

## II

### A LEGITIMA DOS FILHOS PERFILHADOS

Interpretação do art. 1.785.º do Código Civil

Eis o relatório do Sr. Dr. Mário de Castro :

*1 — Fui há dias consultado sôbre a forma de fazer a partilha, ab-in-testato, de uma herança de bens imóveis rústicos no valor de mil contos, aberta por falecimento de um indivíduo que deixou viuva, com quem era casado em regimen de comunhão de bens, dois filhos dêste casamento e um filho perfilhado depois dêle.*

*Respondi :*

*De harmonia com o disposto nos artigos 129.º, 1.939.º, 1.990.º, 1.991.º e 1.785.º do Código Civil, uma vez que o Autor da herança faleceu sem testamento, e sendo certo que por haver um único filho perfilhado depois do casamento nunca a legítima dêste pode exceder o valor da quota disponível, creio não haver dúvidas nenhuma em que a partilha há-de ser feita repartindo-se tôda a meação do falecido pelos seus três filhos, mas de forma que o quinhão do filho perfilhado seja inferior, num têtço, ao quinhão de cada um dos seus irmãos legítimos.*

*Com efeito, e ao que supponho, as disposições legais citadas que constituem o assento da matéria, estão intumescidas digamos assim, dêstes princípios dominantes e fundamentais :*

- a) Os filhos perfilhados hão-de receber um quinhão igual ao dos legítimos menos um têtço, quer sejam perfilhados antes do casamento, quer sejam perfilhados depois, com a única excepção do artigo 1.992.º do Código Civil, isto*

*é, se forem perfilhados depois do casamento e a quota disponível não chegar para lhes dar pagamento, pois em tal caso só receberão o que pelo rateio desta lhes couber :*

- b) *a legítima dos perfilhados antes do casamento é, portanto, igual à dos filhos perfilhados depois do casamento: a única diferença entre a legítima dos perfilhados antes e a dos perfilhados depois do casamento, está em que a destes sairá da quota disponível;*
- c) *a legítima dos filhos legítimos nunca pode ser afectada pela existência de filhos perfilhados após o casamento, isto é, a reserva legitimária há de ser sempre repartida exclusivamente entre os filhos legítimos, ou entre estes e os perfilhados antes do casamento, se os houver.*

*Sendo assim, o cálculo há-de ser feito, necessariamente, sobre a totalidade do monte partível, isto é, sobre a totalidade da herança, se o autor dela não fez testamento; sobre a reserva legitimária se o falecido dispõe de toda a quota disponível; ou sobre a soma da reserva legitimária com a parte da quota disponível que sobrou da disposição testamentária, se o testador não dispõe de toda a quota disponível.*

*Chegado a este ponto, bem poderia dizer agora que o resto já não é comigo, mas sim com os matemáticos, por que é para calculo.*

*Ensinam êles que os resultados numéricos do princípio estabelecido se apuram pelas fórmulas seguintes :*

$$x = \frac{3H}{3l + 2p} \qquad y = \frac{2H}{3l + 2p}$$

*em que H representa o valor da herança a partilhar; l o número de filhos legítimos; p o número de filhos perfilhados; x o quinhão dos legítimos e y o quinhão dos perfilhados.*

*Aplicando estas fórmulas, como o que há a partilhar é a meação do falecido, no valor de 500 contos, temos :*

$$x = \frac{3 \times 500}{3 \times 2 + 2 \times 1} = \frac{1.500}{6 + 2} = \frac{1.500}{8} = 187,5$$

$$x = \frac{2 \times 500}{3 \times 2 + 2 \times 1} = \frac{1.000}{6 + 2} = \frac{1.000}{8} = 125$$

Quere dizer: é o quinhão de cada legítimo 187.500\$00  
 E o quinhão do perfilhado ..... 125.000\$00

Ou o que tanto monta: — cada um dos legítimos tem três oitavos da meação de falecido e o perfilhado tem dois oitavos.

Como se vê, não me foi necessário entrar na discussão, que anda agora muito acêsa, sôbre o alcance a dar ao n.º 1.785, quando o autor da herança dispôs de parte, ou da totalidade, da sua quota disponível, e deixou filhos legítimos e perfilhados depois do casamento.

Mas tive evidentemente de estudá-la, e daí me vieram ganas de lhe ferrar também o dente.

2. — Estão em confronto duas teses opostas, a saber:

- 1.ª) — a legítima dos filhos perfilhados depois do casamento há-de ser calculada como se fôsem perfilhados antes do casamento, isto é, como se concorressem com os legítimos à reserva hereditária, com a só diferença de que o seu pagamento há-de efectuar-se depois pelas fôrças da quota disponível.

