determina-se pela applicação da sua medida á massa formada pelo valor dos bens liquidos deixados pelo testador e dos bens doados por elle em vida.

À face do exposto affirmaremos:

1.º—as doações feitas em vida pelo testador, ou a parte d'ellas que escapar á redução por inofficiosidade, são partes integrantes da sua quota disponível ¹, assim como o remanescente dos bens liquidados por elle deixados, depois de satisfeita a legitima;

2.º—as doações feitas em vida pelo testador veem ao cumulo da herança ficticiamente, em todos os casos de calculo de legitima e quota disponível, sejam ou não essas doações inofficiosas;

3.º—no caso de as doações em vida não serem inofficiosas, o donatario em vida não restitue aos herdeiros legitimarios parcella alguma dos bens que lhe foram doados; mas, operada a vinda ficticia d'estes bens ao

¹ Não obstante a nossa antiga jurisprudencia pender geralmente para a opinião que não contava o valor das collações no computo da terça (veja-se o n.º 64, *supra*) e distinguir esta da doação feita em vida (Ord. Phil., liv. 4, tit. 65, §§ 1 a 3), reconhecia que as doações feitas em vida eram partes integrantes da quota disponível do testador, porquanto obrigava a terça a perfazer os dotes ou outras doações feitas aos filhos (Ord. Phil., liv. 4, tit. 97, § 3 —Valasco, obra citada, cap. 14, n.º 24; cap. 19, n.º 60—Guerreiro, *Tractado* citado, liv. 2, cap. 12, n.ºs 208, 214 e 215—Mello Freire, obra citada, liv. 3, tit. 12, § 13—Almeida e Sousa, *Obrig. rec.*, § 404—Correia Telles, *Dig. Port.*, tomo 2.º, art. 1081; tomo 3.º, art. 1664, 1677 e 1678—Borges Carneiro, obra e logar citados, n.º 9); e Liz Teixeira, seguindo o logar citado das Ord. Phil., acrescenta que isto aconteceria, embora o doador não sujeitasse expressamente a terça á obrigação de se perfazer por ella a doação feita aos filhos, ou dispozesse da terça para outro fim (obra citada, parte 2.ª, div. 2.ª, tit. 12, § 13 [pag. 238]). Leia-se tambem Borges Carneiro, obra e logar citados, n.º 14).

No n.º 72, *infra*, veremos como estas affirmações são incompatíveis com a jurisprudencia seguida acerca do computo da quota disponível sobre a importancia das collações, facto este que demonstra a tendencia irresistivel para a doutrina não-especialisadora, apesar da opinião dominante (veja-se tambem o n.º 86, *infra*).

cumulo, para o effeito do calculo da legitima e da quota disponível, o donatario é restituído no valor total dos bens assim conferidos, sem que sobre tal valor continue a pesar condição de qualquer especie ¹. Por outras palavras, o donatario em vida confere ficticiamente á massa da herança os bens da sua doação, sempre que haja de realizar-se o calculo da legitima e quota disponível, e espera lhe indiquem a entidade juridica a quem deve entregar ou restituir os ditos bens: se a doação é inofficiosa, entrega ou restitue aos herdeiros legitimarios o necessario para o preenchimento da legitima; se a doação não é inofficiosa ou se escapou parte d'ella á redução, entrega ou restitue ao proprietario, que é o proprio donatario, os bens imputados na quota disponível do testador. Já notámos que o facto de, n'esta segunda hypothese, se acharem confundidas na mesma pessoa as duas entidades juridicas—de restituidor e restituído, impede se distinga nitidamente o modo como se realiza a restituição effectiva; todavia, bom é distinguil-a, como dissemos, para que a existencia evidente d'essa operação, nos casos de haver uma ou mais doações inofficiosas, não perturbe o espirito do interprete, por forma a separar o calculo da quota disponível, n'este caso, do mesmo calculo, quando as doações não envolverem prejuizo da legitima.

72.—Na realidade, a doutrina especialisadora é incompativel com o principio geral indicado no n.º antecedente: as doações feitas em vida, ou a parte d'ellas que escapar á redução por inofficiosidade, são partes integrantes da quota disponível do testador.

Como seria possivel calcular a quota disponível, em certos casos, unicamente sobre o valor liquido dos

¹ *Supra*, n.º 68.

bens por elle deixados, e comprehender n'esta quota, assim calculada, os bens ou parte dos bens que elle doara em vida? Como pode uma parte d'um todo comprehender uma porção estranha a esse todo? O terço de 12, por exemplo, pode por ventura abranger uma quantidade qualquer, embora infinitesima, alem do numero 4? Se os bens doados em vida não veem ao cumulo para o effeito do calculo da quota disponivel, esta só poderá abranger bens liquidos deixados pelo testador.

A doutrina especialisadora considera as doações em vida como partes integrantes da quota disponivel, no caso de ellas serem inefficacias parcialmente; que nos conste, ainda os defensores d'essa doutrina não chegaram ao extremo de computar a quota disponivel unicamente sobre as doações em vida que devam ser revogadas, e não reduzidas, por inefficacia.

Note-se que esta doutrina considera, n'essas hypotheses, como parte integrante da quota disponivel do testador, exactamente a porção das doações em vida que escapou á redução, a porção não inefficacia. Qual o motivo porque, nas hypotheses em que o auctor da herança deixou bens sufficientes para ser preenchida a legitima, não deverão considerar-se fracções integrantes da quota disponivel as doações feitas em vida pelo testador, *por isso mesmo que não são inefficacias*? Ora a acceitação d'este principio importa, como vimos, o compute da quota disponivel sobre taes doações, ou, o que é o mesmo, a rejeição immediata da doutrina especialisadora.

73.—A lei civil portugueza oppõe-se á doutrina não-especialisadora, dizem os nossos adversarios: o art. 1790 manda calcular a quota disponivel sobre o valor dos bens que o fallecido houver doado em vida, *para o effeito da redução*, só *para o effeito da redução*. Ora, se o art. 1790 só manda calcular a quota disponivel

sobre o valor d'esses bens para o effeito da redução, isto é, quando as doações em vida forem inefficacias (e por isso se acha o artigo collocado na secção que trata da legitima e das *disposições inefficacias* ¹), d'elle devemos concluir que, para outros effeitos, a quota disponivel não se calcula sobre os referidos bens. Este argumento é fundamental para os sectarios da doutrina especialisadora ².

Tambem sectarios da doutrina não-especialisadora se tem empenhado em interpretar, com grossas combinações dos preceitos legais contidos nos artt. 1790, 2098 e 2111, aquellas palavras do art. 1790, vendo n'ellas um argumento de verdadeiro peso, embora não decisivo, a favor da doutrina especialisadora ³.

A nosso ver, nenhuma disposição contem oCodigo Civil que melhor demonstre a necessidade de cumular os bens doados em vida aos bens liquidos deixados pelo

¹ Sr. conselheiro Dias Ferreira, obra citada, volume 5.º, nota ao art. 1147, pag. 393—*Rev. de Leg. e Jur.*, anno 10.º, contraminuta citada, no n.º 475, pag. 106.

² Sr. conselheiro Dias Ferreira, obra citada, volume 4.º, nota ao art. 1790, pag. 210; volume 5.º, lugar citado—*Rev. de Leg. e Jur.*, anno 5.º, n.º 247, pag. 614; anno 7.º, correspondencia citada, no n.º 348, pag. 566 e 567; anno 10.º, contraminuta citada, no n.º 475, pag. 106 e 107.

³ Sr. conselheiro Dias Ferreira, segundo lugar citado—*Rev. de Leg. e Jur.*, anno 7.º, correspondencia e lugar citados—*Direito*, anno 7.º, n.º 3, pag. 38 e 39—*Rev. dos Trib.*, anno e lugar citados, pag. 2.

O mesmo se dá na jurisprudencia franceza, a qual discente se o art. 922 do Cod. Civ. Fr. (veja-se este artigo transcripto na nota 1 da pag. 156) suppõe ou não um pedido de redução das doações em vida, feito pelos herdeiros legitimarios (veja-se—Rogron, obra e lugar citados—Demolombe, *Traité des successions*, tomo 4.º, n.º 290—Laurent, obra e tomo citados, n.º 77). A discussão é causada, principalmente, pelas primeiras palavras do citado art. 922.

auctor da herança, em todos os casos de calculo da quota disponível, do que a expressão do art. 1790 *«para o effeito da redução.»* Só lhe notamos um defeito—o da superfluidade.

Quem lêr desapassionadamente a exposição da doutrina especialisadora, verá que ella admitte que o calculo da quota disponível recahia sobre os bens doados em vida pelo testador, *para o effeito da redução*, isto é, quando estas doações forem inofficiosas, e concluirá que a inofficiosidade d'ellas é conhecida antes de se proceder ao calculo da quota disponível, por quanto, só no caso de as doações em vida serem inofficiosas, é que o seu valor virá ao cumulo para o calculo da dita quota. O sr. Visconde de Seabra diz expressamente¹: «quando se achar que o fallecido nas suas liberalidades excedeu a quota disponível, ou, por outras palavras, quando a terça dos bens existentes não chega para suppril as, e algum legitimario se acha desfalcado, tem logar então a redução, e *neste caso* deve fazer-se o cálculo na fórma do art. 1922.^o» (art. 1790 do Cod. Civ.).

Tal conclusão é manifestamente absurda. Se não existisse a doutrina especialisadora, todos julgariam que o calculo da quota disponível era a operação que antecedia necessariamente o conhecimento da inofficiosidade das doações em vida ou por morte, e a sua redução, na hypothese de serem inofficiosas; e este é um principio legalmente reconhecido pelo § 2 do art. 1492, para as doações em vida: «O calculo da terça², *para se conhecer se ha ou não inofficiosidade*, será feito pelo modo estabelecido no titulo das successões.» Mas a doutrina especialisadora inverte as operações e só admite

que o calculo, indispensavel para se alcançar um determinado conhecimento, abraja certos valores, depois de alcançado este conhecimento, isto é, depois de verificada a existencia de uma circumstancia que só esse calculo pode determinar.

Eis o circulo vicioso de que a doutrina especialisadora fez o seu mais importante argumento. Aos sectarios d'ella pertence descobrir o calculo que ha de decidir da inofficiosidade ou não inofficiosidade das doações em vida.

Observar-nos-hão talvez haver casos em que a inofficiosidade d'estas doações se reconhece, antes de executado o calculo da quota disponível, como quando não existem bens na successão, liquidos ou illiquidos, ou se o valor d'estes bens é infimo, comparado com o valor dos bens doados em vida. Alem de que estes casos são extraordinarios, e nada provariam contra a exactidão do principio geral mencionado—o calculo da quota disponível é o antecedente necessario do conhecimento da inofficiosidade das doações—se a observação n'elles fundamentada fosse verdadeira, cumpre notar que, em taes circumstancias, não é o facto da inofficiosidade que determina a vinda das doações em vida ao cumulo, mas antes a comparação entre estas doações e a falta de bens deixados pelo testador ou o seu infimo valor que determina o conhecimento immediato da inofficiosidade d'ellas. Por outras palavras, as doações em vida não veem ao cumulo por serem inofficiosas; são inofficiosas, porque sobre ellas se computa a quota indisponível.

É pois exacto que, ainda nos casos apontados, o conhecimento da inofficiosidade das doações não precede a realização do calculo da quota disponível, connexo com o da indisponível³; mas a extrema simplicidade

¹ Passagem já transcripta no n.º 65, *supra*.

² *Supra*, n.º 32 e 33.

³ *Infra*, n.º 103.

das hypothèses não exige que as operações do calculo se completem, antes de se alcançar tal conhecimento: a indicação da operação ou operações indispensaveis á computação de qualquer das quotas indicadas, é sufficiente para que a inofficiosidade das doações em vida se manifeste ao espirito do jurista. Com ser immediato e inconsciente o processo para alcançar esse conhecimento, nem por isso deixa elle de existir, confirmando e avigorando o principio acima exposto.

74. -- O calculo da quota disponível, *para o effeito da reducção*, verifica-se sobre o valor dos bens doados em vida, qualquer que elle seja: só depois de cumulado este valor com o dos bens liquidos da successão, é que se determina a amplitude da quota disponível, e se reconhece a necessidade de reduzir as doações em vida, caso excedem o valor da dita quota.

Na hypothese de não existirem doações em vida, embora pareça que o fim do calculo da quota disponível é simplesmente, em muitos casos, o da determinação da amplitude da mencionada quota, cumpre observar o seguinte: n'estes casos, embora o conhecimento da não existencia de doações em vida, para conhecer se as deixas são ou não inofficiosas, pareça alheio ao do calculo d'esta quota, é, na ordem logica, um resultado da effectuação do proprio calculo (sommados os bens que o testador deixou, e deduzida a importancia dos encargos que pesam sobre a herança indivisa, procedeu-se á operação de comprehender ficticiamente na massa o valor dos bens doados em vida, e então se averiguou que taes bens não existiam), e, na ordem chronologica, embora preceda os outros conhecimentos referidos, representa contudo a realização de uma das operações do calculo, isto é, suppõe-n'o iniciado.

Assim, o calculo da quota disponível realiza-se sempre *para o effeito da reducção*, pois a affirmação de

que não existem doações em vida é um producto, e não um antecedente do calculo.

Ora, como o effeito da reducção é consequencia da inofficiosidade das doações ¹, e d'esta só se julga, depois de determinada a amplitude da quota disponível ², claro está que as palavras do art. 1790 «*para o effeito da reducção*» nada mais podem significar realmente do que est'outras—para a determinação da amplitude da quota disponível.

Quanto ao facto de se achar collocado o art. 1790 na secção que trata da legitima e das disposições inofficiosas, diremos: o calculo das quotas indisponivel e disponível é que fornece o conhecimento da inofficiosidade das doações, em vida ou por morte; devia, portanto, a secção que tratasse das disposições inofficiosas conter os principios necessarios á determinação da sua amplitude. Assim, o art. 1790 abrange, pela secção em em que está collocado, todas as hypothèses do mencionado calculo: a secção trata da legitima, e elle determina a amplitude d'esta quota e da disponível; a secção trata das disposições inofficiosas, e por elle se obtem o conhecimento da inofficiosidade ou não inofficiosidade das doações. É impossivel imaginar uma hypothese em que o fim immediato do calculo da legitima e quota disponível não seja a determinação da amplitude d'estas quotas.

O art. 1790, entendida em termos habeis a expressão—calculo da terça ³, e feita a substituição indicada, significará: O calculo da quota disponível, para a determinação da amplitude d'esta quota..... A citada expressão do artigo 1790—para o effeito da reducção—é,

¹ Art. 1492 e 1789.

² Art. 1492, § 2.

³ *Supra*, n.º 32 e 33.

no fundo, redundancia completamente excusada, pois não esclarece o pensamento do artigo: o fim immediato do calculo da quota disponivel, já o dissemos, não podia ser outro senão o da determinação da sua amplitude. Como essa phrase se encontra n'um texto legal, torna-se necessario penetrar bem o sentido e alcance d'ella; e feito isto, conclue-se que a doutrina não-especialisadora, longe de ser incompativel com a disposição do art. 1790, acha n'ella um argumento que a confirma e lhe garante o apoio da lei, porquanto podemos concluir dos seus termos geraes, reforçados pelo exposto n'este n.º e no antecedente, que a expressão—o calculo da quota disponivel, para o effeito da reducção—equivale a est'outra,—o calculo da quota disponivel, sempre que haja de executar-se. Os termos geraes do § 2 do art. 1492 fortalecem esta conclusão ¹.

75.—Se a interpretação erronea da citada expressão do art. 1790 nos levasse a admittir a doutrina especialisadora, tropeçaríamos com uma difficuldade invencivel e inexplicavel: a existencia na mesma successão de duas quotas disponiveis differentes, uma para o caso de o auctor da herança ter doado em vida mais do que a sua

¹ Causará talvez estranheza a maneira como interpretamos a citada expressão do art. 1790, depois de havermos incluído o auctor do Proj. do Cod. Civ., que não foi modificado n'este ponto (veja-se o art. 1922 do Proj. Prim., no n.º 53, *supra*, e as *Actas* citadas, pag. 273), no numero dos sectarios da doutrina especialisadora (veja-se a nota 1 da pag. 201). Respondemos que tomámos a opinião d'este eminente juriconsulto, tal qual deriva da sua exposição, e procuramos a significação mais sensata e logica, a nosso ver, das palayras da lei. Embora haja discordancia entre o parecer do sr. Visconde Seabra e a interpretação apresentada da citada expressão do art. 1790, não nos parece ser isso razão sufficiente para adulterar o pensamento que parece ter presidido ás considerações de s. ex.ª, e o que deriva da propria lettra do art. 1790.

quota disponivel—caso em que esta quota se calcularia sobre o valor dos bens liquidos da successão e dos bens doados em vida conjunctamente, e outra para os casos contrarios, nos quaes a quota disponivel se calcularia unicamente sobre o valor dos bens liquidos da successão ¹. Contra este absurdo pugnam as disposições dos artt. 1774 e 1492, dos quaes se conclue, sem sombra alguma de duvida, que a quota disponivel d'uma herança é sempre uma e a mesma, cuja medida se acha fixada pelos artt. 1784 a 1787 ², e cujo calculo é regulado pelo art. 1790, a que se refere o § 2 do art. 1492.

Diremos tambem que da existencia de duas quotas disponiveis na mesma herança, segundo a maneira como o testador tivesse usado do direito de dispor dos bens proprios, em vida ou por morte, resultaria a existencia de duas quotas indisponiveis ³, conclusão tão abstrusa e indefensavel que até a doutrina especialisadora a regeita, ensinando que a legitima se computa sempre da mesma forma, sejam ou não inofficiosas as doações em vida ⁴.

76.—Mas ha mais. D'esta doutrina que faz preceder a vinda dos bens doados em vida ao cumulo, para o calculo da quota disponivel, do conhecimento da inofficiosidade de taes doações, conclue-se que, em muitas hypotheses, seria declarada inofficiosa uma doação, pela comparação do seu valor com o dos bens liquidos dei-

¹ Sr. conselheiro Dias Ferreira, obra e logar citados—*Rev. de Leg. e Jur.*, anno 7.º, correspondencia citada, no n.º 348, pag. 567—*Direito*, anno 7.º, n.º 3, pag. 34, 38 e 39—Demolombe e Laurent, obras e logares citados.

² Como dissemos, o art. 1237 fornece uma medida extraordinaria e variavel de legitima e quota disponivel. Veja-se o n.º 51, *supra*.

³ Deriva immediatamente do exposto no n.º 103, *infra*.

⁴ *Supra*, n.º 66.

xados pelo testador—única maneira possível de conhecer da inofficiosidade ou não-inofficiosidade das doações em vida, segundo tal doutrina—doação que, depois de conferida á massa d'estes bens, se verificaria não o ser ¹.

Que fazer em taes casos? Tornar a separar a doação conferida, porquanto, não sendo ella inofficiosa, seria injuridico conferi-la, á face da doutrina especialisadora? E, uma vez separada, como impedir a sua redução, pois que, não podendo tal doação ser conferida, forçoso seria comparar o seu valor com o dos bens liquidos deixados pelo testador, em ordem a conhecer da sua inofficiosidade ou não-inofficiosidade, e da comparação se conclua que era inofficiosa?