Figura-se o seguinte exemplo: — herança de 300 contos; dois filhos legítimos, dois filhos perfilhados depois do casamento, disposição da quota disponível para um dêstes.

Por esta tese, sendo a reserva hereditária de 150 contos, há-de dividir-se em quatro partes, das quais duas inferiores num têrço a cada uma das outras.

Desta forma teríamos: — quinhão dos legítimos 45 contos; quinhão dos perfilhados 30 contos. Mas como os quinhões dos perfilhados hão-de sair da quota disponível, para não haver prejuízos da legítima dos legítimos, segue-se que a reserva hereditária há-de ser tôda atribuída a estes dois, de modo que estes vêm a receber, na realidade 75 contos cada um, e os perfilhados 30 contos cada um, a saírem da quota disponível;

*A partilha seria, pois assim :*

<i>Legítimo A</i> .....	75 contos
<i>Legítimo B</i> .....	75 »
<i>Perfilhado C</i> .....	30 »
<i>Perfilhado D</i> .....	30 »
	<hr/>
	210 »
<i>Parte disponível</i> .....	90 »
	<hr/>
	300 »

*que será atribuída ao herdeiro testamentário.*

*Foi esta a tese adoptada pelo Ac. do Supremo Tribunal Administrativa de 5 de Junho de 1940 e defendida pelos professores Barbosa de Magalhães, F. A. Pires de Lima e Paulo Cunha; e pelos meus ilustres colegas Drs. Carlos Pires, Orlando de Melo Rêgo e José Gualberto de Sá Carneiro.*

2.ª) — *A legítima dos filhos perfilhados depois do casamento, havendo disposição da quota disponível na totalidade, pode ser igual à dos legítimos menos um terço, calculada a dos legítimos pela atribuição a êles de tôda a reserva hereditária, como na realidade acontece.*

*No exemplo figurado, sendo a herança de 300 contos, é a reserva hereditária de 150 contos; e como os filhos legítimos são dois, é a legítima de cada um 75 contos, pelo que é de 50 contos a legítima dos perfilhados.*

*A herança repartir-se-ia, pois, assim :*

<i>Legítimo A</i> .....	75 contos
<i>Legítimo B</i> .....	75 »
<i>Perfilhado C</i> .....	50 »
<i>Perfilhado D</i> .....	50 »
	<hr/>
	250 »
<i>Parte disponível</i> .....	50 »
	<hr/>
	300 »

*que será atribuída ao herdeiro testamentário.*

*Foi esta a tese seguida pelo Ac. do Tribunal da 2.ª Instância do Contencioso das Contribuições e Impostos de 7 de Fevereiro de 1940 e sustentada pelos professores Jaime Gouveia e José Gabriel Pinto Coelho; e pelos meus ilustres colegas Dr. Palma Carlos e Dr. Joaquim Gualberto de Sá Carneiro.*

*Não conheço o parecer do Prof. Pinto Coelho.*

*Qual das duas orientações será, de juro constituto, mais conforme à lei?*

*Não deixa de ser curioso notar que os propugnadores de cada uma das duas teses se espantam mútua e reciprocamente de que outra interpretação possa ser dada à lei, de tal forma lhes parece clara e insofismável a sua ...*

*Por mim, desde já arrisco que ambos os partidos tem razão, por que ambos respeitam a lei e a violam ao mesmo tempo...*

*Há, por vezes, no direito, situações assim paradoxais e extravagantes, — que resultam de o legislador inadvertidamente se contradizer a si próprio.*

3. — O que sobretudo impressiona os partidários da 1.ª tese, e os decide contra a 2.ª, é o facto de, aplicando o critério desta, os filhos perfilhados depois do casamento, se concorrerem à herança só com legítimos, virem a receber mais do que receberiam se fossem perfilhados antes.

Com efeito se fossem perfilhados antes, não há dúvida nenhuma de que, no exemplo figurado, receberiam cada um só 30 contos; ao passo que, sendo perfilhados depois, receberiam, aplicando o critério da 2.ª tese, 50 contos.

Ora a lei, se fez diferença entre as duas categorias se perfilhados, foi para favorecer os perfilhados antes do casamento e desfavorecer os perfilhados depois, em regra adulterinos, tanto assim que aqueles concorrem com os legítimos à reserva hereditária e, por isso, nunca podem receber menos de dois terços do que recebem estes, ao passo que os perfilhados depois do casamento não concorrem à reserva legítimária e, por isso, podem vir a receber menos de dois terços do que recebem os legítimos, no

*caso de, por serem muitos, a quota disponível não chegar para dar pagamento dos dois terços a cada um e ter de se efectuar o rateio; artigos 1.785.º e 1.992.º do Código Civil.*

*Aliás, dizem os partidários da 1.ª tese, foi precisamente para frustrar essa anomalia que o legislador do decreto-lei 19.126 acrescentou no § 2.º do artigo 1.785 as palavras: «calculada nos termos do n.º 1.º», como se mostra à evidência da Nota Oficiosa do Ministério da Justiça, onde se escreveu:*

*«as modificações tiveram em vista sancionar a interpretação da jurisprudência doutrinal e dos tribunais e calcular as legítimas dos perflhados na mesma base tanto na hipótese perflhados depois do matrimónio serem mais beneficiados do § 1.º como no § 2.º, para evitar o absurdo de os filhos perflhados depois do matrimónio serem mais beneficiados que os perflhados antes, como por vezes se entendia.»*

*Em face do que deixámos exposto, é de todo o ponto irrecusável, sem necessidade de mais demonstrações, que na verdade a anomalia se verifica, e que o legislador a não pode ter querido.*

*Por outro lado, também a nosso ver se não pode negar que as modificações introduzidas pelo decreto-lei 19:126 tiveram por fim frustrar esta anomalia.*

*Em primeiro lugar, porque essa intenção se patenteia claramente na Nota Oficiosa, que é um precioso elemento sistemático, racional e lógico, e confirma o elemento histórico.*

*Dizem em contrário os partidários da 2.ª tese que o decreto 19:126 teve, «por sem dúvida, a intenção de evitar que os filhos perflhados depois do matrimónio tivessem uma legítima superior à dos filhos perflhados antes do matrimónio».*

*A ratio disponendi foi esta e só esta:*

*«de maneira que se existir simul filhos perflhados antes e filhos perflhados depois, o limite da quota legítimária dos perflhados depois é fixada pela quota legítimária dos perflhados antes do matrimónio», (Prof. Jaime de Gouveia, in «Jornal do Fôro» — 3.º — pág. 138).*

*E êste pensamento, vem reforçado com outro, emitido pelo*

*Senhor Doutor Palma Carlos: — as modificações introduzidas pelo legislador do Dec. 19:126 tiveram por fim evitar as confusões que anteriormente se levantavam em redor da palavra outros, postas em relevo pelo Prof. José Tavares, e segundo as quais se poderia porventura entender que a referência a outros era aos outros ilegítimos, pelo que se estabeleceriam três medidas de legítimas, consoante os filhos fossem legítimos, perfilhados antes ou perfilhados depois do casamento: os perfilhados antes dois terços da legítima dos legítimos, e os perfilhados depois dois terços da legítima dos perfilhados antes do casamento.*

*O pensamento do legislador não poderia ter sido o que lhe atribui o Senhor Doutor Palma Carlos, porque se êsse fosse o seu pensamento, não teria concerteza deixado persistir na lei a palavra outros.*

*Nenhum obstáculo haveria a que a substituisse pela palavra legítimos, pois assim se dissipariam claramente tôdas as dúvidas.*

*Tanto mais quanto é certo que, se essa tivesse sido a sua intenção, bastaria, para a exprimir, fazer a sobredita substituição de palavras, sem necessidade de complicar o texto com mais a frase: calculada nos termos do n.º 1.º*

*Acresce, que a interpretação do termo outros, com referência aos perfilhados antes do casamento, era puramente arbitrária. Em primeiro lugar porque o corpo do artigo 1.785.º estabelece qual a concorrência sôbre a qual vai prescrever: é a concorrência, não de perfilhados com perfilhados, mas de legítimos com perfilhados. De seguida faz separadamente, e em cada um dos seus parágrafos a prescrição para cada uma das duas concorrências: de legítimos com perfilhados antes, e de legítimos com perfilhados depois. Estas duas prescrições ficam independentes entre si, e cada uma depende só do corpo do artigo. Além disso, e sôbre estas razões de economia do texto, há outra razão assás decisiva: é a de que o entendimento da palavra outros em referência com perfilhados antes, contrariava uma disposição substancial, contida no artigo 1.990: a igualdade das legítimas das duas categorias de perfilhados.*

*Quanto às razões transcritas do Prof. Jaime de Gouveia, também não procedem.*

*Se com elas se pretende dizer que a intenção do legislador foi evitar que os filhos perflhados depois do matrimónio tivessem uma legítima superior à dos filhos perflhados antes; na hipótese de concorrerem só com legítimos, e, portanto, abstractamente, faz-se uma afirmação segura e certa, que corresponde, aliás, aquilo mesmo que dizem os propagadores da 1.ª tese.*

*Mas o Prof. Jaime de Gouveia quiz dizer coisa diversa: quiz dizer que o legislador teve por intenção evitar uma anomalia concreta, real: quiz evitar que de facto, e, portanto, quando os perflhados depois concorressem também com perflhados antes, aqueles tivessem um quinhão superior ao destes.*