Sustentarão talvez os sectarios da doutrina especialisadora que a doação não era inofficiosa, porque não estava sujeita á redução, visto que os herdeiros legitimarios encontraram no espolio do fallecido bens suficientes para a satisfação da legitima. Uma de duas: ou se produz este argumento, e elle importa o reconhecimento implicito da falsidade d'essa doutrina, visto que equivale a affirmar que o conhecimento da inofficiosidade das doações em vida é consequencia do calculo da legitima e quota disponivel, e que tudo quanto não pertence á quota indisponivel, é parte integrante da disponivel ²; ou não se produz este argumento, e da applicação da doutrina especialisadora resultará o augmento arbitrario da quota indisponivel á custa da quota disponivel, e, em muitas hypotheses, a inversão da ordem de redução por inofficiosidade das doações em vida e por morte ³.

¹ Veja-se a hypothese figurada na nota 1 da pag. 44.

² *Supra*, n.º 71 a 73.

³ como aconteceria se, em vez da hypothese figurada na nota 1 da pag. 44, os bens liquidos deixados pelo testador valessem 9 e elle houvesse feito, alem de doações em vida valendo 4, deixas valendo 1.

77.—Vejamos agora como as soluções, alcançadas nas tres primeiras hypotheses expostas no n.º 67, *supra*, confirmam a falsidade da doutrina especialisadora, embora ella tenha de as admittir, sem julgar que na acceptação vae o reconhecimento tacito da sua incompetencia.

Ao menos, Valasco, e Almeida e Sousa eram coherentes com a doutrina que defendiam, de pareceria com a maior parte dos antigos reinicolas—que a terça se não deduzia dos dotes ou d'outras doações que os filhos na morte dos paes doadores trouxessem á collação. Almeida e Sousa, no § 4 da *Diss. 6.* da collecção citada, escreve: «o successor da terça não entra nas doações conferidas; mas só nos bens que o Pai tinha ao tempo da morte; de forma, que sommados estes, se deduz d'elles a terça; e ás duas partes, que restão se juntão os dotes, ou doações conferidos; e amassados estes com aquellas se forma hum todo, que se divide igualmente pelos filhos, como legitimas».

D'este modo, a legitima dos filhos abrangeria, não dois terços dos bens sobre os quaes se computava (*supra*, n.º 33 e 64), mas uma fracção maior d'estes bens, fracção que podia augmentar até attingir a totalidade d'elles, no caso de o testador ter feito aos herdeiros legitimarios descendentes doações em vida que devessem vir á collação, e não haver deixado por morte bens alguns no seu espolio, ou, se tendo deixado bens, estes fossem absorvidos pelos encargos que pesavam sobre a herança (vejam-se os n.º 77 e 106, *infra*).

No mencionado §, cita este escriptor varios reinicolas (Francisco de Caldas Pereira e Castro, *Tractatus de emptione et venditione*, cap. 10, n.º 7—Valasco, obra citada, cap. 19, n.º 6—Portugal, obra citada, liv. 1, prael. 2, § 7, n.º 59—Gama, obra e logar citados—Guerreiro, tractado e logar citados; *Quest. For.* 47.^a, n.º 2 e 11—e Antonio de Paiva e Pona, *Orphanologia Practica*, cap. 6, n.º 13 e 14); mas estes escriptores, com excepção de Valasco (não no logar citado por Almeida e Sousa, mas no n.º 21 do cap. 23 da mesma obra), como se pode ver dos logares citados, não tiram a conclusão a que chegou Almeida e Sousa: a qualificação—como legitima, é da lavra do illustre Valasco.

Coelho da Rocha, no § 350 da obra citada, manda juntar as collações ás duas terças partes dos bens existentes ao tempo do

Na primeira hypothese, a legitima foi preenchida pelos bens liquidos deixados pelo testador, e por isso as doações em vida foram integralmente conservadas. Vejamos comtudo se ellas devem ser consideradas inofficiosas á face d'ambas as doutrinas, especialisadora e não-especialisadora, não obstante serem identicos os resultados obtidos.

Á face da doutrina não-especialisadora, deviam-no ser, pois do calculo da quota disponivel, realizado cumulativamente sobre o valor dos bens liquidos deixados pelo testador e dos bens doados em vida, resultou conhecer-se que o valor d'estes não excede o da quota disponivel.

Á face da doutrina especialisadora, deviam ser consideradas inofficiosas, porquanto o conhecimento da inofficiosidade das doações precede, segundo ella, a effectuação do calculo da quota disponivel, e tal conhecimento, como dissemos, não pode ser alcançado, dentro d'esta doutrina, senão pela comparação do valor das doações com o dos bens liquidos deixados pelo testador; 1:200\$000 réis é a metade e não o terço de 2:400\$000 réis ¹. Qual o motivo porque da applicação da doutrina especialisadora á citada hypothese não resultou a redução n'um terço das doações em vida e o augmento correspondente da quota indisponivel?

Alem d'isto, da applicação directa da doutrina espe-

fallecimento do defuncto, para o computo da legitima. O direito anterior aoCodigo Civil não mandava juntar as collações ás duas terças partes d'estes bens, mas sim á sua totalidade, como se pode ver do § 1 do tit. 65 do liv. 4 das Ord. Phil., do lugar citado de Paiva e Pona, dos art. 152 e 1649 do tomo 3.º da obra citada de Correia Telles, e da nota (2) ao § 136 da *Doutr. das Acções* do mesmo auctor.

¹ Nas hypotheses apresentadas, suppozêmos que a medi da da quota disponivel era de um terço (veja-se o n.º 66, *supra*, no fim).

cialisadora a esta hypothese, em que não existem bens na successão, depois de deduzida a legitima, deve concluir-se que não existe quota disponivel: basta attender a que ella, segundo a doutrina mencionada, se calcula unicamente sobre os bens liquidos existentes na successão, a não ser quando as doações em vida hajam de reduzir-se por inofficiosas, o que não se verifica na citada hypothese, á face d'essa doutrina ¹.

Se, na hypothese primeira, as doações em vida são inofficiosas, se não existe quota disponivel e se os bens doados em vida não constituam esta quota, qual a razão porque taes doações não são revogadas totalmente pelo motivo referido, visto que, não sendo consideradas bens disponiveis da herança, não podem deixar de ser bens indisponiveis ²?

Supponhamos que o eram: como explicar que a medida da legitima passara de dois terços á totalidade da massa sobre a qual é computada?

¹ Veja-se: *supra*, n.º 76—Coelho da Rocha, obra citada, § 350, nota.—Sr. conselheiro Dias Ferreira, obra citada, volume 3.º, nota ao art. 1147, pag. 172—*Direito*, anno 7.º, n.º 3, pag. 33. Estes escriptores estabelecem, sob o dominio da jurisprudencia anterior aoCodigo Civil, o seguinte principio, que o segundo escriptor declara ser seguido ainda peloCodigo: se os bens existentes são todos absorvidos pelas dividas, mas ha doações conferiveis, *estas formam a massa da legitima*, e n'este caso não ha terça (*supra*, n.º 64).

É manifesto que a conclusão assente no texto deriva legitimamente da mesma ordem de ideias que levan os citados juriseconsultos a negar a existencia da quota disponivel, pelo facto de não haver bens liquidos na successão: tanto na hypothese do texto, tratada segundo a doutrina especialisadora, como á face da doutrina que produziu o principio citado (veja-se o n.º 64, *supra*, e a nota 1 da pag. 200), a quota disponivel não podia ser calculada sobre as doações em vida (veja-se o citado n.º 76, *supra*, e o n.º 106, *infra*).

² Veja-se o n.º 67, *supra*, na applicação da doutrina especialisadora á hypothese 4.ª.

D'esta serie de absurdos e contradicções apura-se:

- 1.º—a doutrina especialisadora, posta em pratica, produz resultados oppostos a si mesma, porquanto as doações que, segundo ella, deviam ser inofficioas, não são reduzidas, por caberem dentro do limite fixado pelo doutrina não-especialisadora; e assim:
- 2.º—a impotencia da doutrina especialisadora é manifesta, pois, não obstante ella, a quota disponível tem a amplitude determinada pela doutrina não-especialisadora;
- 3.º—a doutrina especialisadora é falsa, pois a egualdade de amplitude da quota disponível sup põe a egualdade das massas, sobre as quaes ella foi na realidade computada; e por ultimo diremos:
- 4.º—a doutrina especialisadora é absurda, porque admite a diminuição, e até o desaparecimento da quota disponível, sem poder explicar o augmento correspondente da quota indisponível.

78.—Na segunda hypothese, a existencia na successão de bens liquidos sufficientes para o pagamento integral dos legados e a obrigação que pesa sobre os herdeiros de os satisfazerem até onde chegarem as forças do remanescente d'esses bens, depois de deduzida a legitima, obrigou os ditos herdeiros a cumpril-os inteiramente, tornando identicos os resultados.

Qual a amplitude da quota disponível, n'esta hypothese, segundo a doutrina especialisadora?

Não podendo calcular-se sobre o valor dos bens doados em vida, á face de tal doutrina, pois suppozemos que não estavam no caso de ser reduzidos por

inofficiosidade, ha de ser exclusivamente calculada sobre o valor dos bens liquidos deixados pelo testador; terá, portanto, a quota disponível, na segunda hypothese (computada segundo a doutrina especialisadora), o valor de 900\$000 réis ¹. Vejamos se tal é a amplitude que a solução obtida sob a applicação d'esta doutrina lhe assignou.

Não é: como as doações em vida não-inofficioas são excluidas da quota disponível, á face da doutrina especialisadora ², só poderemos contar, como parte d'ella, o remanescente dos bens liquidos da successão, depois de preenchida a legitima; a quota disponível vale, na segunda hypothese, 300\$000 réis, isto é, 900\$000 réis—valor do terço d'estes bens, diminuidos de 600\$000 réis—valor de dois terços dos bens doados em vida.

Este resultado, que não apparece tão claramente, quando o valor das deixas é inferior ao remanescente dos bens liquidos da successão, depois de deduzida a importancia da legitima, torna-se evidente, sempre que as deixas sejam de valor igual ou superior áquelle, porque, em taes casos, a amplitude real do direito de livre disposição dos bens proprios afere-se unicamente pelo cumprimento que as deixas podem ter.

Como completar a quota disponível, sem ser á custa das doações em vida (o que, já o dissemos, não pode admittir a doutrina especialisadora, na hypothese citada)? Os sectarios d'esta doutrina não notam que, sendo a legitima calculada cumulativamente sobre o valor dos bens liquidos deixados pelo testador e dos bens doados por elle em vida, ha de essa quota absorver forçosamente uma porção d'aquelles bens, superior á parte proporcional com que elles contribuem para o seu preenchimento

¹ Veja-se a nota 2 da pag. 240.

² *Supra*, n.º 72.

no calculo ficticio, e que este excesso será igual á parte proporcional com que os bens doados em vida, não sujeitos á redução por inofficiosidade, lhe fornecem no mesmo calculo.

Por esta forma, calculando-se a quota disponivel só sobre os bens liquidos deixados pelo testador, na hypothese de existirem doações em vida não reduzíveis por inofficiosidade, esta quota representará *um valor igual ao obtido pela applicação da medida da quota disponivel á massa d'esses bens, antes de deduzida a legitima, diminuido do valor da parte proporcional, fornecida por esses bens doados em vida á legitima no calculo ficticio*. Tal é a verdadeira amplitude da quota disponivel, á face da doutrina especialisadora, quando ha doações em vida que não devam ser reduzidas por inofficiosidade ¹.

Este facto, consequencia natural de a lei sujeitar a quota disponivel ao preenchimento, em primeiro lugar, das doações em vida ², não é susceptivel de explicação, segundo a doutrina especialisadora: ou ella considera os bens doados em vida como partes integrantes da quota disponivel, e isto equivale ao reconhecimento implicito da sua falsidade ³; ou ella tenta preencher a quota disponivel, de maneira a alcançar a amplitude que a mencionada doutrina lhe assigna, e, em tal caso, nem um real encontrará para accrescentar ao remanescente da successão, depois de deduzida a legitima.

Alem das conclusões 2.^a e 3.^a que tirámos no n.^o anterior, concluiremos ainda do exposto n'este n.^o:

1.^o—a doutrina especialisadora é falsa, porque, existindo doações em vida, a quota disponivel

não corresponde realmente á porção de bens fornecida pela applicação da sua medida á massa dos bens liquidos deixados pelo testador;

2.^o—a doutrina especialisadora é absurda, pois d'ella resulta que os bens doados em vida, não sujeitos á redução por inofficiosidade, veem ao cumulo, não só para calculo da legitima, mas tambem para diminuição da quota disponivel.

79.—Na terceira hypothese, o facto de existirem deixas a titulo de herança, e não a titulo de legado, tornou identicos os resultados: como os herdeiros, em partes eguaes ou deseguaes, realizam os seus direitos, total ou porporcionalmente, sobre o remanescente dos bens liquidos da successão, depois de deduzida a legitima, claro está que, tanto segundo a doutrina não-especialisadora, como segundo a doutrina especialisadora, encontrarão a mesma porção de bens para dividir entre si.

Ora, segundo a doutrina não-especialisadora, os donatarios da terça não podiam realizar os seus direitos sobre toda a quota disponivel do testador: a existencia de doações em vida, partes integrantes d'esta quota que preferem na ordem do preenchimento ás doações por morte ¹, devia produzir necessariamente a diminuição da massa de bens a dividir pelos donatarios d'esta ultima especie ².

Mas, á face da doutrina especialisadora, que razão haverá para não considerar esta massa como representando a amplitude integral da quota disponivel, fixada segundo os seus principios? Mandando ella calcular a

¹ *Infra*, n.^o 95.

² Artt. 1493 e 1789. Veja-se a nota 1 da pag. 228.

³ *Supra*, n.^o 72.

¹ Artt. 1493 e 1789.

² Veja-se o n.^o anterior.

quota disponível unicamente sobre o valor dos bens líquidos existentes na successão, não se deverá entender que o remanescente d'estes bens, deduzida a legitima, representa o total d'aquella quota, na hypothese a terça?

Assim, resulta do facto de ella mandar calcular a legitima, em todas as hypotheses, sobre o valor dos bens referidos cumulado com o dos bens doados em vida, ao mesmo tempo que exceptua estes ultimos do calculo da quota disponível nos casos de as doações em vida não deverem ser reduzidas por inofficiosidade, que a quota de bens, representativa da disponível, junta á parte com que os bens líquidos deixados pelo testador concorrem para a quota legitimaria no calculo ficticio, tem valor menor do que a massa total d'estes bens.

Alem das conclusões tiradas no n.º anterior, poderemos ainda concluir, partindo do principio irrecusavel—as quotas indisponível e disponível são complementares¹: á face da doutrina especialisadora, um valor é formado por duas parcelas, cuja somma é menor do que esse valor.

Enunciado este absurdo palpavel e evidente, que deriva da applicação directa da doutrina especialisadora, cumpre-nos notar que á solução alcançada repugna tal conclusão, pois contem mais uma parcella, que, junta ao remanescente dos bens líquidos da successão, depois de deduzida a legitima, representa a amplitude verdadeira da quota disponível, calculada segundo a doutrina não-especialisadora. Reforça, portanto, a solução alcançada na hypothese terceira as conclusões 2.ª e 3.ª a que chegámos no n.º 77, *supra*.

¹ Veja-se o n.º 67, *supra*, na applicação da doutrina especialisadora á hypothese 4.ª.

CAPITULO V

SUMMARIO

80.—Caso em que os herdeiros legitimarios descendentes são donatarios em vida. Duas hypotheses. Hypothese 1.ª: doações por conta da legitima. Se a operação da collação, e a da conferencia ficticia dos bens doados em vida para o effeito do calculo da legitima e quota disponível, se confundem em natureza ou resultados. 81.—Hypothese 2.ª: doações por conta da quota disponível. Desapparece a operação da collação. Se o calculo da legitima e quota disponível soffre alteração n'esta hypothese. 82.—Accumulação das duas hypotheses mencionadas. 83.—Differenças characteristics entre as duas operações—Se existe ordem de precedencia para a sua effectuação. Caso de redução das doações. 84.—Confronto das disposições dos artt. 2098, 2099 e 2111 com a doutrina exposta nos n.ºs 80 a 83, *supra*. 85.—Continuação. Se o art. 2098 prova alguma coisa a favor ou contra a doutrina especialisadora. 86.—Como deve interpretar-se a expressão *calculo da terça* do art. 2098. 87.—Se o art. 2111 e § 2 provam alguma coisa a favor ou contra a doutrina especialisadora. 88.—Conclusão do exposto desde o n.º 67: rejeição da doutrina especialisadora.

80.—Refiramo-nos agora ás hypotheses em que os proprios herdeiros legitimarios descendentes receberam doações do testador em vida d'este.

Duas hypotheses a figurar: a primeira comprehende os casos em que o testador doa em vida certos bens a um, a varios ou a todos esses herdeiros, como adiantamento da porção legitimaria que ha de caber ao donatario ou donatarios, por morte d'elle testador; a segunda

compreende os casos em que a referida doação não é feita como adeantamento da legitima, mas á conta da quota disponível.

Na primeira hypothese, a abertura da herança produz a restituição á sua massa dos valores doados em vida pelo testador aos herdeiros legitimarios descendentes, para serem partilhados, igual ou proporcionalmente ¹, entre estes herdeiros. Tal operação chama-se *collação* ².

Se não existirem donatarios em vida ou por morte, alem d'esses herdeiros legitimarios, é evidente que não ha necessidade de computar a legitima e quota dispo-

¹ Quando concorrem filhos perflhados, antes ou depois de contrahido o matrimonio, com filhos legitimos ou legitimados, os primeiros só entrarão na partilha dos bens conferidos por effeito da collação, n'uma parte proporcional á sua quota hereditaria. É esta a doutrina a concluir dos artt. 2098 a 2114 que não excluem os filhos perflhados do beneficio da collação em hypothese alguma, do art. 1991 que manda regular os direitos de successão legitima dos filhos perflhados que concorrem com filhos legitimos ou legitimados (artt. 121 e 1988) pelas regras fornecidas pelo art. 1785 sobre os direitos de successão legitimaria d'aquelles herdeiros, e do art. 1992 que aclara a applicação do n.º 2 do art. 1785.

² Ord. Phil., liv. 4, tit. 97, pr. e § 1 — Cod. Civ., artt. 2098 e 2100 a 2102 — *Supra*, n.º 65, proposição c — Sr. conselheiro Dias Ferreira, obra citada, volume 4.º, nota aos artt. 2098 e 2099, pag. 440 e 441 — Valasco, obra citada, cap. 12, n.º 2 a 4 — Mello Freire, liv. 3, tit. 12, § 12 — Coelho da Rocha, obra citada, § 478 — Liz Teixeira, obra e logar citados (pag. 231 e 232) — J. B. Treilhard, *Exposé des motifs du titre des successions* (do Cod. Civ. Fr.), na collecção e tomo citados, pag. 339 — Chabot (de l'Allier), obra citada, na mesma collecção e tomo, pag. 356 e 357 — J. J. Simeón, *Discours prononcé au corps législatif* sobre o mesmo titulo, na mesma collecção e tomo, pag. 370 — Goyena, obra e tomo citados, pag. 249 — Demolombe, obra e tomo citados, n.º 151 e 152 — Accolas, obra e tomo citados, pag. 272 a 274 — Laurent, obra citada, tomo 10, n.º 516 — Ortolan, obra citada, volume 3.º, n.º 1127 a 1131.

nível: a operação de dividir a herança resumir-se-ha na somma do valor dos bens liquidos deixados pelo testador e dos bens doados por elle em vida, e na partilha igual ou proporcional do cumulo pelos ditos herdeiros legitimarios.

N'estes casos, vê-se claramente como a collação — conferencia ou *restituição effectiva* de bens doados em vida pelo testador, por conta da legitima, aos herdeiros legitimarios descendentes, para o effeito da egualdade ou proporcionalidade da partilha — é uma operação totalmente distincta e diversa da conferencia *ficticia* dos bens doados em vida pelo testador aos herdeiros legitimarios descendentes, com ou sem dispensa da collação, ou a outras pessoas, para o effeito do calculo da legitima e quota disponível.

Cumpra advertir que as duas operações não se confundem e identificam, pelo facto de a segunda ter, como consequencia, a restituição effectiva dos bens doados, segundo a forma indicada nos n.ºs 69 e 71, *supra*: a restituição effectiva, na operação da collação, tem por fim a egualdade ou a proporcionalidade da partilha; a restituição effectiva, como consequencia da vinda ficticia ao cumulo dos bens doados em vida pelo testador, tem por fim o preenchimento da legitima, e o do valor das doações em vida, total ou parcial, segundo deverem ou não ser reduzidas por inofficiosidade ¹.

Notaremos ainda que o facto da restituição effectiva de bens doados em vida constitue a essencia da collação, aquillo em que ella consiste; comparado com a conferencia dos bens doados em vida para o effeito do calculo da legitima e quota disponível, este facto representa

¹ *Supra*, n.º 68.

um resultado d'essa conferencia, que se distingue completa e profundamente d'ella.

Nos outros casos da primeira hypothese, em que existem donatarios em vida ou por morte alem dos herdeiros legitimarios, percebe-se tambem facilmente a differença entre as duas operações mencionadas: a conferencia de todos os bens doados em vida, tem por fim o calculo da legitima e quota disponivel, o qual nos habilitará a satisfazer, dentro da amplitude d'esta ultima quota, os direitos dos donatarios em vida ou por morte, com exclusão das doações que teem de ser conferidas para o effeito da collação ¹; a collação consistirá na restituição effectiva d'estes bens á massa da herança, os quaes formam parte integrante da quota indisponivel a dividir pelos herdeiros legitimarios descendentes, quota cuja amplitude foi determinada pelo seu calculo.

81.—Na segunda hypothese, a operação da collação não apparece: o herdeiro legitimo, donatario por conta da quota disponivel, transforma-se, quanto aos bens que lhe foram doados em vida pelo auctor da herança, em donatario extranho á successão; contra a restituição effectiva d'estes bens á massa da herança para o effeito da egualdade ou proporcionalidade da partilha, está o facto de elles não haverem sido doados como adeantamento da legitima, mas sim para serem imputados na quota disponivel do testador, isto é, de haverem sido doados com dispensa da collação ². Na segunda hypo-

¹ Como partes integrantes da legitima, não devem ser imputadas na quota disponivel do testador. As regras dos art. 1495 e 1496 não abrangem estas doações. Veja-se o n.º 83, *infra*, no fim.

² Referimo-nos só á hypothese em que a collação se dispensa entre os herdeiros legitimarios descendentes, por effeito de dispensa feita pelo doador (art. 2099), não comprehendendo a do repudio da herança, prevenida egualmente n'este artigo: não nos competia

these, apparece unicamente a operação da conferencia de todos os bens doados em vida pelo testador para o effeito do calculo da legitima e quota disponivel, pela qual hão de ser pagos, conforme a ordem estabelecida na lei ¹, os donatarios em vida e por morte, e entre elles os herdeiros legitimarios, donatarios com dispensa da collação ².

É facil de ver que um caso qualquer, no qual os herdeiros legitimarios accumulam o titulo de donatario em vida com dispensa da collação, se reduz ás hypothese ordinarias, em que esta entidade é representada por pessoas diversas dos herdeiros legitimarios: bastará, para isto, separar os titulos com que estes herdeiros figuram na successão do testador, e suppor que cada um d'elles corresponde a uma pessoa differente. O calculo da legitima e quota disponivel far-se-ha exactamente pela mesma forma, afastada a difficuldade que a accumulção na mesma pessoa dos titulos indicados naturalmente produz.

82.—Se existem herdeiros legitimarios, a quem o testador haja doado bens em vida com dispensa da collação, conjuntamente com outros herdeiros legitimarios tambem donatarios em vida, mas sem dispensa de ella, a divisão da herança exigirá a accumulção das duas operações de que vimos fallando, assim como esta hypothese accumula as duas examinadas nos n.ºs 80 e 81, *supra*: a conferencia ficticia de todos os bens doados em vida pelo testador, com ou sem dispensa da

tratar tal hypothese, porquanto n'ella desaparece o motivo que occasionou esta parte do nosso estudo—a accumulção no mesmo individuo dos titulos de herdeiro legitimo e donatario em vida (art. 2033).

¹ Art. 1493 a 1496 e 1789.

² Art. 1500.

collação, aos herdeiros ou a extranhos, terá por fim a realização do calculo da legitima e quota disponível, e n'esta quota se imputarão, pela ordem legal, as doações em vida ou por morte feitas pelo testador, aos herdeiros ou a extranhos, com exclusão das que tem de ser conferidas para o effeito da collação ¹; a collação consistirá, como dissemos no n.º 80, *supra*, na restituição effectiva d'estes bens á massa da herança, os quaes formam parte integrante da quota indisponivel a dividir pelos herdeiros legitimarios descendentes, quota cuja amplitude foi determinada pelo seu calculo.

83.—Sob o ponto de vista geral que preside a esta comparação, constituem diferenças características entre as duas operações ²:

- 1.^a—a conferencia para o effeito da collação é effectiva, é feita por meio da restituição effectiva de bens doados em vida pelo testador; a conferencia para o effeito do computo da legitima e quota disponível é ficticia, representa uma operação de mero calculo;
- 2.^a—a primeira operação abrange só certos e determinados bens doados em vida pelo testador; a segunda operação comprehende-os todos, quer o donatario seja ou não herdeiro legitimo, e, no caso affirmativo, esteja ou não dispensado da collação ³;
- 3.^a—a primeira tem por fim estabelecer a egualdade ou a proporcionalidade nas quotas de succes-

¹ Veja-se a nota 1 da pag. 250.

² Vejam-se, alem dos n.ºs 80 a 82, *supra*, os logares citados na nota 2 da pag. 248—o *Direito*, anno 7.º, n.º 3, pag. 38 e 39—e os n.ºs 68 a 71, *supra*.

³ Art. 2100 a 2106, 2113, 2114 e 1790, § 1.

são dos herdeiros legitimarios descendentes; a segunda tem por fim a fixação da amplitude da legitima e quota disponível;

- 4.^a—o resultado da primeira é a egualdade ou a proporcionalidade da partilha; o resultado da segunda é a restituição effectiva dos bens conferidos, que o não são para o effeito da collação, de maneira a serem preenchidas as legitimas, e o valor dos bens doados em vida, total ou parcialmente, segundo deverem ou não ser reduzidos por inofficiosidade;
- 5.^a—a primeira subsiste, embora a successão legitima se transforme em successão legitima, e isto acontece quando o testador fallece intestado, sem ter feito doações em vida a outras pessoas que não os herdeiros legitimarios descendentes; a segunda desaparece, logo que deixo de existir a successão legitima, pois o calculo da legitima e quota disponível não tem razão de ser, quando não é possivel distinguir estas quotas ¹.

Quanto á ordem por que se deve proceder a estas operações, nos casos em que ellas se accumulam, é isso completamente indifferente: a primeira das operações indicadas é realmente alheia ao calculo da legitima e quota disponível; a segunda comprehende indistinctamente as doações em vida sujeitas ou não á collação.

D'esta completa independencia resulta poder-se realizar qualquer das duas operações em primeiro logar; mas, fixada a amplitude da legitima e quota disponível, é indispensavel, quando tiver logar a redução das doações

¹ Art. 1968, 1969, n.º 1, 1985 a 1992, 1492, § 2 e 1790.

em vida por inofficiosidade, cotejar o valor das doações sujeitas á collação com o das porções legitimarias correspondentes aos herdeiros legitimarios, donatarios sem dispensa da collação, para não se produzir o equívoco de considerar, como parte da quota indisponível ¹, o excesso do valor d'essas doações sobre o das referidas porções, que é parte integrante da quota disponível e que ha de ser computado n'esta quota, em conformidade com as regras geraes dos artt. 1493 a 1496, como se conclue do art. 2111 e seus §§. Do contrario, pode advir prejuizo aos restantes donatarios em vida, cujas doações não tenham data posterior, pois serão imputadas n'uma quota de herança, menor do que a quota disponível.

84.—Á face da differença completa que existe entre a collação, e a conferencia dos bens doados em vida para o effeito do calculo da quota indisponível e disponível e a redução por inofficiosidade, é facil avaliar a exactidão do preceito contido no art. 2098. Este artigo define collação—«a restituição, que os herdeiros legitimarios, que pretendem entrar na successão, devem fazer á massa da herança, dos valores que lhes houverem sido doados pelo auctor d'ella, para o calculo da terça e egualação da partilha». O Código Civil, assignando como fim á collação o calculo da quota disponível ²,

¹ Veja-se a nota 1 da pag. 250 e a parte do texto correspondente.

² Que estava na intenção do legislador empregar no art. 2098 a expressão *calculo da terça*, para designar o calculo da quota disponível, conclue-se das disposições dos artt. 1492, § 2 e 1790 (*supra*, n.º 32 e 33), onde essa expressão não pode deixar de ter tal significação, dos primeiros periodos da nota do Sr. Visconde de Seabra acima transcripta (*supra*, n.º 63) e da existencia da operação da collação, em hypothese nas quaes esta quota tem medida differente do terço, como quando concorrem filhos perfilhados posteriormente ao matrimonio com filhos legitimos (artt. 1784, § un. e 1785, n.º 2).

embora o considerasse secundario ¹ (*tal é o entendimento natural do art. 2098*) confundiu as duas operações indicadas, cujas características principaes apresentamos no n.º anterior. Isto é tanto mais para notar, tendo o auctor do Projecto do Código, onde já se encontravam misturadas as duas operações ², procurado distinguir o calculo da legitima e terça, e a redução, da conferencia ou collação effectiva para o effeito da partilha ³.

O calculo da quota disponível é inteiramente extranho á restituição effectiva que os herdeiros legitimarios descendentes fazem á massa da herança dos bens que lhe foram doados pelo auctor d'ella, para a egualação ou proporcionalidade da partilha; do que elle depende, é da conferencia ficticia d'estes valores, assim como dos outros bens doados pelo mesmo em vida, embora a esses herdeiros legitimarios. E a nossa lei civil reconhece este principio, estabelecendo no art. 2099: «A collação poderá escusar-se entre os herdeiros legitimarios, se o doador o houver assim declarado ⁴, ou o donatario repudiar a herança, salvo o direito de redução, no caso de inofficiosidade».

¹ Sr. conselheiro Dias Ferreira, obra citada, volume 4.º, nota aos artt. 2098 e 2099, pag. 440.

² Veja-se o art. 2270 do Proj. Prim. do Cod. Civ.

³ *Supra*, n.º 65, proposição c.

⁴ Se a doação em vida foi ou não dispensada da collação, é ponto de interpretação da vontade do doador, é questão de facto, cuja resolução depende do exame do documento respectivo, sem que a dispensa esteja sujeita a palavras sacramentaes, em cuja falta o herdeiro se devesse considerar não dispensado d'ella—Levasseur, obra citada, n.º 150 e seg.—Marcadé, obra e tomo citados n.º 316 e 317—Demolombe, obra e tomo citados, n.º 232 e seg.—Accolas, obra e tomo citados, nota ao art. 843 do Cod. Civ. Fr., pag. 278—Laurent, obra e tomo citados, n.º 573 e seg.

A dispensa da collação colloca o herdeiro legitímario, beneficiado em vida, nas mesmas circumstancias do donatario extranho á successão; a operação da collação desaparece, e as doações feitas ao referido herdeiro são só conferidas ficticiamente, para o effeito do calculo da legitima e quota disponível, e redução por inofficiosidade, no caso de envolverem prejuizo da legitima.

Determina depois o Codigo no art. 2111 ¹ a forma como hão de ser imputadas na quota disponível os bens doados sujeitos á collação, só ou cumulativamente com outras doações; o que, aliás, era excusado, pois o facto de se accumularem no mesmo individuo os titulos de herdeiro legitímario e donatario em nada modifica a natureza e alcance d'este ultimo titulo ².

Todavia, embora consideremos desnecessarios os preceitos do art. 2111 e §§, menos o que encerra a regra da imputação na porção legitímatoria dos bens sujeitos á collação, antes de se fazer na quota disponível, nada conteem as suas disposições que confunda as duas operações mencionadas: a noção da collação só apparece, como devia ser, para separar a parte dos bens doados sujeitos á collação, que constitue a porção legitímatoria do donatario, do excesso de taes bens sobre esta quota, parte que ha de ser satisfeita, em conformidade com as regras geraes, pela quota disponível do doador ³.

¹ Diz o art. 2111: «Quando o valor dos bens doados exceder a porção legitímatoria do donatario, será o excesso computado na terça dos doadores, e, se, ainda assim, houver excesso da legitima e terça, será o donatario obrigado a repor esse excesso. § 1. Se houver diversos donatarios, e a terça não chegar para os inteirar a todos, observar-se-ha o que fica disposto nos artigos 1495.º e 1496.º § 2. Neste caso, se o auctor da herança houver disposto da terça em proveito de outrem, não terá effeito essa disposição.»

² *Supra*, n.º 80 e 82.

³ Veja-se a parte final do n.º anterior.

Se o excesso indicado escapar á redução por inofficiosidade, condição que o corpo do art. 2111 previne expressamente de harmonia com o disposto no art. 1492, será dividido igual ou proporcionalmente entre os herdeiros legitímarios descendentes, porque a isso obriga o facto de elles não haverem sido dispensados da collação.

85.—Da confusão apontada resultou ser chamado o art. 2098 em apoio da doutrina não-especialisadora ¹, quando, na verdade, este artigo nada demonstra a favor nem contra tal doutrina: n'elle não se trata, mais uma vez o diremos, da conferencia ficticia de certos bens doados em vida pelo testador, para o effeito do calculo da legitima e quota disponível; trata-se da restituição effectiva d'esses bens á massa da herança, para a equalização ou proporcionalidade da partilha entre os herdeiros legitímarios descendentes. Embora a lettra expressa da lei considere esta restituição como operação necessaria ao calculo da terça, não o é, nem o poderá ser, porquanto a lettra da lei é impotente para identificar a natureza distincta das duas operações referidas.

¹ Sr. conselheiro Dias Ferreira, obra citada, volume 3.º, nota ao art. 1147, pag. 166 e 167; volume 5.º, nota ao mesmo artigo, pag. 393 e 394 — *Rev. de Leg. e Jur.*, anno 3.º, correspondencia transcripta no n.º 128, pag. 379, e o proprio semanario no mesmo logar, pag. 379 e 380; anno 7.º, correspondencia transcripta no n.º 345, pag. 566 e 567, e o proprio semanario no mesmo logar, pag. 569; anno 10.º, tenção 3.ª do accordão da Rel. do Porto de 22 de janeiro de 1875, no n.º 477, pag. 136 — *Gaz. da Ass. dos Adv.*, anno 2.º, n.º 18, pag. 274; n.º 22, pag. 337 e 338 — *Direito*, anno 6.º, accordão do mesmo tribunal de 6 de fevereiro de 1874, e tenções 2.ª, 3.ª e 4.ª d'este accordão, no n.º 11, pag. 175 e 176; anno 7.º, n.º 3, pag. 38 e 39; tenções do accordão da Rel. de Lisboa de 7 de outubro de 1874, no mesmo anno, n.º 9, pag. 141; anno 9.º, accordão da Rel. do Porto de 12 de junho de 1877, e tenções 2.ª, 3.ª e 4.ª do mesmo, no n.º 26, pag. 414 e 415 — *Rev. dos Trib.*, anno 1.º, n.º 1, pag. 2.

Dir-se-ha que o Código Civil em uma *collação* á conferencia dos bens doados em vida pelo auctor da herança aos herdeiros legitimarios descendentes, tanto para a egualação da partilha, como para o calculo da legitima e quota disponivel. Tal interpretação repugna á phrase empregada no art. 2098 — *restituição á massa da herança*, pois a conferencia á massa da herança, com o segundo fim, é puramente ficticia ¹. De resto, essa interpretação confirmaria o nosso parecer, porque, longe de demonstrar que o Código procedeu logicamente, limitar-se-hia a repetir a nossa affirmação.

Que necessidade havia de estabelecer disposição especial sobre a conferencia dos bens doados em vida aos herdeiros legitimarios descendentes, para o effeito do calculo da legitima e quota disponivel? Nenhuma: da comparação entre o art. 1790, § 1, e os artt. 2099 e 2114 nada se conclue que os distinga e separe dos outros bens doados pelo testador. Não é, pois, questão de palavras a de comprehender ou não na *collação*, que é uma restituição effectiva de bens para a egualação ou proporcionalidade da partilha, a conferencia ficticia para o effeito do referido calculo.

A *collação* tem uma amplitude característica, que não deve exceder, sob pena de se violentar e obscurecer a sua verdadeira natureza. Introduzida no sentido da palavra *collação* a conferencia ficticia para os fins mencionados, não se completa nem augmenta a esphera de comprehensão d'essa palavra: obriga-se o mesmo termo a exprimir duas ideias perfeitamente diversas, que convem conservar separadas. Mais simples: o termo *conferencia* abrange a vinda ficticia ao cumulo da herança dos bens doados em vida pelo testador, para o effeito do

¹ *Supra*, n.º 69 e 71.

calculo da legitima e quota disponivel, e a restituição d'esses mesmos bens, quando doados aos herdeiros legitimarios descendentes a titulo de legitima, para a egualação e proporcionalidade da partilha; o termo *conferencia* é o genero, do qual cada uma d'estas conferencias é especie. Attribuindo-se á segunda especie de conferencia, a *collação*, o sentido amplo que pertence ao genero, incorremos no erro de comprehender n'ella as características da outra especie ¹.

Em resumo, o art. 2098, entendido como foi no n.º anterior e n'este n.º, confunde as duas operações referidas; não amplia o sentido da palavra *collação*, porque o não poderia conseguir d'esta maneira.

A sua chamada em apoio da doutrina não-especializadora foi inutil e improductiva. Procedendo assim, a jurisprudencia continuou a misturar indevidamente essas operações, o que não deve causar estranheza, pois se ha ponto em que a jurisprudencia patria, antiga e moderna, baralhe noções completamente distinctas, é certamente o que ora nos occupa, no qual se agglomera a *collação* com o calculo da legitima, da quota disponivel e da deixa da terça, e com a redução das doações inofficiosas ².

¹ *Supra*, n.º 80 e 83.

² Vejam-se os escriptores e logares citados na nota 2 da pag. 194, e a nota 1 da pag. 200 — Dr. Paes da Silva, obra e logar citados — Sr. Visconde de Seabra, obra e logar citados, pag. 105 — Sr. conselheiro Dias Ferreira, obra citada, volume 3.º, nota ao art. 1147, pag. 164; volume 4.º, nota ao art. 2098, pag. 440 a 442; volume 5.º, nota ao art. 1147, pag. 393 — *Rev. de Leg. e Jur.*, anno 3.º, correspondencia citada no logar citado, e o proprio semanario no n.º citado, pag. 379 e 381; anno 7.º, correspondencia citada no logar citado, e o proprio semanario no n.º citado, pag. 569; anno 10.º, contraminuta transcripta no n.º 475, pag. 106 e 107; trechos 1.º e 3.º de accordo da Rel. do Porto de 22 de janeiro

86.—Posto isto, dever-se-hão considerar não escriptas as palavras do art. 2098 «calculo da terça», ou poder-se-hão interpretar, de maneira a fazer desapparecer o absurdo que d'ellas resulta, entendidas á letra? Decidimo-nos pela segunda forma.