*Ora o legislador não poderia ter querido isto, pela razão simples de que isto nunca se poderia dar, mesmo sob o domínio da antiga redacção do n.º 2.º do art. 1.785, ou seja do Dec. de 31 de Outubro de 1910, a não ser que a palavra outros se referisse a perflhados, o que já acima se reftava.*

*Sempre que de facto esta concorrência se desse, sempre a legítima dos perflhados depois do casamento haveria de ser igual à dos perflhados antes, com a única diferença de, aquela, ser paga pelas fôrças da quota disponível, e portanto, com a única excepção prevista no art. 1.992 do Código Civil: não chegar a quota, disponível para, em razão do número, serem pagos todos os perflhados após o casamento.*

*Pois não dizia já o n.º 2.º do art. 1785, na sua anterior redacção, que a legítima dos perflhados após o casamento não excederia a dos legítimos menos um terço?*

*Onde os partidários da 1.ª tese não teem razão é quando afirmam que a frase calculada nos termos do n.º 1.º seria uma pura redundância, se tivesse o pensamento de estabelecer a medida ou quotidade da legítima dos perflhados depois do casamento, como querem os partidários da 2.ª tese, pois que esse pensamento estava já expresso nas palavras imediatamente anteriores: «não excederá a legítima dos outros menos um terço».*

*Não haveria redundância, dentro da interpretação defendida pelos partidários da 2.ª tese, porque, dentro dela, a frase calculada nos termos do n.º 1.º, tinha uma função diversa da frase imediata-*

mente anterior «não excederá a legítima dos outros menos um terço».

Esta última frase é que teria a função de estabelecer a medida da legítima dos perfilhados depois do casamento; aquela teria uma função diferente: a de estabelecer que essa quantidade ou medida era estabelecida por referência à quota dos legítimos e não por referência à quota dos outros perfilhados, visto que a dúvida que teria em vista resolver era a dúvida resultante da palavra outros que vem inserta na frase imediatamente anterior.

Mas, como já vimos, há outras razões que invalidam a 2.<sup>a</sup> tese.

Além das que já enunciámos, resta esta última, com o acréscimo das palavras calculada nos termos do n.º 1.º; ter-se-ia querido evitar que os perfilhados depois do casamento recebessem mais do que os perfilhados antes.

Mas a dúvida resolvida, e o fim atingido, dentro da lógica da sua argumentação, não eram afinal impedir que os perfilhados depois do casamento recebessem mais: pelo contrário, eram impedir que êles recebessem menos, visto que, por força da solução, e da sua lógica interna, o que se evitava era que os perfilhados depois do casamento recebessem dois terços da legítima dos perfilhados anteriormente, quando deviam receber dois terços da legítima dos legítimos.

Temos, pois, por demonstrado, o que afirmámos e cremos: — com a intromissão das palavras «calculada nos termos do n.º 1.º», o que o legislador realmente quiz foi evitar a anomalia verificada de os perfilhados depois do casamento receberam mais do que receberiam se tivessem sido perfilhados antes. Neste particular, têm incontestável razão os partidários da 1.<sup>a</sup> tese.

Mas será apesar disso preferível? Tem razão a pergunta, porque, como passaremos a ver, o problema, em vez de ficar resolvido, ficou pelo contrário, muito complicado.

Para frustrar a sobredita anomalia, o legislador do Decreto 19:126 criou outras que não sei se não serão maiores, mais inconvenientes e mais contraditórias com o seu pensamento central e essencial.

4. — O pensamento central e essencial da lei, aquele que, segundo suponho e acima afirmei, por assim dizer intumesce

as suas disposições que constituem o assento desta matéria (arts. 129.º, 1.785.º, 1.989.º, 1.990.º, 1.991.º e 1.992.º) desdobra-se nos já assinalados os aspectos seguintes :

- a) — a legítima dos filhos perfilhados, quer antes quer depois do casamento, é igual à dos filhos legítimos menos um terço, com a única excepção ,para os perfilhados depois do casamento, prevista no art. 1.992.º ;
- b) — as legítimas dos filhos perfilhados são, portanto, iguais entre si: a única diferença entre a legítima dos perfilhados antes e dos perfilhados depois do casamento, está em que a destes sairá da quota disponível e, por isso, pode sofrer a excepção do artigo 1.992 ;
- c) — a legítima dos filhos legítimos nunca pode ser afectada pela existência de filhos perfilhados depois do casamento, isto é, a reserva legitimária há-de ser sempre repartida exclusivamente entre os filhos legítimos, ou entre estes e os perfilhados antes do casamento, se os houver.