A nosso ver, o art. 2098 quer unica e simplesmente dizer, n'esta parte, que os bens conferidos por effeito da

de 1875, no mesmo anno, n.º 477, pag. 136 e 137 — *Gaz. da Ass. dos Adv.*, anno 1.º, accordão do Sup. Trib. de Just. de 19 de junho de 1874, no n.º 40, pag. 636; anno 2.º, accordão do mesmo tribunal de 6 de novembro do mesmo anno, no n.º 15, pag. 233; mesmo anno, n.º 18, pag. 274; n.º 22, pag. 337 e 338 — *Direito*, logares citados na nota da pag. 257.

Para se julgar dos absurdos a que pode levar a confusão entre as duas operações mencionadas, lembraremos o que se acha escripto no § 15 da citada *Diss.* de Almeida e Sousa. Este escriptor sustenta que as deixas de parte da terça se contam para o calculo do todo da herança, e que, como são livres da collação, «*não augmentam as legittimas*» (veja-se o n.º 70, *supra*, e a nota 3 da pag. 238, na pag. 239).

Esta affirmação parece contradictoria, porque, desde o instante em que as mencionadas doações se contavam, como bens existentes no espolio do testador (*infra*, n.º 100), para a avaliação do total da herança, não podia a legitima deixar de ser computada sobre o seu valor; mas ella só constitue uma prova frisante do perigo de confundir a operação da collação com a da conferencia ficticia dos bens doados em vida pelo testador, para o effeito do calculo da legitima e quota disponivel. As palavras do citado § «*não augmentam as legittimas*», interpretadas pelo mais que se lê n'esse §, referem-se á operação da collação e não á da conferencia ficticia; querem dizer: como não estão obrigadas á collação, não são divididas effectivamente entre os filhos para a equalação da partilha. A mencionada confusão leva Almeida e Sousa a considerar os bens partilhados por effeito da collação, depois de preenchidas as porções legitimarias dos filhos, como parte d'estas porções, e, portanto, a affirmar que, na hypothese de a doação não ser obrigada á collação, as porções legitimarias deixam de ser augmentadas á custa da quota disponivel! O espirito vacilla no meio de absurdos de tal ordem.

collação se contam para o calculo das deixas d'uma quota parte de herança ¹.

E' isto o contrario do que quer dizer a nossa jurisprudencia antiga e moderna, sustentando que a terça se não calcula sobre a importancia das collações ², e é isto o que escriptores já citados ³ querem exprimir, asseverando que os bens sujeitos á collação não augmentam a terça.

Reportar-nos-hemos especialmente á deixa da terça ou de uma quota parte d'ella, por ser esta a hypothese de mais frequente uso na pratica.

Como no caso de existirem bens doados em vida que devem vir á collação, a legitima se deduz d'uma massa de bens superior á dos existentes na successão —pois aquelles bens são partes integrantes da quota indisponivel, emquanto não excederem os seus limites —encontram-se na massa dos existentes, depois de deduzida a legitima, uma porção de bens superior á que abrange uma quota de herança, de medida igual á da quota disponivel, computada exclusivamente sobre esta massa. É, portanto, facil de ver que, n'esta hypothese especial, pode ter logar a satisfação da deixa da terça, calculada sobre uma massa de bens na qual se contem, tanto os existentes, como os conferidos por estarem sujeitos á collação—satisfação completa ou parcial, segundo as circunstancias do caso ⁴—sem se alterar a ordem de imputação das doações em vida e por morte na quota disponivel do testador: a massa de bens por onde

¹ No ta 2 da pag. 254.

² Vejam-se os logares citados nas notas 2 e 3 da pag. 194, e nota 1 das pag. 200 e 228.

³ na nota 3 da pag. 224.

⁴ *Infra*, n.º 96 e 97.

é satisfeita e deixa só consta de bens existentes na successão.

No caso em que não existam bens que venham á collação, para se satisfazer a terça, computada de forma que ella representasse um valor superior ao do remanescente da successão, depois de deduzida a legitima, ter-se-hiam de reduzir as doações em vida a favor dos donatarios por morte, e isto equivaleria a inverter a ordem de redução das doações por vicio de inofficiosidade ¹ ou, o que é o mesmo, da sua imputação na quota disponível.

Tal nos parece ser a unica maneira de evitar as difficuldades levantadas pelo emprego vicioso da expressão «calculo da terça» no art. 2098 e das expressões identicas ou correspondentes dos jurisconsultos ². Interpretadas por esta forma, não repugnam aos principios da materia do calculo da quota disponível e legitima, nem estabelecem dependencia ou confusão entre essa materia e a da collação. Como prova da segunda affirmação, basta attender a que a noção de collação não é chamada para a realização do calculo da legitima e quota disponível, mas sim para a do calculo d'uma deixa determinada, de valor differente do da mencionada quota, e a que, se para a realização d'aquelle calculo a conferencia dos bens sujeitos á collação é ficticia, para a realização de este cumpre referir-o á restituição effectiva d'esses bens: as doações por morte só podem abranger bens do testador ³, e é impossivel considerar um valor como quota parte d'outro sobre cuja importancia total se não computa ⁴.

¹ Veja-se a nota 2 da pag. 207.

² *Infra*, n.º 93.

³ Artt. 1739, 1171, 1175, 1736, 1737. 1801 e 1811, n.º 1.

⁴ *Supra*, n.º 72; *infra*, n.º 97.

87.—Consideramos igualmente erronea a opinião de quem, vendo no art. 2111 uma referencia ao art. 2098, na parte concernente ao calculo da terça, d'aqui deduz um argumento a favor da doutrina não-especialisadora ¹: o calculo das quotas legitima e disponível, necessario para a execução do art. 2111, ha de ser directamente regulado pelo disposto no art. 1790, pois a expressão do art. 2098 «para o calculo da terça» deve considerar-se como significando—para o calculo da deixa d'uma quota parte de herança, já o dissemos no n.º anterior. A chamada do art. 2111, feita por essa forma, equivaleria, em ultima analyse, a invocar o art. 1790 para a interpretação d'este mesmo artigo.

Das disposições contidas no corpo do art. 2111 e § 2 alguma coisa se pode concluir a favor da accettazione da doutrina não-especialisadora pela lei civil, sob outro ponto de vista ². Estas disposições encerram o reconhecimento de que as doações em vida, não inofficiosas, são parte integrante da quota disponível do testador, e que, no caso de os bens deixados por este serem absorvidos no preenchimento da legitima, nem por isso deixa de existir quota disponível, mas que é unicamente formada, em tal caso, pelas doações em vida ³.

88.—Do exposto desde o n.º 67 concluiremos:

¹ *Rev. de Leg. e Jur.*, anno 7.º, correspondencia citada, no n.º 318, pag. 566. Veja-se o n.º 84, *supra*. O art. 2111 e seus §§ ficaram transcriptos na nota 1 da pag. 256.

² Sr. conselheiro Dias Ferreira, volume 3.º, nota ao artigo 1147, pag. 167; volume 5.º, nota ao mesmo artigo, pag. 393 e 394—*Rev. de Leg. e Jur.*, anno 3.º, correspondencia citada, no n.º 128, pag. 379, e o proprio semanario no mesmo n.º, pag. 380; anno 6.º, correspondencia transcripta no n.º 263, pag. 73; anno 7.º, correspondencia citada, no n.º 318, pag. 567—*Direito*, anno 7.º, n.º 3, pag. 38.

³ *Supra*, n.º 71, 72 e 77.

1.º—*a doutrina especialisadora é falsa, impotente, absurda e illegal;*

2.º—*todos os bens doados em vida pelo testador veem ficticiamente ao cumulo, para o effeito do calculo da legitima e quota disponivel, em todas as hypotheses nas quaes este calculo haja de realizar-se*¹.

E' assim que interpretamos o § 1 do art. 1790, quando preceitua que, depois de sommado o valor de todos os bens que o auctor da herança houver deixado, e deduzidas as dividas da herança, se juntará «á somma restante o valor dos bens, que o fallecido houver doado».

¹ Vejam-se os n.ºs 13 a 15 e 18, *supra*. De proposito deixámos de nos referir detidamente até agora ás *hypotheses* de deixa da terça ou de quota parte d'ella. Se assim procedemos, foi para as discutirmos largamente no capitulo seguinte, depois de dissipadas no anterior e n'este as nuvens que a theoria especialisadora lança sobre tão difficil ponto de direito civil.

CAPITULO VI

SUMMARIO

89.—O testador não pode alterar as regras do calculo da quota disponivel, enunciadas nos n.ºs 42 e 88, *supra*. 90.—Fixidez da amplitude d'esta quota. 91.—O testador só pode regulamentar a sua applicação. 92.—Calculo da quota disponivel como operação preparatoria para a determinação do valor de certas deixas. 93.—A medida da terça empregada para designar a quota disponivel. Resultados perniciosos d'este habito. 94.—A doutrina exposta nos n.ºs 89 a 91, *supra*, applica-se aos casos dos artt. 1149, n.º 1 e § 4, 1167 e 1235. 95.—Regulação do calculo das deixas de quota parte de herança, por disposição do testador. É uma questão de facto. 96.—Valor real da deixa da terça referida ou não referida só aos bens liquidos deixados pelo testador. 97.—*Quid*, quando os herdeiros legitimarios são donatarios em vida e não foram dispensados da collação. 98.—Deixa de quota parte da terça, referida ou não referida só aos bens liquidos deixados pelo testador. 99.—Applicação a outros casos de deixa da terça ou de quota parte da terça. 100.—Não se confere o valor das doações relativas á herança do doador. 101.—O valor dos bens alienados em vida por titulo oneroso não se confere.

89.—Averiguado que a quota disponivel se computa sobre o valor total dos bens liquidos deixados pelo testador¹ e dos bens doados por elle em vida, seja qual fôr o valor d'estes bens comparado com o dos primei-

¹ *Supra*, n.º 42.

ros ¹, não deveremos exceptuar os casos nos quaes a vontade do testador, manifestamente declarada, alterar essas regras? A resposta á presente interrogação depende da maneira como se resolver a questão—se o testador, que as deseja alterar, o poderá conseguir.

Assim, perguntaremos: poderá o testador circumscrever a deixa da quota disponível ou varias deixas referidas a esta quota, mandando que a deixa ou deixas sejam unicamente computadas sobre certos e determinados bens ²? Por exemplo, poderá o testador ordenar que a deixa da quota disponível não seja computada sobre os bens por elle doados em vida, ou que o seja sobre estes, mas só sobre certos e determinados bens existentes no seu espólio? Entendemos que não: o testador, dentro da mesma medida de quota disponível, não pode restringir a amplitude d'esta quota, ainda relativamente a uma doação em especial; o que pode, é fazer deixas d'uma quota parte de herança, quota cuja medida seja inferior, igual ou superior á da quota disponível na hypothese respectiva, mandando-a deduzir sómente de certos e determinados bens ³.

Á justificação d'este parecer dedicamos os n.ºs seguintes (n.ºs 90 a 95).

90.—Considerada individualmente uma medida de

¹ N.º anterior.

² É evidente que a alteração em sentido contrario — augmentando a massa á qual ha de ser applicada a medida da quota disponível—não pode verificar-se, pois as citadas regras ensinam-nos que esta quota se deve computar sobre o valor total dos bens liquidados deixados pelo testador e dos doados por elle em vida.

³ Se a medida da deixa fór superior á da quota disponível, claro está que aquella só será valida na totalidade, embora o testador não haja feito mais doações, caso a restricção por este imposta compense o excesso da medida, de maneira a não ser inofficiosa a deixa (art. 1789 e 1493).

legítima, tem só uma amplitude—a que o art. 1790 lhe assigna. Ora, n'uma successão, alem da parte indisponível, só ha a parte disponível; e, se a primeira não pode variar, claro está que a segunda também não variará, embora se conclua o contrario da forma por que o testador se exprimiu.

Por outras palavras, a diminuição da amplitude da quota disponível produz indispensavelmente o augmento correspondente da amplitude da quota indisponível; ora, como a amplitude d'esta quota, dentro da mesma medida, é sempre constante, e não está nas mãos do testador augmental-a, torna-se evidente que a amplitude da quota disponível, não variando a sua medida, é igualmente constante e immodificavel pela vontade do testador ⁴.

A quota disponível exprime uma relação necessaria entre a massa sobre a qual se computa a quota indisponível, e esta quota, representa a parte complementar que, junta á quota indisponível, deve produzir o total da massa indicada. Para se alterar a amplitude da quota disponível, ou se ha de alterar a sua medida, ou, conservando-se constante a medida, se hão de exceptuar valores, não só do computo da quota disponível, mas também do da quota indisponível ⁵.

⁴ A legitima limita o direito de propriedade, sendo, portanto, a interpretação restrictiva, em materia de successão legitima. Assim como nenhuma legitima pode existir, sem que um texto de lei a estabeleça, também o seu augmento repugna á fixidez inherente a esta quota de herança, cuja amplitude se acha determinada na lei (art. 1784, 1492 e 1789—Correia Telles, *Theor. da interpr. das leis*, §§ 68 e 73—Accolas, obra e tomo citados, nota ao art. 915 do Cod. Civ. Fr., pag. 427).

⁵ A disposição do art. 1237 occasiona, como vimos, o apparecimento de medidas extravagantes de legitima e quota disponível (*supra*, n.º 51).

A alteração da medida d'estas quotas de herança pode ser di-

91.—Supponhamos que o testador deixa a um indivíduo a sua quota disponível¹, ordenando que se compute unicamente sobre os bens por elle especializados no testamento, e seja, por exemplo, o terço a medida d'esta quota; em tal caso, a expressão *quota disponível* valerá o mesmo que *terça parte*, e o testador, julgando restringir a amplitude da sua quota disponível, nada mais fez do que uma deixa d'uma quota de herança, cuja medida é igual á da quota disponível e que incide sobre bens certos e determinados. O testador, em vez de restringir a amplitude da sua quota disponível, fez doação por morte d'uma fracção d'esta quota.

Assim, se o testador declarou doar a F. a sua quota disponível, calculada só sobre os bens que elle deixasse por morte, e suppozermos que o valor d'estes, depois de satisfeitos os encargos da herança, é de 3.000\$000 réis, e o dos bens doados em vida de 600\$000 réis, poder-se-ha conceber que testador doou 1.200\$000 réis (valor da quota disponível n'esta hypothese) calculados sobre 3.000\$000 réis (valor dos bens líquidos existentes na successão)? É evidente que não: a deixa da quota disponível, calculada só sobre os bens líquidos deixados pelo testador, representará uma deixa de quota parte

recta ou indirecta: será directa, quando, conservando-se identica a massa sobre a qual são computadas, se modifica o valor da fracção representativa das medidas; será indirecta, quando a alteração apparece como consequencia de se terem exceptuado alguns valores do compute de uma das quotas. A alteração, na hypothese do art. 1237, é indirecta (*infra*, n.º 102 e 103).

¹ Excusado será repetir o exemplo, para o caso em que a deixa não é de toda esta quota, mas sim menor e a ella referida, como quando o testador faz uma deixa de metade da quota disponível: o que dizemos no texto, n'este n.º e nos n.º 92 e 93, *infra*, relativamente ás deixas da quota disponível, applica-se ás deixas d'uma quota parte d'ella.

d'estes bens, quota cuja medida é igual á da quota disponível. N'esta hypothese, a deixa valerá um terço dos bens líquidos deixados pelo testador, e constituirá, em vez da quota disponível restringida, uma fracção integrante d'ella.

A amplitude da quota disponível não se diminue, nem mesmo relativamente a uma deixa em especial¹, porquanto o que se pode chamar *quota disponível restricta* é uma parte da quota disponível: a parte d'um todo ou a fracção d'um todo não é o todo restricto; o o todo deixa de-o ser, logo que se diminue na minima parcella.

Partindo da verdade incontestavel de que a restricção da amplitude da quota disponível nada mais é do que a fixação da quota de bens abrangida pela doação, diremos: o testador não pode diminuir essa amplitude; o que pode, é regulamentar a applicação da quota disponível, fixando limites ás doações por morte.

O mesmo diremos relativamente aos casos em que a restricção respeita, não aos bens doados em vida pelo testador, mas aos existentes no seu espolio por occasião do fallecimento. A deixa da quota disponível, feita em taes condições, representará uma fracção d'esta quota, como no exemplo anterior.

É evidente que o testador tambem não poderá restringir a quota disponível, relativamente ás doações em

¹ Veja-se o n.º 94, *infra*, para onde reservamos a solução d'uma duvida que esta segunda parte da nossa affirmacção pode levantar. Reservamol-a para aquelle logar, porque a duvida parece mais fundamentada nas hypotheses a que nos referimos n'esse n.º; mas a observação que ahi se lê ajusta-se perfeitamente aos casos que estamos analysando—os de restricção na maneira de computar a quota disponível por disposicção do testador.

vistas ellas representam um valor certo e definido¹, sujeito unicamente á condição de saber, em conformidade com os preceitos legais, na quota disponível do testador², calculada segundo as regras fornecidas pelo art. 1790.

92.—Mas, se o testador não pode circumscrever a amplitude da quota disponível, em todo o caso a existência d'uma deixa, feita pela forma indicada no n.º anterior, não produzirá alteração na maneira de calcular a dita quota, *relativamente a essa deixa*.

É preciso distinguir o calculo, necessario á determinação do valor real da deixa, do calculo da quota disponível ordinaria do testador, quota na qual ha de ser imputada a deixa, em conformidade com as regras dos arts. 1493 e 1494. Se a deixa foi da quota disponível ou d'uma quota parte da quota disponível, o calculo d'esta far-se-ha pela maneira extraordinaria indicada pelo testador, representando de operação preliminar ou preparatoria, a que é preciso proceder para a fixação do valor real da deixa; determinado este, a deixa será imputada na quota disponível do testador, calculada segundo as regras do art. 1790, e reduzida, em conformidade com as disposições legais, caso envolva prejuizo da legitima dos herdeiros legitimarios do testador.

Continuando a suppor uma hypothese em que a medida da legitima seja dois terços, e imaginando que o testador doou a F. metade da quota disponível, calculada unicamente sobre os bens que possuia na occasião da feitura do testamento, se estes bens livres de encargos, valerem 3.000\$000 réis, e os bens liquidos por elle deixados valerem 2.700\$00 réis, nem por isto o beneficiado por morte deixará de ser considerado como donatario da quantia de 500\$000 réis.

¹ Art. 1452, 1453 e 1492. *Supra*, n.º 68.

² Art. 1493 e 1496.

A quota disponível do testador, na qual a deixa ha de ser imputada em ordem a averiguar-se da sua inofficiosidade, continuará a calcular-se, conformemente ao § 1.º do art. 1790, sobre o valor dos bens liquidos deixados pelo testador, cumulado com o dos bens doados por elle em vida. Conhecida a amplitude d'esta quota, a referida deixa será n'ella imputada, em conformidade com as disposições legais; e o calculo da quota disponível, realizado segundo ordenou o testador, serve unicamente para a determinação do valor real da deixa, em harmonia com a sua intenção.

93.—A confusão entre taes noções occasionou o emprego vicioso da medida da quota disponível, em vez da propria quota; os juriconsultos habituaram-se a dizer *terço, terça e terça da herança*, por ser esta a medida da quota disponível na antiga legislação, em vez de *quota disponível*¹; e, consequentemente, apparece, tanto antes como depois de publicado oCodigo Civil, considerada muitas vezes a doação d'uma quota parte de bens certos e especializados pelo testador, como doação da quota disponível ou d'uma quota parte da quota disponível, embora o valor real da doação seja differente. É ainda a existencia d'este habito que torna ambigua a palavra *terça*, e faz com que muitas vezes seja difficil reconhecer o sentido em que ella é tomada, porquanto n'uns casos quer significar a quota disponível, e n'outros quer designar a deixa d'uma quota parte de herança, quota cuja medida é a terça e tem incidência restricta².

¹ *Supra*, n.º 32 e 33. Veja-se especialmente a nota 4 da pag. 102.

² *Supra*, n.º 70 e 86.—*Dir. do*, anno 6.º, accordão da Rel. do Porto de 16 de fev. de 1874 e *tenção* 2.ª do mesmo, no n.º 14, pag. 175 e 176—*Rev. de Leg. e Jur.*, anno 10.º, *tenção* 1.ª do accordão

94.—O exposto nos n.º 89 a 91, *supra*, tem completa applicação aos casos dos artt. 1149, n.º 1 e § 4, 1167 e 1235. Assim como o testador, a lei é impotente para circumscrever a amplitude da quota disponível dentro da mesma medida, ainda relativamente a doações determinadas. O Código Civil, com aquellas disposições, nada mais faz do que regulamentar o emprego da quota disponível, fixando a quota maxima de bens que as doações comprehendidas nos citados artigos podem abranger ¹.

Dir-se-ha talvez: a prova de que esses artigos contem a fixação d'uma quota disponível restricta está em que, se o testador não tiver feito liberalidade alguma, alem da doação em vida regulada pelo art. 1149, n.º 1 e §

do mesmo tribunal de 22 de janeiro de 1875, no n.º 477, pag. 136. — *Rev. dos Trib.*, anno e logar citados. É tambem por misturarem indevidamente a quota disponível com uma quota parte de herança, diferente e menor do que ella, que os juriconsultos francezes, anotando os artt. 1094 (2.ª parte) e 1098 do Cod. Civ. Fr., chamam quota disponível á quota representativa do maximo das doações entre esposados ou casados, ainda nas hypothèses em que esta quota tem valor inferior ao da quota disponível ordinaria, fixada pelo art. 913 do mesmo Código—Bigot-Prémencu, obra citada, pag. 396 da collecção e tomo citados—Levasseur, obra citada, n.º 64—Marcadé, obra citada, tomo 4.º, nota ao art. 1094, n.º 334 e 335; nota ao art. 1098, n.º 348 e 351—Rogron, obra citada, nota ao art. 1094, pag. 1174; nota ao art. 1098, pag. 1195—Delsol, obra e tomo citados, pag. 375, 376 e 379—Demolombe, *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, tomo citado, n.º 214; tomo 6.º, n.º 488, 489 e 532—Accolas, obra e tomo citados, nota aos artt. 1094 e 1098, pag. 704, 705 e 710—Mourlon, obra e tomo citados, nota aos mesmos artigos, n.º 1007, 1011 e 1016—Picot, obra e tomo citados, nota ao art. 1094, pag. 655; nota ao art. 1098, pag. 659—Laurent, obra citada, tomo 15.º, n.º 341, 347, 348 e 382.

¹ Alem do exposto nos n.º citados no texto, vejam-se os n.º 40, 41, 43 a 45, 49 e 50, *supra*—e a *Rev. de Leg. e Jur.*, anno 5.º, n.º 219, pag. 166 e 167.

4, ou pelo art. 1167, ou pelo art. 1235, e esta não exceder o limite marcado pelo artigo applicavel na hypothese, os herdeiros legitimarios descendentes receberão a totalidade dos bens liquidos deixados pelo testador, para preenchimento da legitima; ha, portanto, n'estes casos especiaes, um augmento na amplitude da quota legitimaria e uma diminuição na da quota disponível, que não partiram da vontade do testador, mas derivam das proprias disposições legaes, e que, por este motivo, deixam de ser arbitrarios ¹.

Basta notar que os herdeiros legitimarios não recebem, em taes hypothèses, o total dos bens liquidos deixados pelo testador a titulo de legitima, para esta observação perder todo o valor: os herdeiros legitimarios só recebem, a titulo de legitima, o valor determinado pelo calculo d'esta quota—obtido pela applicação da sua medida ordinaria (artt. 1784, § un. e 1785) á massa liquida e completa da herança ²; a differença entre esse valor e o do total da massa de bens liquidos deixados pelo testador recebe-o-hão, não a titulo de herdeiros legitimarios, mas a titulo de herdeiros legitimis; isto é, recebem esta differença, não porque o testador estivesse impedido de dispor d'ella a favor d'outras pessoas (art. 1784), mas unica e exclusivamente porque não dispoz d'essa differença (artt. 1968 e 1969, n.º 1). É, portanto, exacto que nas hypothèses mencionadas não existe restricção da amplitude da quota disponível do testador, dentro da mesma medida, nem mesmo relativamente ás deixas cujos limites maximos se acham fixados nos artt. 1149, n.º 1 e § 4, 1167 e 1235.

95.—A regulação da maneira de computar as deixas

¹ Veja-se a nota 1 da pag. 267.

² *Supra*, n.º 36.

de quota parte de herança, quando dimanar da vontade do testador, é questão de facto.

O testador que beneficia um extranho, por exemplo, com a decima parte dos valores em dinheiro que se acharem ser seus, por ocasião da abertura da herança, pratica um acto porfeitamente legal, pois a lei reconhece-lhe o direito de dispor livremente da quota disponível e de regulamentar o seu emprego ¹, com as restricções constantes dos artt. 1149, n.º 1 e § 4, 1167, 1235, 1763, e seg.

Torna-se, contudo, necessario descriminar, nos casos em que a maneira especial de calcular a deixa produz alteração real do seu valor, se estava realmente na intenção do testador restringir a amplitude da doação de uma quota parte de herança, e, no caso affirmativo, conhecer o verdadeiro sentido e alcance da disposição, tal qual deriva da letra e do contexto do documento ². O accordão da Relação do Porto de 12 de janeiro de 1875 ³ decidiu que, tendo o testador deixado o terço de seus bens, direitos e acções, e de tudo quanto constasse ser d'elle ao tempo do seu fallecimento, era sómente d'estes bens que tinha a deduzir-se o terço, e não dos doados em vida pelo testador; a contraminuta por varias vezes citada ⁴, o accordão do mesmo tribunal de 14 de dezembro de 1875 e o do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de janeiro de 1877 ⁵ interpretam da

¹ Artt. 1736, 1737, 1739, 1774, 1781, 1968 e 2014.

² Testamento e contracto ante-nupcial (artt. 1457 e § un., 1166, 1175, 1739 e 1753) ou ainda escriptura publica, se a doação for feita por terceiro aos esposados, ou se a restricção representar a revogação parcial d'uma anterior disposição testamentaria (artt. 1175 e 1753).

³ *Rev. de Leg. e Jur.*, anno 11.º, n.º 523, pag. 44.

⁴ *Rev. de Leg. e Jur.*, anno 10.º, n.º 475, pag. 103 e 106.

⁵ *Rev. de Leg. e Jur.*, anno e n.º citados, pag. 108 e 109. Veja-se especialmente a tenção 1.ª do acc. da Rel. do Porto.

mesma forma uma deixa expressa pelas seguintes palavras «deixo a terça de meus bens, sejam de que natureza forem» ¹.

É do exame das deixas d'uma quota parte de herança, calculadas ou não sobre bens determinados, que passamos a occupar-nos, pela immediata relação que prende este assumpto ao analysado nos n.ºs anteriores, referindo o estudo ás deixas da terça ou d'uma quota parte da terça, pois tal é a medida ordinaria da quota disponível, segundo o nossoCodigo Civil ²; mas escusado será dizer que as proposições assentes nos n.ºs seguintes (n.ºs 96 a 99) abrangem, nos casos correspondentes, as hypotheses em que a quota disponível tem medida differente do terço e a deixa de quota parte de herança tem medida igual á da quota disponível (n.ºs 96, 97 e 99), assim como, seja qual fôr a medida da quota disponível, todas as hypotheses de deixa de quota parte de herança, embora a deixa não apresente a medida ou uma fracção da medida da quota disponível, mas sim medida differente d'estas, maior ou menor (n.ºs 98 e 99): as relações juridicas entre os herdeiros legitimarios, e os donatarios em vida e por morte, não variam; o que varia é o quantitativo das porções que estas entidades juridicas devem receber ou podem conservar, á face da massa dos bens liqui-

¹ A tenção 1.ª do accordão da mesma Rel. de 12 de junho de 1877 (*Direito*, anno 9.º, n.º 26, pag. 413 e 414) tambem assim interpreta uma deixa da terça, mas não indica expressamente os termos em que ella é concebida. As outras tenções d'este accordão seguem a doutrina não-especialisadora, sem se referirem á necessidade de interpretar o testamento na parte concernente á deixa. Podem tambem ver-se, sobre a intelligencia da deixa da terça—*Gaz. dos Trib.*, anno 26.º, n.º 3836, pag. 228—*Rev. de Leg. e Jur.*, anno 13.º, n.º 642, pag. 277—*Direito*, anno 14.º, consulta transcripta no n.º 4, pag. 51 e 52.

² *Supra*, n.º 93.

dos deixados pelo testador e dos doados por elle em vida ¹. Para a applicação se realizar, far-se-hão nos dados do problema as alterações determinadas pelas circunstancias do caso occorrente.

96.—A *Revista dos Tribunaes* ² insere um artigo do sr. Delphim Maria d'Oliveira Maia, em que s. ex.^a, de envolta com observações de muita verdade e alcance, apresenta outras inexactas.

Começa s. ex. por dizer: «A deixa testamentaria da terça apparece muitas vezes, com a restricção da *minha herança* ou *dos meus bens*; e, em taes casos, comprehende o terço unicamente dos bens existentes em poder do testador ao tempo da morte d'este, porque as palavras da *minha herança* ou *dos meus bens* limitam-na a isso. Mas outras vezes apparece a deixa da terça sem nenhuma limitação, que indique sobre que bens se ha de calcular essa terça; e assim acontece, quando a deixa é da *terça* ou da *terça d'alma*, sem mais declaração. N'estes casos, é que ha duvida sobre se a terça deixada deve entender-se unicamente a terça dos bens existentes em poder do testador na epocha da morte d'este—ou se deve ser a terça d'esses bens somnados com os doados em vida pelo mesmo testador—, ou enfim se deve calcular-se por esta fórma, mas pagar-se unicamente pelo espolio do testador, e só pelas sobras d'esse espolio, depois de satisfeitas as legitimas, e garantida a integridade das doações».

Partindo da hypothese de existirem bens doados em vida—pois, não existindo taes bens, nenhuma razão ha para analysar a deixa da terça, com o fim de conhecer

se deve deduzir-se unicamente dos bens liquidos existentes na successão, ou se tambem dos bens doados em vida pelo testador, como a quota disponível—pensamos que esta deixa tem a mesma amplitude, quer o testador a refira só áquelles, quer nada mais diga senão que deixa a F. a sua terça, quer a mande deduzir de toda a massa sobre a qual se computa a quota disponível.

Supponhamos que o testador seguiu a primeira forma de disposição, e que doou por morte a um certo individuo a *terça dos seus bens* ou *da sua herança* ¹. Levantará o tercenario a terça parte do valor dos bens liquidos deixados pelo testador? Não: como notámos no capitulo IV ², o facto de se calcular a legitima sobre o valor total d'estes bens, cumulado com o dos bens doados em vida, diminue a massa d'aquelles, nas hypothèses em que esta quota tem por medida dois terços, d'um valor igual á somma das duas terças partes do valor total d'essa massa com o das doações em vida não inofficiosas.

Seja o valor dos bens liquidos deixados pelo testador 1:500\$000 réis, e o dos bens doados em vida 300\$000 réis; o testador deixa só filhos legitimos e a terça da sua herança a F., ou, ainda mais expressamente, a terça dos bens que constarem ser seus ao tempo do fallecimento, livres dos encargos que oneram a herança. Os herdeiros legitimarios receborão, a titulo de legitima, 1:200\$000 réis, e esta importancia representa: 1.^o—duas terças partes do valor dos bens liquidos deixados pelo testador, ou 1:000\$000 réis; 2.^o—duas terças partes do valor dos bens doados por elle em vida, ou 200\$000 réis; mas, tanto o 1:000\$000 réis, como os 200\$000 réis

¹ Nas *Obrig. rec.* de Almeida e Sousa, §§ 382 a 389, se encontram regras para a interpretação da deixa da terça.

² Anno e logar citados.

¹ É evidente que tomamos aqui as expressões *herança* e *bens do testador* no sentido proprio (*supra*, n.^{os} 59, 60 e 68).

² *Supra*, n.^o 78.

sahirão da primeira massa de bens, a dos deixados pelo testador, porque as doações em vida só podem ser reduzidas quando atacam a quota legitimaria (e tal se não dá n'esta hypothese), depois de o serem as doações por morto ¹.

Diminuida a massa dos bens liquidos deixados pelo testador da quantia de 1:200\$000 réis, restam na successão 300\$000 réis, os quaes, juntos ao valor dos bens doados em vida, representam o total da quota disponível. Ora 300\$000 réis—o que vem a receber o tercenario—nada mais são do que a terça parte do valor de aquelles bens, ou 500\$000 réis, diminuida de dois terços do valor dos doados em vida, ou 200\$000 réis.

Com esta observação concorda o citado jurisconsulto, quando affirma—que ninguem pode testar validamente de bens não existentes no seu patrimonio (artt. 1739, 1801 e 1811, n.º 1)—que, tendo o testador cercado, por doações em vida, a sua terça legal, não pode testar validamente senão do resto d'essa terça—e que, tendo exaurido n'estas doações toda aquella terça, não terá terça de que possa testar, e o seu espolio será applicado todo a satisfazer a legitima devida.

O que acontece, quando a deixa da terça é circumscripta pelo testador aos bens liquidos por elle deixados, verifica-se egualmente, quando o testamento não encerra restricção alguma a tal respeito: basta notar que a quota disponível d'uma successão é uma só, e que o remanescente da massa dos bens liquidos indicados, depois de deduzida a importancia da legitima, tem sempre, como dissemos, valor igual ao da terça parte d'estes bens, diminuida de dois terços do valor das doações em vida não inofficiosas. Assim, a deixa da

terça, embora não restringida aos bens liquidos deixados pelo testador, terá *realmente* a mesma amplitude que no caso anterior, onde suppozemos esta restricção.

Poderá entrar em duvida se uma deixa da terça, feita nas condições que acabámos de indicar, deve entender-se, como valendo o terço da importancia dos bens liquidos deixados pelo testador e dos bens doados por elle em vida, ou se, pelo menos, deve ser calculada por esta forma? Tal duvida não procede, porquanto, se a deixa da terça não abrange realmente o terço do valor dos primeiros, muito menos pode comprehender o terço do valor dos segundos: o donatario por morto não pode fazer reduzir em proveito proprio as doações feitas em vida pelo testador ¹.

Assentamos, portanto, os seguintes principios:

1.º—a deixa da terça é satisfeita pelo remanescente da massa dos bens liquidos deixados pelo testador, depois de satisfeita a legitima;

2.º—se existirem doações em vida, o tercenario receberá um valor menor do que o da terça parte d'aquella massa de bens, mande ou não o testador deduzir exclusivamente a terça dos bens por elle deixados; receberá o valor d'esta terça parte, diminuido de duas terças partes do valor das doações em vida não inofficiosas;

3.º—só na hypothese de não existirem bens doados em vida, é que o tercenario receberá um valor igual ao da terça parte dos bens liquidos deixados pelo testador, pois, em tal hypothese, deixará a massa d'estes bens

¹ Como dissemos na nota 2 da pag. 207, a lei fixa, em termos expressos, a regra contraria de preferencia entre as doações (artt. 1493 e 1789). N'isto mesmo concorda o sr. Delphim Maia, classificando de erro pensar-se que a deixa da terça pode comprehender bens doados em vida (veja-se o citado artigo, na pag. 2 do logar citado).

¹ Artt. 1492, 1493 e 1789—*Supra*, n.ºs 69 e 71,

de concorrer para o preenchimento da legitima com valor superior ao das suas duas terças partes ¹.

Mas as duas ultimas proposições não deverão ser modificadas em caso algum?

97.—Observa o sr. Delphin Maia no escripto mencionado ²: «é erro pensar-se que a deixa da terça ha de ser limitada forçosamente á terça do espolio do testador, e não pôde comprehender uma parte maior d'esse espolio ou ainda o espolio todo: pois uma vez que fiquem salvas as legitimas, não ha motivo para ser reduzida a deixa, que, sob a fórma de deixa da quota disponivel, o testador faça do seu espolio todo ³.»

A observação de que a deixa da terça pode comprehender uma parte maior do que a terça parte do espolio do testador, e até o espolio todo, é apparentemente exacta para uma hypothese—para aquella em que os proprios herdeiros legitimarios são os donatarios em

¹ Levasseur, obra citada, n.ºs 181 e 182. Confronte-se com esta doutrina a tenção 1.ª do accordão da Rel. do Porto de 22 de janeiro de 1875 (*Rev. de Leg. e Jur.*, anno 10.º, n.º 477, pag. 135 e 136), quando diz: «uma é a operação a fazer-se para o effeito de se conhecer, se os dotes são inofficiosos, caso em que têm a incluir-se na somma total os dotes para ficticiamente se deduzir a terça, e outra é a operação para a terça se deduzir effectivamente, caso em que tem a deduzir-se, somente, dos bens existentes no casal ao tempo do fallecimento do inventariado, como se vê da combinação dos artigos 1789, 1492, 1493, 1494 e 1790». Com estas observações, incorrectas na forma e na ideia, harmonisa-se a tenção 2.ª do accordão do mesmo tribunal de 6 de fevereiro de 1874 (*Direito*, anno 6.º, n.º 11, pag. 176). Vejam-se os n.ºs 104, 106 e 107, *infra*.

² Lugar e pagina citados.

³ S. ex.ª tira esta conclusão dos seguintes principios: «as doações e deixas não soffrem redução, enquanto não offenderem legitimas a que seja obrigado o auctor d'ellas»; «essa redução não passa ás doações senão depois d'esgotadas as deixas — art.º 1492 a 1495, 1774, 1789 e 2098 do Cod. Civil.» (lugar e pagina citados).

vida, e não foram dispensados da collação; e a ella parece referir-se este juriconsulto pela citação que faz do art. 2098, em ordem a justificar a affirmação que acabámos de transcrever, pelos exemplos que adduz com o mesmo fim ¹, e pelos ultimos periodos do artigo, nos quaes s. ex.ª mostra ter em vista essa hypothese, sem comtudo a differença d'aquella em que os donatarios em vida não são os proprios herdeiros legitimarios, sujeitos á collação. Fóra da hypothese especialisada, a legitima ha de ser exclusivamente deduzida da massa dos bens liquidos deixados pelo testador, e a deixa da terça terá a amplitude real, determinada no n.º antecedente.

A hypothese especialisada—em que os herdeiros legitimarios são os proprios donatarios em vida e não foram dispensados da collação—alterará as duas ultimas proposições aventadas?

Tres casos se podem offerecer: ou as doações em vida representam um valor inferior, ou igual, ou superior ao da quota legitima. No primeiro caso, o tercenario receberá um valor que pode ir desde a fracção mais proxima do todo do espolio até uma quantidade minima, conforme a importancia das doações em vida; no segundo e terceiro casos, receberá o total do espolio, sem que no terceiro caso tenha direito a receber coisa alguma do excesso das doações em vida sobre a quota legitima ².

Estas soluções são verdadeiras, pois exprimem com rigor a amplitude dos direitos do tercenario, mas não são exactas scientificamente fallando, pois ao espolio do testador são restituídas as referidas doações em vida, como determina o art. 2098. Tenha-se em linha de conta esta restituição effectiva, e ver-se-ha que o terce-

¹ Lugar citado, pag. 2 e 3.