Crêmos esta matéria perfeitamente apodítica. No entanto, faremos algumas considerações demonstrativas. A doutrina da alínea a), creio que não pode sofrer a mínima discussão. No entanto, a sua demonstração faz-se, sobretudo, com a demonstração da alínea b).

Com efeito, em face do disposto no artigo 1.900 não pode pôr-se em dúvida que, na hipótese de só concorrerem perfilhados entre si, a sua legítima será perfeitamente igual, mesmo que uns sejam perfilhados antes e outros depois do casamento. O mais que sob êste aspecto se poderá arriscar — e mesmo duvidosamente — é que a legítima dos perfilhados antes do casamento sairá, como a dos legítimos, da reserva hereditária e, por isso, que também no concurso de perfilhados antes do casamento com perfilhados depois do casamento se poderá verificar a hipótese do artigo 1.992.

Para o caso do concurso das duas categorias de perfilhados entre si, nem mesmo pode invocar-se o artigo 1.785, visto que a doutrina dêste artigo se aplica exclusivamente ao concurso de legítimos com perfilhados.

*Sendo assim, torna-se perfeitamente absurdo que o artigo 1.785.º n.º 2.º pudesse conter o pensamento de desigualar os quinhões dos perflhados antes e dos perflhados depois do casamento. fora da hipótese contemplada no artigo 1.992.*

*É que não se compreende — constitui realmente um absurdo — que a quota dos perflhados depois do casamento fosse igual à dos perflhados antes do casamento em certos casos, e deixasse de o ser noutros casos.*

*Compreende-se que assim seja quando se trata de defender a quota dos filhos legítimos e, por isso, se estabeleceu o preceito do n.º 2.º do art. 1.785.º e do art. 1.992.º*

*Fora desta hipótese, além do absurdo, é chocante com o preceito do art. 1.990.º, à interpretação do qual se pode aplicar com propriedade o velho brocardo «ubi lex non distinguit...»*

*Aliás, é o próprio artigo 1.785.º n.º 2.º que contém o pensamento de que a quota dos perflhados após o casamento tem que ser igual a dois terços da quota dos legítimos, excepto quando se der a hipótese do art. 1.992.º*

*De facto o n.º 2.º do art. 1.782.º diz que «a legítima não excederá a legítima dos outros menos um terço, calculada nos termos do n.º 1.º».*

*Notaremos, em primeiro lugar, que a expressão: calculada nos termos do n.º 1.º, precisamente quando significa que o calculo há-de ser feito como se os perflhados depois do casamento o tivessem sido antes, quer dizer também que há-de estabelecer-se em quantitativo igual ao da legítima dos legítimos menos um terço.*

*Na realidade, se o calculo há-de ser feito nos termos do n.º 1.º, isto é, como se os filhos perflhados depois do casamento o tivessem sido antes, pergunta-se: e como é feito êste calculo? Estabelecendo-se na partilha a proporção de 2 para 3, porquanto, nos termos do n.º 1.º, o calculo é feito atribuindo-se aos perflhados quota igual à dos legítimos menos um terço. Se o calculo há-de ser feito como se os perflhados depois do casamento o tivessem sido antes, é evidentíssimo que terá de ser feito na proporção de 2 para 3, pois de contrário já não teria feito como se tivessem sido perflhados antes, visto que, neste caso, necessariamente o calculo terá de ser feito na aludida proporção. Acresce que êste pensa-*

mento está do mesmo modo consagrado na expressão «não excederá a legítima dos outros menos um têtço». Esta expressão não pode significar outra coisa que não seja aquilo mesmo que se contém no n.º 1.º sob a forma de «será igual» à legítima dêstes menos um têtço». Primeiramente porque, se outra pudesse ser a sua interpretação colidia com a expressão seguinte: «calculada nos termos do n.º 1.º», dado o conteúdo que esta expressão tem e acabámos de analisar; em segundo lugar, interpretada «a contrário», dizendo-se: se não pode exceder, é porque pode ficar àquém, chocava com o princípio geral, já acima demonstrado, segundo o qual a quota dos perfilhados depois há-de ser igual à dos perfilhados antes, isto é, a quota dos perfilhados no concurso entre si é sempre igual, com a única diferença do pagamento do quinhão dos perfilhados depois, sair da quota disponível.