² Art. 2098, 2111, 1789 e 1493. *Supra*, n.º 86.

nario ¹ recebe, no primeiro e segundo casos, um terço do espólio do testador assim completado, como se não houvesse doações em vida; e no terceiro, o valor da terça parte da massa das doações em vida, representativa da quota legitimaria, e da terça parte dos bens existentes na successão, diminuído de dois terços do valor do excesso das doações em vida sobre esta quota; tal excesso é deduzido da quota disponível do testador com preferencia ás doações por morte, e partilhado entre os herdeiros, como valor que veio á collação ².

Assim se verifica a justeza das mencionadas proposições na hypothese particularizada.

Objectar-se-ha: 1.º — o espólio do testador não abrange senão os bens por elle deixados; 2.º — o processo por nós empregado para submeter as hypotheses em que os herdeiros legitimarios são os proprios donatarios em vida, e não foram dispensados da collação, ás proposições 2.ª e 3.ª apresentadas no n.º anterior, leva a confundir esta operação com a da conferencia ficticia dos bens doados em vida pelo testador para o effeito do calculo da legitima e quota disponível, operações estas cuja separação e independencia advogámos nos n.ºs 80 e 86, *supra*; 3.º — ainda que as soluções apresentadas fossem exactas para a hypothese de a deixa da terça dever ser computada, por disposição do testador, sobre o valor dos bens liquidos existentes na successão, cumulado com o dos bens doados por elle em vida, seriam todavia falsas para a hypothese em que o testador a mandasse deduzir só da primeira massa de bens; e, no caso de o testador se ter limitado a dizer — deixo a

minha terça a F. — dependeria a sua exactidão de se haver averiguado previamente que era vontade d'elle doar a terça com aquella amplitude.

Á primeira observação responderemos: o que consideraes como bens deixados pelo testador, para proceder o argumento? Unicamente a massa de bens existentes na successão por occasião do seu fallecimento? Em tal caso, falta descobrir a massa por onde deve ser paga ou completada a legitima, que o art. 1784 e § un. definem como a porção indisponível dos *bens do testador*. Ora essa massa nada mais é do que o valor total dos bens doados em vida, que a obrigação da collação força a restituir á massa da herança. Indispensavel será, portanto, considerar que taes bens fazem parte do espólio do doador, dos seus bens ou da sua herança, sob pena de se olvidar a natureza d'esta restituição e de se incorrer no absurdo de não sujeitar, total ou parcialmente, os bens deixados pelo testador ao preenchimento da quota legitimaria ¹.

Á segunda observação responderemos que ella não procede, pois se lançamos mão da collação para determinar a amplitude rigorosa do espólio do testador, não foi com o fim de calcular a amplitude da sua quota disponível; tivemos aqui em vista a satisfação ou paga-

¹ *Supra*, n.º 59 e 60. No n.º 68, *supra*, notámos como é indispensavel que os bens doados em vida pelo testador se comprehendam ficticiamente nas expressões *bens do testador e herança*. N'este logar, supponnos que os bens conferidos de facto, por pesar sobre elles a obrigação da collação, se comprehendem effectivamente n'estas expressões, como deriva do art. 2098, para o fim de explicar a apparente anomalia do valor que o tereenario recebe (complete-se pelo exposto no n.º 86, *supra*), mas não para outros effeitos, como o do pagamento das dividas do testador e mais encargos que recahem sobre a herança indivisa (*supra*, n.º 53 e 57).

¹ Sobre a referencia especial que fazemos ao tereenario, veja-se a parte final do n.º 93, *supra*, e o n.º 93.

² Artigos citados na nota 2 da pagina anterior.

mento da deixa indicada, e por isso a referimos exclusivamente aos bens deixados pelo testador. Se aquella fosse a nossa intenção, é evidente que só langariamos mão da vinda ficticia das doações em vida ao cumulo, porque só assim se conferem para o effeito do mencionado calculo; mas, tratando de fixar a parte dos bens deixados pelo testador que o tercenario recebe effectivamente nos casos figurados, cumpria-nos averiguar a forma pela qual a legitima é satisfeita, em harmonia com o disposto no art. 1784 e § un., e por isso invocámos a restituição dos bens doados em vida, obrigados á collação. Não confundimos as mencionadas operações nem prejudicámos a sua independencia mutua, porque não nos servimos da collação como elemento de calculo da quota disponível e legitima, mas sim como explicação do modo de pagamento ou satisfação da deixa da terça.

Quanto á terceira observação, consideramol-a exacta: averiguado directa ou indirectamente que o testador quiz restringir a deducção da deixa da terça aos bens que se encontrarem no seu espolio por occasião do fallecimento, é evidente que o tercenario nada mais poderá receber do que o valor d'essa terça parte de bens ¹.

Eis a razão que nos leva a acrescentar o seguinte esclarecimento á segunda proposição ²: na hypothese em que os herdeiros legitimarios são os proprios donatarios em vida e não foram dispensadas da collação, a massa dos bens deixados pelo testador comprehende o valor d'estas

¹ *Supra*, n.º 91.

² *Supra*, n.º 96: Se existirem doações em vida, o tercenario receberá um valor menor do que o da terça parte dos bens liquidados pelo testador, mande ou não o testador deduzir exclusivamente a terça dos bens por elle deixados; receberá o valor d'esta terça parte, diminuido de duas terças partes do valor das doações em vida não inofficiosas.

doações ou a porção do valor d'ellas que é parte integrante da quota legitimaria, a não ser que do documento, no qual foi feita a deixa da terça, conste, directa ou indirectamente, que o testador a quiz fazer computar só sobre os bens que se encontrarem na sua successão ao tempo do fallecimento.

Á terceira proposição ¹ addicionaremos o seguinte: devemos comtudo advertir que, por este motivo, o mesmo acontecerá quando os herdeiros legitimarios são os proprios donatarios em vida e não foram dispensados da collação, sempre que o valor das doações não exceder o da quota legitimaria, e o testador não haja restringido o computo da deixa aos bens que se encontrarem na sua successão ao tempo do fallecimento.

O que fica dito, relativamente á segunda proposição, applica-se aos casos em que, alem de doações feitas aos herdeiros legitimarios descendentes, sem dispensa da collação, existem outras doações feitas a extranhos, ou ao mesmo herdeiros mas com dispensa d'ella, e ainda ao caso em que parte dos herdeiros legitimarios descendentes não foi beneficiada em vida, e parte o foi sem dispensa da collação: a terça será referida á massa dos bens deixados pelo testador (entendendo esta expressão como explicámos mais acima), ou só aos bens existentes na successão ao tempo do seu fallecimento, conforme os termos da disposição.

O que fica dito, relativamente á terceira proposição, só se applica ao ultimo d'estes casos, pois a existencia

¹ *Supra*, n.º 96: Só na hypothese de não existirem bens doados em vida, é que o tercenario receberá um valor igual ao da terça parte dos bens liquidados pelo testador, pois, em tal hypothese, deixará a massa d'estes bens de concorrer para o preenchimento da legitima com valor superior ao das suas duas terças partes.

de doações em vida não sujeitas á collação diminuirá, para preenchimento da quota legitimaria e em prejuizo do tercenario, a massa dos bens existentes na successão; isto é, o additamento á terceira proposição não se applica aos outros casos referidos, porque não satisfazem á condição n'elle contida—de não existirem bens doados em vida, dispensados da collação.

Referindo-nos agora aos documentos forenses citados no n.º anterior, diremos:

1.º—O accordão da Rel. do Porto de 12 de janeiro de 1875 é incompleto em não declarar se os bens doados aos filhos, sobre os quaes decidiu que a deixa da terça não devia deduzir-se, o haviam sido sem dispensa da collação; só no caso affirmativo se justifica a interpretação a que procedeu;

2.º—a contraminuta citada, o accordão do mesmo tribunal de 14 de dezembro de 1875, o do Sup. Trib. de Just. de 16 de janeiro de 1877, e a tenção 1.ª do accordão d'aquelle tribunal de 12 de junho de 1877, procederam justamente á interpretação dos respectivos testamentos, pois os bens doados, sobre os quaes decidiram que não devia deduzir-se a deixa da terça, haviam-no sido sem dispensa da collação.

93.—Reframo-nos agora ás deixas de quota parte da terça.

Se não existirem bens doados em vida, é evidentemente desnecessario averiguar se o testador a mandou deduzir só dos bens liquidos existentes na successão, ou se tambem dos doados em vida: esta deixa abrangerá a parte n'ella fixada da terça d'aquelles bens.

Existindo doações em vida, cumpre fazer as seguintes distincções, quando houver duvida sobre se a deixa da quota parte da terça foi mandada deduzir da massa liquida e completa, ou só dos bens liquidos existentes na successão ¹:

1.ª—se a deixa da quota parte da terça, calculada sobre a massa liquida e completa, couber no remanescente dos bens existentes na successão, depois de deduzida a legitima, é necessario ter em vista o que dispõe o documento respectivo, porque de facto d'elle restringir ou não a deducção da deixa a estes ultimos bens, dependerá a maior ou menor amplitude d'ella;

2.ª—se a deixa da quota parte da terça, calculada sobre a massa liquida e completa, não couber no dito remanescente, mas lhe fôr superior, calculada unicamente sobre os bens existentes na successão, é necessario ter em vista o documento respectivo; porque, se manda deduzir a deixa de toda aquella massa, o donatario por morte receberá o total do remanescente, e, se a manda deduzir só dos bens existentes na successão, crescerá ainda uma parcella d'esse remanescente, depois de satisfeita a deixa;

3.ª—se a deixa da quota parte da terça, calculada só sobre os bens liquidos existentes na successão, não couber no dito remanescente, é desnecessario estudar o documento respectivo, em ordem a saber se elle manda deduzir a

¹ Como esclarecimento, veja-se o n.º 96, *supra*.

deixa unicamente d'estes bens, ou se tambem dos doados em vida pelo testador; de qualquer das formas, a deixa terá sempre valor menor do que o determinado por aquella maneira.

Estas soluções applicam-se ás hypotheses em que os herdeiros legitimarios descendentes ou alguns d'elles são donatarios em vida sem dispensa da collação, só ou cumulativamente com outros donatarios que não são obrigados a ella ¹.

99.—Nos casos em que se levantar duvida, á face dos termos da deixa,

- 1.º—sobre se a deixa da terça foi mandada calcular sobre a massa liquida e completa, ou se foram excluidos d'este computo alguns dos bens ou algumas das especies de bens existentes na successão;
- 2.º—sobre se a deixa de quota parte da terça foi mandada computar sobre a massa liquida e completa, ou se foram excluidos d'este computo alguns dos bens ou algumas especies, quer dos bens existentes na successão, quer dos doados em vida pelo testador;
- 3.º—sobre se a deixa da terça ou de quota parte d'ella foi mandada calcular sobre a massa liquida e completa, ou exclusivamente sobre certos bens ou certas especies de bens, quer dos existentes na successão, quer dos doados em vida pelo testador,

aplique-se o que fica dito no n.º anterior, para as hypotheses em que a duvida versa — sobre se a deixa de

¹ Como esclarecimento, veja-se o n.º anterior.

quota parte da terça deve ser computada sobre a massa liquida e completa ou só sobre o valor dos bens existentes na successão—fazendo-se nos dados do problema as substituições que circumstancias do caso occorrente determinarem ¹.

100.—Não se confere á massa da herança, para o effeito do calculo da legitima e quota disponivel, o valor das deixas testamentarias, nem o das doações que, feitas em acto *inter vivos*, só produzem effeito depois da morte do doador ², como á primeira vista parece concluir-se da expressão geral do § 1 do art. 1790—«ajuntar-se-ha.... o valor dos bens, que o fallecido houver doado»: o objecto d'essas deixas e doações acha-se confundido com os bens liquidos deixados pelo testador, ou, mais exactamente, forma parte d'esta massa de bens; equivaleria, portanto, a contar duas vezes o seu valor, conferil-as ficticiamente, como se conferem as outras doações feitas em vida ³.

Assim, o sr. Visconde de Seabra observou que os bens legados são comprehendidos na ideia dos bens existentes ⁴, e que era preciso eliminar do § 2 do art. 1922 do Proj. Prim. (§ 2 do art. 1790 do Cod. Civ.), como se eliminaram, as seguintes palavras—*e o valor dos bens legados o que tiverem ao tempo da morte do testador* ⁵.

¹ Como esclarecimento, vejamos os n.ºs 96 e 97. *supra*.

² Art. 1457 e § un., 1166, 1171 e 1175.

³ Levasseur, obra citada, n.º 70 — Demolombe, obra citada, tomo 2.º, n.º 250. Accolas, obra e tomo citados, nota ao art. 922, pag. 437—Laurent, obra citada, tomo 12.º, n.º 58.

⁴ Resposta citada, ao art. 2276 do Proj. Prim. (art. 2103 do Cod. Civ.), pag. 107.

⁵ A eliminção d'estas palavras foi feita pela Comissão de Legislação da Camara dos Deputados (*Revista Critica de Jurisprudencia Geral e Legislação*, anno 1.º, tomo 1.º, n.º 3, pag. 84).

101.—Advirtamos ainda que, á face do art. 1790, os unicos bens alienados em vida pelo testador, cujo valor é conferido ficticiamente para o calculo da legitima e quota disponivel, são os alienados por titulo gratuito ¹. Qualquer transmissão de bens, effectuada pelo auctor da herança, que não pode ser revogada nem reduzida por inofficiosidade, não entra na massa sobre a qual se hão de computar estas quotas. Como a reunião ficticia tem por fim a determinação da sua amplitude, claro está que os bens desligados da obrigação de preencher a legitima, ou, o que é o mesmo, de serem imputados na quota disponivel do testador, não veem ficticiamente ao cumulo da herança: um todo nada contém que não seja incluído nas suas partes componentes ².

É o que acontece com as alienações por titulo oneroso, para as quaes a lei não fixa limite, como faz para as alienações por titulo gratuito ³.

¹ *Direito*, anno 13.º, n.º 22, pag. 337.

² Já verificamos a exactidão da proposição reciproca no n.º 72, *supra*.

³ Artt. 1492 e 1789.

CAPITULO VII

SUMMARIO

102.—5.ª regra do calculo: applicação da medida das quotas legitima e disponivel — Especialidade do art. 1237. 103.—O art. 1790 regula o calculo da legitima. O calculo é um só e o mesmo para ambas as quotas, legitima e disponivel. Art. 1237. A lei é impotente para contrariar tal regra. 104.—Comparação entre o direito actual e o antigo sobre este calculo. Opiniões diversas. 105 a 107.—Continuação: regras 1.ª, 2.ª, 3.ª e 5.ª.—O que fomos buscar ao art. 922 do Cod. Civ. Fr. — A nossa opinião relativamente á regra 4.ª: o direito novo não alterou a jurisprudencia antiga relativamente ao calculo da quota disponivel, mas alterou-o relativamente ao calculo da deixa da terça. 108.—Completa-se a opinião exposta no n.º 103, *supra*. Nem a antiga jurisprudencia geralmente seguida, nem a doutrina especialisadora, contem uma formula de calculo da quota disponivel. Reduzidas á sua verdadeira significação, são ambas illegaes, segundo o Codice Civil. 109.—Legislação comparada. 110.—Estudo a fazer, como commentario á 5.ª regra do calculo.

102.—Somado o valor dos bens doados em vida pelo testador com o valor liquido dos bens por elle deixados, ou apurado simplesmente este valor, nos casos de o testador não haver feito doações em vida—isto é, alcançada a massa liquida e completa da herança ¹—nada mais resta a fazer do que uma simples operação arith-

¹ *Supra*, n.º 36 e 68.

metica, para se fixar a amplitude das quotas legitimaria e disponivel. Faz-se essa operação, applicando á massa, assim preparada, as medidas d'estas quotas, fixadas á vista da qualidade e numero dos herdeiros legitimarios. As medidas são as fracções que fixam a proporção, na qual cada uma das quotas está para com a unidade, representada pela massa liquida e completa da herança ¹.

Tal é a quinta e ultima regra do systema geral do calculo da legitima e quota disponivel, regra contida no § 1 do art. 1790, o qual manda sommar o valor de todos os bens que o auctor da herança houver deixado, fazer a deducção das dividas d'olla, juntar á somma restante o valor dos bens que o fallecido houver doado, e por ultimo dispõe que «a quota disponivel será calculada com relação a esta somma total.»

Na hypothese do art. 1237, não é a applicação da medida das quotas legitimaria e disponivel á massa completa e liquida que determina a amplitude d'ellas; é a comparação entre as amplitudes d'estas quotas que nos fornecerá a sua medida ². O contrario constituiria um circulo vicioso.

Assim, se a mulher binuba quinquagenaria não possuía, ao tempo do seu fallecimento, outros bens alem d'aquelles sobre os quaes pesa o fideicommisso, e se supuzermos que os contractos ruinosos reduziram a metade do valor a parte de que ella conserva a livre disposição, resultará da confrontação entre a massa dos bens fideicommittidos e o restante d'essa parte que a legitima dos filhos e mais descendentes tem por medida, n'esta hypothese, cinco sextos, e a quota disponivel um sexto.

¹ Artt. 1784 a 1787.

² Sobre o que se lê n'este n.º, relativamente ao art. 1237, veja-se o n.º 51, *supra*.

Se a mulher binuba quinquagenaria deixa bens por morte, alem dos indicados no art. 1237, a regra exposta verifica-se quanto a esses bens, mas não se realiza relativamente aos bens fideicommittidos nas suas duas terças partes.

Apontada esta excepção, ou antes, esta inversão á regra exposta, cumpre-nos consideral-a como consequencia immediata da inalienabilidade inherente aos bens fideicommittidos ¹.

103.—As necessidades da exposição obrigaram-nos a identificar por vezes o calculo da quota disponivel com o da quota indisponivel ou legitima, regulando o calculo d'esta pelas mesmas regras do d'aquella, sem termos averiguado previamente que o art. 1790, não obstante se referir unicamente ao calculo da quota disponivel, comprehende tambem nas suas regras o calculo da legitima. Para que a resolução d'esta duvida não levantasse sérias difficuldades, era necessario que a exposição do systema geral do mencionado calculo se houvesse anteriormente realizado.

Agora podemos affirmar que o calculo é um só e o mesmo para ambas as quotas, disponivel e indisponivel, segundo a nossa lei civil, e ainda á face d'uma qualquer lei que, menos reflectidamente, pretender differenciar o methodo de computar essas quotas; o que pode haver de differente entre ellas, não é o methodo de as calcular, é a sua medida.

A legitima e quota disponivel computam-se sempre sobre a mesma massa; a propria hypothese regulada no art. 1237, não obstante serem muitas vezes differentes as massas de bens ás quaes se devem referir estas quotas, para conservarem as medidas ordinarias (porquanto,

¹ *Supra*, n.º 47.

relativamente aos bens indicados no art. 1237, a massa correspondente á quota disponível representa-se pelo triplo do seu valor, e a importancia d'este triplo será muitas vezes diversa da importancia da massa correspondente á quota legitimaria, que se representa pelo total dos bens sobre cujas duas terças partes pesa o fideicommisso) reduz-se a produzir o apparecimento de medidas extravagantes de legitima e quota disponível ¹.

Ora, sendo identica a massa sobre a qual se computam as duas quotas, a intima connexidade que entre ellas existe, como partes complementares do mesmo todo, faz com que se não possa calcular uma separadamente da outra, pois o calculo de qualquer d'ellas determinará implicitamente a amplitude da outra, e o juriconsulto que realizar em separado o calculo para ambas, repetirá debalde a mesma operação. Assim, a expressão do art. 1790—o calculo da terça, que, como vimos, significa—o calculo da quota disponível ², abrange, necessariamente, o calculo da quota indisponível, ou legitima.

Não incorremos, portanto, em inexactidão, chamando ao methodo de calculo desenvolvido pelo art. 1790, methodo de calculo da legitima, ou methodo de calculo da legitima e quota disponível.

A segunda parte da nossa affirmacão—o calculo é um só e o mesmo para ambas as quotas, á face d'uma qualquer lei que pretender differenciar o modo de as calcular—baseia-se egualmente no principio indicado de que a massa sobre a qual se computam as duas quotas referidas é sempre identica.

A demonstracão d'esta these, de cuja verdade depende a exactidão da doutrina exposta no presente n.º,

deriva do estudo feito nos capitulos anteriores d'esta parte do nosso trabalho.

104.—Na exposicão feita pelo sr. Visconde de Seabra affirma s. ex.^a que o systema de calculo desenvolvido pelo art. 1790, na essencia o do Codigo Civil Francez e de muitos outros, se afasta da pratica seguida entre nós anteriormente, e que a necessidade de abandonar a antiga pratica e de adoptar aquelle systema se mostra na hypothese de não existirem bens na successão, mas só doações feitas em vida pelo testador, e haver extranhos beneficiados alem dos herdeiros legitimarios ¹.

A doutrina especializadora, comparando o nosso Codigo Civil com a jurisprudencia antiga, diz-nos ainda pela bocca d'um dos seus mais ardentes partidarios ²: «Anteriormente ao Codigo era direito ensinado pelos praxistas e jurisprudencia assente que as doações *inter vivos*, quer inofficiosas, quer não, se computavam sempre para as legitimas, mas não para a terça..... O Codigo porem, considerando que de tal jurisprudencia resultava ficarem muitas vezes illudidos os doados, que não concorriam para eventualidades posteriores ás doações, preceituou (artigo 1790.º e § 1.º), que, no caso de inofficiosidade, a terça fosse calculada com relação á somma total dos bens deixados pelo auctor da herança, feita a deducção das dividas da herança, e dos que houvesse doado o fallecido, porque d'este modo se alarga a quota disponível, e se garantem melhor as doações. O pensamento do Codigo, ao introduzir esta alteracão pro-

¹ *Supra*, n.º 65, proposições d e e—*Direito*, anno 7.º, n.º 3, pag. 33 e 35.

² *Rev. de Leg. e Jur.*, anno 10.º, contraminuta citada, no n.º 475, pag. 106.

¹ Veja-se a nota 2 da pag. 267, e os n.ºs 51 e 102, *supra*.

² *Supra*, n.ºs 32, 33 e 93.

funda ao nosso velho direito, foi manifestamente salvar a guardar e favorecer quanto possível as doações *inter vivos*, em regra a herdeiros legitimarios e para casamento, e não attender ou augmentar a terça, que é uma liberalidade, em proveito do contemplado com ella em testamento, o prejuizo da legitima sempre tão consagrada pelo nosso direito civil, e fundada nos bons officios que o amor, o sangue e gratidão impõem aos ascendentes para com os descendentes.»

Ha tambem escriptores que fazem vir os bens doados em vida ao cumulo para o calculo da quota disponivel, sem especialisar hypotheses, e que opinam que o art. 1790 do nossoCodigo Civil seguiu, n'este ponto, o art. 922 doCodigo Civil Francez ¹, e que alterou a jurisprudencia anterior geralmente adoptada, segundo a qual as collações não se contavam para o calculo da terça ².

Em discordancia com estes escriptores, pelo que respeita á comparação do direito novo com a jurisprudencia antiga, diz a tenção 1.ª do accordão da Relação do Porto de 22 de janeiro de 1875 ³: «uma é a operação a fazer-se para o effeito de se conhecer, se os dotes são inofficiosos, caso em que têm a incluir-se na somma total os dotes para ficticiamente se deduzir a terça, e outra é a

¹ *Rev. de Leg. e Jur.*, anno 3.º, n.º 128, pag. 379 e 380; anno 7.º, correspondencia citada, ao n.º 348, pag. 567.

² Sr. conselheiro Dias Ferreira, obra citada, volume 3.º, nota ao art. 1147, pag. 166 e 167—*Rev. de Leg. e Jur.*, anno 3.º, correspondencia citada, no n.º 128, pag. 378 e 379, e os logares citados na nota antecedente—*Gaz. da Ass. dos Adv.*, anno 2.º, n.º 22, pag. 337 e 338—*Direito*, anno 6.º, accordão da Rel. do Porto de 6 de fevereiro de 1874 e tenções d'este accordão, no n.º 11, pag. 175 e 176.

³ Veja-se no mesmo jornal e anno, n.º 477, pag. 136. Esta passagem já foi citada quasi inteiramente, com outro fim, na nota 1 da pag. 280.

operação para a terça se deduzir effectivamente, caso em que tem a deduzir-se, somente, dos bens existentes no casal ao tempo do fallecimento do inventariado, como se vê da combinação dos artigos 1789.º, 1492.º, 1493.º, 1494.º e 1790.º, parecendo-me que oCodigo a tal respeito não alterou o direito antigo ⁴.

Que pensar no meio d'esta diversidade de opiniões?

105.—Comparadas as regras que presidem ao calculo da legitima e terça, segundo o antigo direito, com as que hoje regulam a materia, apura-se que o unico ponto cuja alteração se pode discutir é o da vinda ficticia ao cumulo da herança dos bens doados em vida pelo testador, para o effeito do calculo da quota disponivel.

As regras de que este calculo se verifica na epocha do fallecimento do testador ⁵, que abrange o valor total dos bens por elle deixados ⁶, e que da massa dos bens existentes na successão se deduzom as dividas passivas da herança e as despesas do funeral ⁷ existiam já no antigo direito, e d'ellas demos conta nos logares respectivos ⁸.

Quanto á ultima regra do systema geral d'este calculo ⁹, posto não se encontrar em termos expressos e succintos na antiga jurisprudencia, constituia necessariamente, como hoje constitue, a operação final para a determinação da amplitude das quotas legitimaria e disponivel.

Ao Cod. Civ. Fr. e aos mais que o transcreveram

¹ A tenção 2.ª concorda com estas afirmações (logar citado). Veja-se o que dissermos sobre o citado accordão na nota da pag. 201.

² *Supra*, n.º 37.

³ *Supra*, n.º 42.

⁴ *Supra*, n.º 83 e 87.

⁵ *Supra*, n.º 37, 42 e 52.

⁶ *Supra*, n.º 102.

na parte relativa ao systema indicado, fomos buscar a phrase superflua «para o effeito da redução» ¹ que, seguindo-se a est'outra «calculo da terça», é preferivel á phrase *la reduction*, pela qual começa o art. 922 do Cod. Civ. Fr. ²; esta mais parece favorecer a supposição absurda de que a massa dos bens existentes na successão se junta o valor das doações feitas em vida pelo testador, só quando forem inofficiosas ³.

Alem d'isto, importámos, por essa via, o defeito que continha o § 1 do art. 1922 do Proj. Prim. do nossoCodigo Civil, emendado em sessão da Comissão Revisora por iniciativa do proprio auctor do Projecto, consistente em operar a somma do valor dos bens doados pelo testador, antes de deduzidas as dividas da herança ⁴.

Quanto á redacção, basta comparar o art. 1790, § 1, do nosso Codigo com o citado art. 922 do Cod. Civ. Fr., para se ver quão pouco influiu esta disposição na feitura d'aquella ⁵.

A respeito da vinda ficticia ao cumulo da herança dos bens doados em vida pelo testador, para que a comparação entre a antiga jurisprudencia geralmente seguida (*supra*, n.º 64), que ainda tem adeptos ⁶, e o novo direito se possa fazer com clareza, é necessario ter em vista o que fica dito nos n.ºs 32, 33, 70, 86 e 93, *supra*, sobre o emprego e accepções da palavra *terça*.

A nosso ver, deve affirmar-se:

1.º—que o direito novo, expresso na doutrina não-

especialisadora, não alterou a jurisprudencia antiga quanto ao calculo da quota disponivel;

2.º—que a antiga jurisprudencia só se aparta da nova, assim como a doutrina especialisadora, quanto ao modo como são satisfeitos, em certas hypotheses, os direitos dos donatarios por morte.

106.—Diz o sr. Visconde de Seabra, no logar por vezes citado ¹, que, segundo a pratica seguida entre nós, a terça se calculava unicamente sobre os bens existentes, deduzidas as dividas, e que, se as doações valessem mais do que a terça, o beneficiado a maior indemnizava os prejudicados na sua legitima. D'esta phrase e das seguintes, em que a palavra *terça* significa *quota disponivel*, conclue-se que os bens doados não vinham ao cumulo para calculo d'essa quota. Afigura-se-nos inexacta a affirmacção.

Collocando-nos dentro da hypothese a que o sr. Visconde se reporta, dois casos se podiam offerecer—ou os bens doados aos herdeiros legitimarios estavam desobrigados da collação, ou não.

No primeiro caso ², se suppozermos que a massa dos bens existentes vale 18, e que a dos bens doados em vida pelo testador vale tambem 18, seria igual a quota disponivel, segundo a affirmacção do sr. Visconde de Seabra, á terça parte da primeira massa; e os 30 restantes—12 dos bens existentes e 18 dos bens doados

¹ *Supra*, n.º 74.

² Este artigo ficou transcripto na nota 1 da pag. 156.

³ *Supra*, n.º 66 e a nota 3 da pag. 231.

⁴ *Supra*, n.º 53.

⁵ Veja-se a nota 2 d'esta pagina.

⁶ Veja-se a nota da pag. 200.

¹ *Supra*, n.º 65.

² Valasco, *Praxis Part. et Coll.*, cap. 14, n.º 24—Guerreiro, tratado citado, liv. 2, cap. 12, n.ºs 208, 211 e 215—Correia Telles, *Dig. Port.*, tomo 2.º, art. 1081.

em vida—comporiam a massa legitimaria que os herdeiros dividiam entre si.

Isto era um impossivel, sob o dominio da antiga legislação. Lá, a legitima comprehendia dois terços dos bens do testador ¹, e a redução por inofficiosidade só atacava as doações em vida no que ellas prejudicavam a legitima dos herdeiros legitimarios ². No caso presente, a legitima valeria 24 ³, e as doações em vida reduzir-se-hiam d'um terço e não de dois terços; ficariam a valer 12 e não unicamente 6. A massa, sobre a qual se computavam a legitima e quota disponivel, era, portanto, identica ⁴.

No segundo caso, se não houvesse donatarios em vida ou por morte, alem dos herdeiros legitimarios, não teria razão de ser o calculo da quota disponivel, e a questão resumia-se na junção dos bens doados em vida aos existentes na successão para o effeito da equalação da partilha ⁵.

Reframo-nos agora especialmente ao caso adduzido pelo sr. Visconde de Seabra, para demonstrar a insufficiencia do antigo systema ⁶.

N'esta hypothese, diz-se que não havia terça ⁷. Mas havia quota disponivel. A jurisprudencia, confundindo a medida da quota disponivel com a propria quota, era levada a asseverar, em termos geraes, que não havia

terça, ou, o que é o mesmo—*que não havia quota disponivel, nem por morte, nem em vida* ¹; assim, na hypothese presente, o que não havia, era *terça de bens existentes na successão*, da qual o testador podesse dispor por morte ².

No exemplo apresentado pelo sr. Visconde de Seabra, um dos dois herdeiros legitimarios foi beneficiado em vida do testador com 14.000 cruzados, e o extranho com 10.000 cruzados; a legitima dos dois herdeiros valeria 16.000 cruzados—dois terços da somma total do valor das doações. A acção de redução por inofficiosidade dos bens doados em vida só os atacava na parte necessaria ao preenchimento da legitima; na hypothese presente, entregue aos herdeiros legitimarios a importancia da legitima ³, a parte restante das doações em vida, ou 8.000 cruzados, representava a quota disponivel, igual á terça parte da massa sobre a qual foi computada a legitima. Notemos que o resultado seria identico, quer os donatarios em vida fossem extranhos á successão, quer algum ou alguns d'elles fossem herdeiros legitimarios e obrigados a trazer á collação os bens doados ⁴.

Se suppuzermos por ultimo que o testador doou em vida a extranhos bens valendo 3, que deixou bens va-

¹ *Supra*, n.º 33 e 68.

² Ord. Phil., liv. 4, tit. 65, § 3; tit. 93, § 3—Guerreiro, *Quest. For.* 48.ª, n.º 6—Almeida e Sousa, *Obrig. rec.*, § 393—Correia Telles, obra citada, tomo 3.º, artt. 151 e 153—Coelho da Rocha, obra citada § 353—Borges Carneiro, obra citada, liv. 1, tit. 20, § 183, n.º 8 e 9.

³ *Supra*, n.º 61.

⁴ *Supra*, n.º 72 e 77.

⁵ *Supra*, n.º 80—Ord. Phil., liv. 4, tit. 82, pr. e § 1, e tit. 92.

⁶ *Supra*, n.º 65.

⁷ Veja-se a nota 1 da pag. 241.

¹ *Supra*, n.º 93. Veja-se a nota da pag. 228, e a citada na antecedente.

² *Supra*, n.º 86.

³ *Supra*, n.º 69 e 71.

⁴ Ord. Phil., liv. 4, tit. 65, § 3; tit. 97, § 3—Valasco, *Cons. 189.ª*, n.º 27 a 30; *Praxis Part. et Coll.*, cap. 14, n.º 25; cap. 19, n.º 5—Guerreiro, tratado e livro citados, cap. 10, n.º 2 e 33—Correia Telles, obra e tomo citados, artt. 149, 151 e 1662; *Doutr. das Acções*, §§ 140 e 141—Coelho da Rocha, § 353 e nota—Borges Carneiro, obra e lugar citados, n.º 34.

lendo 12, legados valendo 2, e tinha filhos legítimos, qual seria a amplitude da quota disponível no antigo direito? Valeria 4, terço de 12 (bens deixados pelo testador), ou 5, terço de 15 (soma dos bens deixados pelo testador com os doados por elle em vida)? Sob pena de se alargar illegalmente a esphera da redução por inofficiosidade, respeitar-se-hiam as doações em vida, cumprir-se-hiam os legados, e a massa dos bens disponíveis seria representada por 5—valor formado pelo das doações em vida e por metade do valor da terça dos bens deixados pelo testador ¹.

A massa, sobre a qual se computavam a legitima e quota disponível, era, portanto, identica em qualquer das hypothèses ².

107.—Relativamente á opinião exposta pela contraminuta ³, diremos:

- 1.º—a contraminuta, na passagem transcripta, emprega a palavra *terça*, ora no sentido de quota disponível, ora no sentido de deixa da terça, referida aos bens deixados pelo testador;
- 2.º—sob o primeiro aspecto, é inexacto, como vimos, que o direito novo, expresso na doutrina não-especialisadora, modificasse a antiga juris-

¹ Vejam-se os logares citados na nota antecedente—Almeida e Sousa, *Obrig. rec.*, § 405—Correia Telles, obra e tomo citados, art. 1661 e 1681—Coelho da Rocha, obra citada, § 332—Borges Carneiro, obra e logar citados, n.º 7—e a nota 3 da pag. 238. Não formulamos no texto mais hypothèses, porquanto os desenvolvimentos em que entramos, relativamente á doutrina especialisadora, suppreinam e dispensam-nas.

² *Supra*, n.º 72 e 77. Sobre o exposto n'este n.º, veja-se também o n.º 103, *supra*.

³ *Supra*, n.º 104.

prudencia, ao contrario do que afirma a contraminuta;

- 3.º—sob o segundo aspecto, é exacto que o Código Civil alterou a antiga jurisprudencia, como se conclue do exposto nos n.ºs 86, 96 e 97, *supra*, pois, segundo ella, a deixa da terça não se computava sobre a importancia das collações.

Relativamente á opinião exposta pela tenção 1.ª do accordo citado ¹, diremos:

- 1.º—a tenção, na passagem transcripta, emprega a palavra *terça* no sentido de quota disponível, e no de deixa da terça, referida aos bens deixados pelo testador;
- 2.º—a deixa da terça, á face do novo direito, só em certos casos abrange o terço dos bens deixados pelo testador, como vimos nos n.ºs 96 e 97, *supra*;
- 3.º—sob este ponto de vista, o direito novo alterou a jurisprudencia antiga, como dissemos na 3.ª observação á doutrina da contraminuta mencionada ².

108.—Podemos agora enunciar as proposições capitales que, juntas ás apresentadas no fim de n.º 105, *supra*, completam o nosso pensar sobre a comparação entre o direito antigo e o moderno, relativamente ao calculo da quota disponível:

¹ N.º citado.

² Sobre o exposto n'este n.º, veja-se o n.º 103, *supra*.

- 1.º—entendida a expressão *calculo da terça* no sentido de *calculo da quota disponível*, o antigo systema (*supra*, n.º 64) produz os mesmos resultados praticos que a doutrina especialisadora ¹;
- 2.º—entendida a expressão *calculo da terça* (*supra*, n.º 64) no sentido de *calculo da deixa de quota parte de herança*—tal nos parece ser a sua significação real ²—e conhecido o resultado da applicação da doutrina especialisadora ³, apura-se que, nem a antiga jurisprudencia geralmente seguida, nem aquella doutrina, conteem uma formula relativa ao calculo da quota disponível, mas sim uma formula do calculo das deixas de quota parte de herança, ordinariamente das deixas cuja medida é a terça, por forma a restringir, em certas hypotheses, os direitos dos donatarios por morte;
- 3.º—entre estas duas formulas, a exacta e rigorosa é a da jurisprudencia antiga: ao passo que ella se resumia a não fazer computar a deixa da terça sobre os bens obrigados á collação, a doutrina especialisadora abrange na prohibição, indistinctamente, os bens doados em vida pelo testador; ora, só relativamente aquelles pode surgir a duvida, como procurámos demonstrar nos n.ºs 96 e 97, *supra*, e se conclue do exposto no n.º 86, *supra*,

¹ Compare-se o exposto nos n.ºs 406 e 407, *supra*, com o exposto nos n.ºs 67, 96 e 97, *supra*.

² *Supra*, n.ºs 32, 33, 80 e 86. e 93.

³ *Supra*, n.ºs 67, e 89 a 95.

pois só elles são restituídos effectivamente á massa da herança;

- 4.º—attribuido este sentido á expressão *calculo da terça*, justifica-se a referencia exclusiva da formula da jurisprudencia antiga ás collações — o que seria inexplicavel, tomando-se a expressão *calculo da terça* no sentido de *calculo da quota disponível* — formula que era legal, a acreditarmos Gama ¹; a formula da doutrina especialisadora, *reduzida a regular o calculo das deixas de quota parte de herança*, é indefensavel e illegal ², e por maioria de razão o é a primeira, sob o dominio doCodigo Civil.

Do exposto n'este capitulo e nos tres capitulos anteriores, conclue-se que o emprego da palavra *terça* tem dado origem a singulares equivocos e a extraordinarias inexactidões e absurdos. Cumpre, portanto, ao juriscônsulto, tanto no estudo como na redacção dos trabalhos juridicos, ter o maximo cuidado em evitar uma ambiguidade de sentido que lança a incerteza e a obscuridade n'um assumpto extremamente complexo.

109.—Uma grande parte das legislações estrangeiras transcreve o art. 922 doCodigo Civil Francez. Assim procedem os antigos Codigos Civis da Sardenha no art. 781, e das Duas Sicilias no art. 839, os Codigos Civis da Bolivia no art. 926, da Hollanda no art. 968, das Ilhas Jonias no art. 817, da Luisiania no art. 1492, e o dos Cantões de Friburgo no art. 764, de Neuf-

¹ *Supra*, n.º 61.