A única interpretação legítima que nos fica da diferença de redacção entre o n.º 1.º e o n.º 2.º, quando a êste ponto é afinal a seguinte: com esta diferente redacção preveniu-se simplesmente a hipótese do art. 1.992.º, isto é, a hipótese de a quota disponível não chegar e ter de haver rateio entre os perfilhados após o casamento. É evidente que, se a redacção do n.º 2.º fôsse exactamente igual à do n.º 1.º e, por isso, prescrevesse que a legítima dos perfilhados depois do casamento será igual à dos legítimos menos um têtço, ficaria em colisão com a expressão «que sairá só da quota disponível» com que finalizava a redacção anterior. e com o preceito exarado no art. 1.992.º

Na verdade, como é que poderia ao mesmo tempo ser forçosamente igual à dos legítimos menos um têtço e sair da quota disponível, se esta não chegasse para o pagamento a todos? Foi para prevenir esta hipótese que se usou a expressão «não excederá», a qual significa que pode realmente não chegar aos dois terços, mas por virtude da excepção prescrita no art. 1.992.º, que nada mais é aliás, do que um preceito meramente complementar, senão redundante, dêste outro preceito que vem logo a seguir: «e sairá só da quota disponível».

6. — Vamos ver agora que a 1.ª tese, frustando realmente a anomalia de os filhos perfilhados depois do casamento poderem receber maior quinhão do que se fôsem perfilhados antes, cria no

*entanto outras anomalias mais graves — e essas anomalias consistem na infracção daqueles princípios que, segundo acabámos de demonstrar, são a ossatura da lei nesta matéria.*

*Com efeito, a aplicação da 1.ª tese conduz às seguintes consequências :*

- a) — *os filhos perfilhados depois do casamento, concorrendo só com filhos legítimos, vêm na realidade a receber menos de dois terços do que estes, sem ser por efeito do art. 1.992.º;*
- b) — *os filhos perfilhados depois do casamento recebem comparativamente menos do que receberiam os perfilhados antes do casamento, sem ser por efeito do art. 1.992.º, o que significa que a solução, para evitar que eles recebam mais, incorre no vício contrário de fazer com que eles recebam menos;*
- c) — *os filhos perfilhados depois do casamento, na hipótese de haver disposição da quota disponível, recebem menos do que na hipótese de não haver disposição da quota disponível, quando é evidente, que a lei não quis tal distinção, tanto assim que sacrifica quota disponível à legítima dos referidos filhos;*
- d) — *a legítima dos filhos perfilhados após o casamento varia, em relação à legítima dos legítimos, consoante concorrem ou não com perfilhados antes do casamento;*
- e) — *neutraliza por completo o art. 1.992.º, visto que, aplicando o critério da 1.ª tese, o rateio seria sempre inconcebível: se o quinhão dos perfilhados após o casamento há-de ser calculado sobre a reserva hereditária, isto é, como se fôsem perfilhados antes, sempre os seus quinhões caberão, sem se comprimirem, dentro da quota disponível, uma vez que esta é igual, à indisponível.*

*Demonstremos agora como realmente a 1.ª tese dá origem a estas anomalias que infringem o pensamento central do instituto.*

*Reportemo-nos, por isso, ao exemplo concretamente apresentado. Herança de 300 contos; dois filhos legítimos; dois filhos perfilhados após o casamento.*

*Aplicando a 1.ª tese, temos que cada um dos legítimos recebe 75 contos, e cada um dos perfilhados recebe 30 contos.*

*Isto porque, por um lado, se fez o cálculo da legítima dos perfilhados depois como se o tivessem sido antes; e, por outro lado, porque a legítima dos legítimos não pode ser prejudicada pela dos perfilhados após o casamento.*

*Sendo assim, a legítima dos legítimos fica inalterável nos 75 contos (metade da reserva hereditária visto que são dois) e o quinhão dos perfilhados é que se reduz como se aquela também fôsse reduzida isto é, como se os perfilhados depois do casamento o fôsem antes, mas sem redução real, por isso que o quinhão dos perfilhados vem a sair da quota disponível.*

*Ora a quantia de 30 contos é inferior a dois terços de 75 contos: e assim fica demonstrada a anomalia da alínea a).*

*Por outro lado, voltando a face a êste aspecto do problema, logo se vê que fica implicitamente demonstrada também a matéria da alínea b).*

*Na verdade, se os filhos tivessem sido perfilhados antes do casamento receberiam, é certo, os mesmos 30 contos; mas estes 30 contos eram realmente  $\frac{2}{3}$  da legítima dos legítimos, e, portanto, representariam mais do que os mesmos 30 contos dos perfilhados após o casamento, visto que neste caso, êsses 30 contos eram inferiores a  $\frac{2}{3}$  da legítima dos legítimos.*

*Por outro lado, não parece haver dúvidas de que, não havendo disposição da quota disponível, o cálculo da partilha havia de ser feito entrando em linha de conta com todo o acervo da herança, sempre exceptuada, claro está, a hipótese do art. 1.992.º do Código Civil.*