² *Supra*, n.ºs 96, 97 e 86.

chatel no art. 657, de Valais no art. 607 e de Vaud no art. 580. Unicamente se acresce no artigo citado do Código do Cantão de Valais: «Se as dividas absorverem ou excederem o valor dos bens deixados pelo defuncto, a reserva calcular-se-ha exclusivamente sobre a massa dos bens doados em vida.» O antigo Código da Sardenha, no artigo citado, faz um additamento ao art. 922 do Cod. Civ. Fr., que não respeita ao systema geral do computo das quotas legitimaria e disponível ¹.

O Projecto do Código Civil Hespanhol, no art. 648 ², e o Código Civil Italiano, no art. 822 ³, estabelecem doutrina identica á do art. 1700 do nosso Código Civil sobre o systema geral d'este calculo.

As outras legislações apresentam-nos um systema mais ou menos simplificado. N'algumas d'ellas, isto deriva, em parte, da especialidade dos seus preceitos sobre a redução das doações feitas em vida; mas muitas vezes não podem justificar-se as faltas, que devem attribuir-se ao pouco cuidado na composição dos textos da lei.

Assim, o Código Civil do Haïti, limita-se a ordenar

¹ Veja-se a obra citada de Saint-Joseph nos logares respectivos.

² Diz este artigo: «Para fijar la legitima se atenderá al valor de los bienes que hayan quedado á la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento. Al valor liquido de los bienes hereditarios se agregará el que tenían todas las donaciones del mismo testador en el tiempo en que las hizo.»

³ Diz este artigo: «Per determinare la riduzione si forma una massa di tutti i beni del testatore al tempo della morte, detrattone i debiti. Si riuniscono quindi fittiziamente i beni di cui è stato disposto a titolo di donazione..... e sull'asse così formato si caleola quale sia la porzione di cui il testatore ha potuto disporre, avuto riguardo alla qualità degli eredi aventi diritto a riserva.»

no art. 748 a redução das disposições *causa mortis*, porque n'esta legislação reconhece-se o direito de dispor da totalidade dos bens por doações *inter vivos* ¹; mas nada mais diz que respeite ao calculo da legitima e quota disponível.

O n.º 14 do cap. 8 do liv. 2 do Código da Baviera, depois de haver estabelecido a redução das doações inofficiosas, limita-se a dizer que, para este effeito, a legitima será calculada relativamente ao estado da fortuna do doador ao tempo da doação.

A lei sobre as successões do Cantão de Saint-Gall prescreve no art. 246 a avaliação da successão e manda contar só as doações em vida feitas ao esposo sobrevivente, porque as outras não as sujeita á redução ²; mas não se refere á operação da deducção das dividas.

Guardam silencio, a respeito da vinda ao cumulo das doações feitas em vida pelo testador, o Código Civil Austriaco ³, o Direito Commum Allemão ⁴, a legislação da America do Sul ⁵ e o antigo Código Civil de Modena ⁶.

Pois nem do Código do Haïti se deprehende a razão porque omittiu a exposição directa do systema de computar a legitima e quota disponível — sendo possível

¹ Vejam-se os artt. 741 e 747 do referido Código. Sobre esta legislação e a citada na nota seguinte, consulte-se a obra já mencionada de Saint-Joseph.

² Veja-se o art. 243 d'esta lei. *Supra*, n.º 72.

³ Artt. 784 a 786.

⁴ N.º 352. Sobre o que se entende por Direito Commum Allemão, veja-se a obra citada, tomo 1.º, pag. CXLII.

⁵ Liv. 2, tit. 10, n.º 402.

⁶ Artt. 1133 e 1934.

que isto se justifique pela simplicidade relativa d'este calculo, quando não tem logar a vinda ficticia ao cumulo das doações em vida ¹ — nem das outras legislações se conhecem os motivos que explicam as faltas apontadas na exposição do systema geral do mencionado calculo ².

Podemos concluir que as legislações estrangeiras não possuem disposições superiores á que no Código Civil regula o systema geral da computo da legitima e quota disponivel, quando entendida em termos habeis.

Ella offerece um quadro completó das suas operações, e é, por isso mesmo, bem preferível a muitas legislações, sob tal ponto de vista. Relativamente ao Código Civil Francez, já vimos que a superioridade estava na nossa lei civil ³.

N'uma palavra, parece-nos que o art. 1790, § 1, do Código Civil Portuguez, esclarecido pelos seus antecedentes e pela confrontação com outros preceitos do mesmo Código, encerra uma disposição que não é inferior, nem na doutrina, nem na redacção, ás disposições correspondentes dos dois codigos estrangeiros mais perfeitos sobre

a materia — o Projecto do Código Civil Hespánhol e o Código Civil Italiano.

110.—Seguir-se-hia agora a fixação das diversas medidas de legitima e quota disponivel, como commentario á regra exposta no n.º 102, *supra*; este estudo, distincto do do calculo da legitima e quota disponivel, embora estreitamente ligado a elle, será objecto d'outro trabalho.

¹ Notemos que o Código Civil do Haíti adopta no art. 704 a disposição do art. 873 do Cod. Civ. Fr., o qual torna os herdeiros responsaveis pelas dividas e encargos da successão.

² A lei citada do Cantão de Saint-Gall, tratando da partilha das successões, manda no art. 204 ter em conta todas as dividas e encargos da successão, para se determinar o estado da massa. — O Código Civil Austriaco (artt. 762, 763, 766 e 934), o Direito Commum Alemão (n.ºs 347, 369 e 351), a legislação da America do Sul (n.ºs 93, 97 e 102) e o antigo Código Civil de Modena (artt. 834, 834 e 1933), limitam as doações em vida ao valor das quotas disponiveis respectivas.—*Supra*. n.º 72.

³ *Supra*, n.º 105.

INDICE

	Pag.
PREAMBULO	7

PARTE I

ESBOÇO HISTORICO DA SUCCESSÃO LEGITIMARIA

CAPITULO I

1.—Apparecimento da noção de testamento—A successão intestada precede a testamentaria	17
2.—Direito de primogenitura masculina	19
3.—Apparecimento da noção de legitima	20
4.—Direito romano antes das Doze Taboas	21
5.—Lei das Doze Taboas—Introducção, por costume, da <i>querella do testamento inofficioso</i>	25
6.—Epocha em que foi introduzida	27
7.—A legitima romana deriva da <i>Falcidia</i>	28
8.—Medida da legitima estabelecida a favor dos filhos, antes e depois de Justiniano	30
9.—Outros herdeiros legitimarios segundo o direito romano ..	32
10.— <i>Querella da doação e dote inofficiosos</i> —Reforma de Justiniano quanto aos effeitos das referidas querellas	34
11.—Direito privilegiado a favor da Igreja Catholica; subsistencia da instituição da legitima	35

12.—Operações do calculo da legitima, segundo o direito romano; epocha, patrimonio do fallecido e deducções obrigatorias.....	Pag. 37
13.—Os bens doados em vida pelo auctor da herança eram conferidos? Exposição do parecer d'Ortolan.....	39
14 e 15.—Rejeição d'este parecer: confusão entre a noção de collação e a de conferencia dos referidos bens para o effeito do calculo da legitima; se a dita conferencia se verificava só no caso de a doação ser inofficiosa.....	40
16.—Invasão dos barbaros; a successão entre os germanos primitivos—Introdução do testamento n'estes povos; influencia da Igreja Catholica—A plena liberdade de testar entre os wisigodos.....	43
17.—Legitima wisigothica—Legitima dos descendentes; instituição do terço e quinto—Legitima paterna e d'irmãos.....	49
18.—Operações do calculo da legitima—Codigo Wisigothico—Especialidade da legislação castelhana—Regras seguidas na provincia da Catalunha.....	53

CAPITULO II

19.—Influencia do Codigo Wisigothico entre nós—Instituição do terço e quinto; quatro pontos fundamentaes a averiguar.....	57
20.—Existencia da referida instituição: differenças e analogias entre esta instituição, tal qual a praticámos, e a correspondente instituição wisigothica.....	59
21.—A instituição portugueza do terço indistincto derivou da instituição do terço e quinto.....	64
22.—O direito moiro não influenciou n'esta transformação...	74
23.—Destino das nossas quotas disponiveis primitivas.....	76
24.—A quota disponivel da quarta nos bispados da Guarda e Portalegre.....	81
25.—Outras excentricidades congeneres.....	83
26.—Fixação da doutrina do terço indistincto nas nossas Ordenações—Tercia d'alma.....	85
27.—Individualidade da nossa terça.....	88
28.—Legislação pombalina.....	89
29.—Referencia geral á materia d'este capitulo; sua principal utilidade.....	94

PARTE II

ESTUDO DO SYSTEMA GERAL DO CALCULO DA LEGITIMA E QUOTA DISPONIVEL, SEGUNDO O CODIGO CIVIL PORTUGUEZ

CAPITULO I

30 e 31.—Codigo Civil Portuguez. Noção da legitima e da quota disponivel. Art. 1790 e § 1.....	Pag. 97
32.—Confusão entre quota disponivel e terça.....	99
33.—Habito que explica esta mistura. O art. 1790, referido pelo § 2 do art. 1492, regula o calculo da quota disponivel, seja qual fór a sua medida.....	101
34.—Calculo, computo o computação da quota disponivel....	104
35.—Difficuldades inherentes a este calculo—Condição a que elle deve satisfazer.....	105
36.—Massa liquida e completa da herança. Noção geral do processo do calculo da quota disponivel—Deficiencia da legislação anterior ao Codigo Civil.....	107

CAPITULO II

37.—1.ª regra do calculo: epocha do fallecimento do testador. Antigo direito portuguez; a mesma regra segundo o Codigo Civil.....	109
38.—Art. 1095; se exceptua a regra geral—Sua deficiencia. Observações do sr. cons. Dias Ferreira; só resolve parcialmente as difficuldades.....	111
39.—Os artt. 1091 e 1092 regulam os effeitos da annullação do casamento, relativos aos bens dos conjugues.....	114
40.—Applicação do art. 1095. Combinação d'este artigo com os artt. 1492 e 1789.....	116
41.—Resumo da doutrina exposta. Como é que o art. 1095 exceptua a regra geral exposta no n.º 37, supra.....	119
42.—2.ª regra do calculo; somma do valor de todos os bens deixados pelo testador. Antigo direito portuguez; a mesma regra segundo o § 1 do art. 1790 do Codigo Civil.....	

	Pag.
43.—Artt. 1167 e 1235; se exceptuam a regra geral—Opiniões emitidas na <i>Gazeta dos Tribunaes</i> e pelo sr. cons. Dias Ferreira—Duas questões a distinguir.....	122
44.—As palavras finais do art. 1167 não se harmonizam completamente com a regra geral exposta. Qual a natureza d'esta excepção?—Doações ante-nupciaes e entre casados—Artt. 1167 e 1501; vigora a regra do 1167. Art. 1235.....	126
45.—Os artt. 1167 e 1235 não exceptuam directamente a regra geral— <i>Quid</i> , com relação ás doações entre casados....	130
46.—Se á face do exposto importa fixar o sentido das palavras finais do art. 1167	133
47.—A redução e revogação por inofficiosidade não encerram substituição fideicommissaria—Mistura das duas questões que distinguimos no n.º 43, <i>supra</i>	134
48.—As palavras finais do art. 1167 referem-se ao tempo da dissolução do casamento.....	137
49.—O § 4 do art. 1149 exceptua directamente a regra geral—Dote constituído por ambos os paes.....	141
50.—Correlação entre as excepções analysadas nos n.ºs 45 e 49, <i>supra</i> , e a regra geral do n.º 42, <i>supra</i>	143
51.—Como é que o art. 1237 exceptua a regra geral	149

CAPITULO III

52.—3.ª regra do calculo: deducções obrigatorias da massa da herança. Antigo direito portuguez.....	153
53.—§ 1 do art. 1922 do Projecto Primitivo doCodigo Civil. Observação do sr. Visconde de Seabra, quanto á deducção das dividas da herança. Duvida que levanta a virgulação do § 1 do art. 1790 doCodigo.....	155
54.—Valor liquido do espolio do testador. A palavra <i>bens</i> . A observação do sr. Visconde de Seabra, relativa aos direitos dos credores da successão.....	159
55.—Responsabilidade proporcional da quota disponivel pelas dividas da herança.....	162
56.—Modificação introduzida pelos artt. 1236 e 1237.....	164
57.—Deducção das despesas do funeral. Art. 2116.....	167
58.—Como devem ser entendidos, a este respeito, os artt. 1236 e 1237.....	170
59.—Expressões usadas peloCodigo Civil— <i>bens do testador</i> e	

	Pag.
<i>herança</i> . O que abrange a herança, na hypothese de existirem herdeiros legitimarios.....	172
60.—Comparação entre as expressões mencionadas.....	176
61.—O conjugue superstite, no casamento segundo o costume do reino, responde pelas despesas do funeral do conjugue fallecido? Direito antigo e moderno. Opiniões da <i>Rev. de Leg. e Jur.</i> , do <i>Direito</i> e do sr. conselheiro Dias Ferreira. Qual opinião perfilhamos.....	181
62.—Discussão d'este ponto.....	183
63.—Por que parte das despesas funerarias responde a meação do conjugue superstite—A doutrina exposta, applicada fóra da hypothese do casamento segundo o costume do reino—Conserva-se a identidade do valor entre as expressões <i>bens do testador</i> e <i>herança</i>	189

CAPITULO IV

64.—4.ª regra do calculo: conferencia das doações feitas em vida pelo testador. Antigo direito portuguez.....	194
65.—Observação do juriconsulto Paes da Silva ao art. 2276 do Proj. Prim. do Cod. Civ. Exposição do systema adoptado no Cod. Civ., pelo sr. Visconde de Seabra. Proposições capitae que ella encerra.....	195
66.—Pareceres emitidos sobre a referida conferencia—Qual a nossa opinião.....	199
67.—Hypotheses typos dos casos occorrentes: em que hypothese se differenceiam as soluções obtidas sob a applicação das doutrinas não-especialisadora e especialisadora. Esta ultima é falsa e absurda.....	204
68.—Marcha a adoptar no estudo d'este ponto, á vista da incapacidade da doutrina especialisadora—Condição inherente a todas as doações.....	217
69.—Calculo ficticio sobre as doações em vida e sua restituição effectiva. Caso em que estas doações são inofficiosas....	221
70.—Expressão usual: as doações em vida não augmentam a terça.....	223
71.—Calculo ficticio sobre as doações em vida e sua restituição effectiva. Caso em que estas doações não são inofficiosas....	226
72.—Correlação entre o computo da quota disponivel sobre os bens doados em vida pelo testador, e a consideração das doações em vida não inofficiosas como partes inte-	

	Pag.
grantes d'esta quota.....	229
73.—Se a expressão do art. 1790 «para o effeito da redução» legitima a doutrina especializadora. Circulo vicioso em que esta doutrina se baseia.....	230
74.—A mencionada expressão confirma a doutrina não-especializadora.....	231
75.—N'uma herança ha só uma quota disponível.....	236
76.—A doutrina especializadora augmenta arbitrariamente a quota indisponível.....	237
77.—O exame das soluções alcançadas nas tres primeiras hypotheses (n.º 67, <i>supra</i>) demonstra os vicios da doutrina especializadora. Exame da solução alcançada na hypothese 1.ª.....	239
78.—Exame da solução alcançada na hypothese 2.ª.....	242
79.—Exame da solução alcançada na hypothese 3.ª.....	245

CAPITULO V

80.—Caso em que os herdeiros legitimarios descendentes são donatarios em vida. Duas hypotheses. Hypothese 1.ª: doações por conta da legitima. Se a operação da collação, e a da conferencia ficticia dos bens doados em vida para o effeito do calculo da legitima e quota disponível, se confundem em natureza ou resultados.....	247
81.—Hypothese 2.ª: doações por conta da quota disponível. Desapparece a operação da collação. Se o calculo da legitima e quota disponível soffre alteração n'esta hypothese.....	250
82.—Accumulação das duas hypotheses mencionadas.....	251
83.—Differenças características entre as duas operações—Se existe ordem de precedencia para a sua effectuação. Caso de redução das doações.....	252
84.—Confronto das disposições dos artt. 2098, 2099 e 2111 com a doutrina exposta nos n.ºs 80 a 83, <i>supra</i>	254
85.—Continuação. Se o art. 2098 prova alguma coisa a favor ou contra a doutrina especializadora.....	257
86.—Como deve interpretar-se a expressão <i>calculo da terça</i> do art. 2098.....	260
87.—Se o art. 2111 e § 2 provam alguma coisa a favor ou contra a doutrina especializadora.....	263

88.—Conclusão do exposto desde o n.º 67: rejeição da doutrina especializadora.....	Pag.
--	------

CAPITULO VI

89.—O testador não pode alterar as regras do calculo da quota disponível, enunciadas nos n.ºs 42 e 88, <i>supra</i>	265
90.—Fixidez da amplitude d'esta quota.....	266
91.—O testador só pode regulamentar a sua applicação.....	268
92.—Calculo da quota disponível como operação preparatoria para a determinação do valor de certas deixas.....	270
93.—A medida da terça empregada para designar a quota disponível. Resultados perniciosos d'este habito.....	271
94.—A doutrina exposta nos n.ºs 89 a 91, <i>supra</i> , applica-se aos casos dos artt. 1149, n.º 1 e § 4, 1167 e 1235.....	272
95.—Regulação do calculo das deixas de quota parte de herança, por disposição do testador. É uma questão de facto... ..	273
96.—Valor real da deixa da terça, referida ou não referida só aos bens liquidos deixados pelo testador.....	276
97.— <i>Quid</i> , quando os herdeiros legitimarios são donatarios em vida e não foram dispensados da collação.....	280
98.—Deixa de quota parte da terça, referida ou não referida só aos bens liquidos deixados pelo testador.....	286
99.—Applicação a outros casos de deixa da terça ou de quota parte da terça.....	288
100.—Não se confere o valor das doações relativas á herança do doador.....	289
101.—O valor dos bens alienados em vida por titulo oneroso não se confere.....	290

CAPITULO VII

102.—5.ª regra do calculo: applicação da medida das quotas legitimaria e disponível—Especialidade do art. 1237....	291
103.—O art. 1790 regula o calculo da legitima. O calculo é um só e o mesmo para ambas as quotas, legitimaria e disponível. Art. 1237. A lei é impotente para contrariar tal regra.....	293
104.—Comparação entre o direito actual e o antigo sobre este calculo. Opiniões diversas.....	295
105 a 107.—Continuação: regras 1.ª, 2.ª, 3.ª e 5.ª—O que fo-	

- mos buscar ao art. 922 do Cod. Civ. Fr.—A nossa opinião relativamente á regra 4.ª: o direito novo não alterou a jurisprudencia antiga relativamente ao calculo da quota disponivel, mas alterou-o relativamente ao calculo da deixa da terça..... 297
- 108.—Completa-se a opinião exposta no n.º 103, *supra*. Nem a antiga jurisprudencia geralmente seguida, nem a doutrina especialisadora, conteem uma formula de calculo da quota disponivel. Reduzidas á sua verdadeira significação, são ambas illegaes, segundo o Código Civil... 303
- 109.—Legislação comparada 305
- 110.—Estudo a fazer, como commentario á 5.ª regra do calculo 309

ERRATAS PRINCIPAES

<i>Página</i>	<i>Linha</i>	<i>Erro</i>	<i>Emenda</i>
79	29 e 30	, das Ordenações na nota 3 da pag. 42.	das Ordenações na nota 1 da pag. 76.
185	12	herança,	herança