*Mas, sendo assim, já o quinhão dos perfilhados após o casamento seria sem sombra de dúvida igual a dois terços da legítima dos legítimos, contrariamente ao que sucede quando há disposição de quota disponível e se dá a hipótese que nos ocupa; concorrência de legítimos em perfilhados após o casamento, em que, como vimos, o quinhão dêstes vem a ser na realidade inferior a dois terços do daqueles.*

*Fica assim demonstrada, também, a matéria da alínea c).*

*Sob outro aspecto, também a legítima dos perfilhados depois*

*do casamento varia: é quando concorrem simultaneamente com perflhados antes do casamento, pois neste caso a sua legítima não pode deixar de ser igual à dos legítimos menos um têtço, ao passo que, concorrendo só com legítimos, será na realidade, como temos visto, inferior a dois têtços, sem ser por efeito do art. 1.992.º Esta consideração demonstra a matéria da alínea d).*

*Quanto, finalmente, à matéria da alínea e), nada mais é necessário acrescentar-se além do que já se disse: — a aplicação da 1.ª tese conduz de facto à neutralização do artigo 1.992.*

*Ora se o legislador tivesse tido em vista o alcance que a 1.ª tese dá ao n.º 2.º do art. 1.785, seria completamente escusado êste artigo 1.992.º, pois preceituaria e mtal caso para uma hipótese compleamente impossível.*

*7. — Mediante estas considerações aportamos a esta conclusão: — a primeira tese está realmente de harmonia com a intenção do legislador e evita a anomalia de se estabelecer para os perflhados depois do casamento quinhão maior do que êles teriam se tivessem sido perflhados antes; mas a sua aplicação gera outras anomalias não menos chocantes da intenção do legislador ao regular esta matéria, como, por exemplo, a de desigualar os quinhões dos perflhados entre si, e com os quinhões dos legítimos.*

*Seguindo a segunda tese salvam-se estas anomalias, mas gera-se aquela.*

*Em qualquer das hipóteses, e por uma redacção infeliz do texto da lei, está criada uma situação irredutível, mercê da qual se terão sempre que infringir uns preceitos para salvar outros. Daí que o intérprete tenha de exercer como que uma opção. Por qual das duas teses? Cremos que a opção deve naturalmente recaír sôbre aquela que se mostrar menos inconveniente, tanto sob o ponto de vista quantitativo como sob o ponto de vista qualitativo: isto é, tanto sob o ponto de vista do número de inconvenientes criados, como sob o ponto de vista da sua qualidade ou natureza. E a êste respeito, cremos que bem pode orientar o critério prevalente do interesse público, ou o interesse público mais intenso e prevalente, se em ambos os casos o interesse público predominar sôbre o interesse privado.*

8. — *Verificamos, em primeiro lugar, que adoptando a 1.ª tese se salvam anomalias puramente abstractas, ao passo que pela segunda se salvam anomalias concretas;*

*Doutro modo: pela 1.ª tese criam-se inconvenientes reais e concretos; pela 2.ª tese criam-se inconvenientes puramente abstractos, e já isto seria motivo para despertar em nós uma inclinação. Depois, adoptando a 2.ª tese, qual é o interesse que porventura se lesa? O interesse do herdeiro testamentário, em benefício do herdeiro legítimo.*

*Adoptando a 1.ª tese, pelo contrário, favorece-se o herdeiro testamentário em prejuízo do herdeiro legítimo.*

*Ora na colisão dos dois interesses, cremos, que tóda a substância da lei nos impõe a prevalência dêste sôbre aquêle.*

*Na protecção dos legítimos há uma razão de interesse e ordem pública; ao passo que na protecção aos testamentários há uma razão de puro interesse privado.*

*Por isso somos de parecer que é pela 2.ª tese que devemos optar.*

Sôbre êste lúcido e forte relatório se estabeleceu a discussão.

Os defensores da chamada 1.ª tese — que teve grande número de adeptos — sustentaram desenvolvidamente o seu ponto de vista :

O texto primitivo do art. 1785.º do Código Civil suscitou quatro dúvidas principais :

1.ª dúvida : O termo «outros» empregado no n.º 2.º do artigo, referir-se-ia aos «filhos legítimos» ou antes aos «filhos perfilhados antes do casamento»? No primeiro caso, a todos os perfilhados (quer antes quer depois do casamento) se applicaria a medida de «dois terços» da legítima da cada filho legítimo. No segundo caso, aos perfilhados depois do casamento caberiam apenas, e sempre, «dois terços» da porção de cada perfilhado antes do casamento, ou seja  $\frac{4}{9}$  da legítima de cada filho legítimo ( $\frac{2}{3}$  de  $\frac{2}{3} = \frac{4}{9}$ ).

2.ª dúvida : Não se dando o nome de «legítima» à porção dos filhos perfilhados depois do casamento, e estabelecendo-se sair esta porção da parte disponível da herança, dever-se-ia applicar-lhe a doutrina geral sôbre inoficiosidade?

3.ª dúvida : Ao dizer-se no n.º 2.º do art. 1785.º que a «porção» dos perflhados depois do casamento não excederá certo limite. querer-se-ia com isso regular somente a sucessão forçada de tais filhos, sem qualquer restrição da possibilidade de serem contemplados em sucessão testamentária, ou querer-se-ia estabelecer quer o máximo a receber pelos perflhados depois do casamento, fôsse qual fôsse a fonte da vocação sucessória (vedando-se-lhes pois a possibilidade de, mesmo por sucessão testamentária, herdarem mais que a referida porção-limite)?

4.ª dúvida : Dever-se-iam calcular os  $\frac{2}{3}$  pertencentes aos perflhados depois do casamento tal como se êles fossem perflhados antes (a-fim-de a sua porção não ser inexplicavelmente maior só pelo facto de sair da parte disponível da herança)? Ou, ao contrário, o cálculo da legítima dos perflhados depois do casamento deveria fazer-se com base na legítima efectiva dos filhos legítimos (embora daí resulte uma ampliação da «legítima» dos perflhados em relação ao que teriam se a sua perflhação fôsse anterior ao casamento)?

Na nova redacção dada pelo Decreto 19:126 ao art. 1785.º do Código Civil, notam-se as seguintes diferenças em relação à antiga norma :

a) Substituição das palavras «terça disponível» por «cota disponível».

É óbvio que se trata de mera actualização, em conformidade com o sistema estabelecido em 1910.

b) Substituição das palavras «sua porção» pelas palavras «sua legítima».

Pronunciou-se aqui a lei sobre a terceira das questões acima enunciadas. Ao qualificar expressamente de «legítima» a porção-limite dos perflhados depois do casamento, excluiu a doutrina que entendia haver em tal preceito uma restrição à própria possibilidade de ser o filho ilegítimo contemplado em testamento.

c) Aditamento da parte final do n.º 2.º : «considerando-se inoficiosas, etc.».

Com êste aditamento tomou a lei posição quanto à segunda das questões enunciadas. Ficou definitivamente esclarecido (o que aliás já em parte acontecera com o decreto n.º 5.644, de 1919) que

à legítima dos perfilhados depois do casamento são aplicáveis os princípios gerais sôbre inoficiosidade, sem embargo de se tratar de uma porção de bens saída daquela parte da herança que normalmente é disponível.

d) **Acrescentamento** — às palavras antigas «a legítima dos outros menos um terço» — da expressão nova «calculada nos termos do n.º 1».

Reporta-se êste acrescentamento à quarta dúvida, ou seja, à questão que em especial se discutiu.

Em que medida a solução a dar-lhe é afectada por esta intercalação das palavras «CALCULADA NOS TERMOS DO N.º 1», é o que se torna essencial determinar.

e) Quanto à primeira questão, a de saber se o termo «outros», empregado no n.º 2.º do art. 1785.º, se refere aos filhos legítimos, ou antes aos perfilhados anteriormente ao casamento (ou seja, se a porção dos perfilhados depois do casamento é também de  $\frac{2}{3}$  da porção dos filhos legítimos, ou antes de  $\frac{4}{9}$  de tal porção). — nenhum elemento esclarecedor trouxe a Reforma de 1930. O que aliás não importa grandemente por isso que esta primeira questão, tendo sido muito discutida na doutrina, se encontra desde há bastante tempo arrumada na prática; entendendo-se e praticando-se communmente que só existe a medida de « $\frac{2}{3}$ », e não uma segunda medida de « $\frac{4}{9}$ ».

Mas não teriam dado qualquer contribuição para êste problema as palavras «calculada nos termos do n.º 1»?

É manifesto que não. O problema dos  $\frac{2}{3}$  ou  $\frac{4}{9}$  resulta de se perguntar a que filhos se refere a palavra «OUTROS» — se aos legítimos, se aos ilegítimos perfilhados antes, uns e outros contemplados no n.º 1.º do artigo, — e não de se inquirir qual o modo de fazer o cálculo da legítima dêstes ou daqueles.

Só depois de se assentar a que «outros» se reporta a lei, é possível entrar a ver quais os termos em que, para o efeito, deverá calcular-se a legítima dêstes «outros», quaisquer que sejam.

E que não é possível confundir ou identificar uma questão com a outra, é ponto sôbre que seria ocioso insistir.

Deixemos, portanto, para traz a questão que acima enunciámos em primeiro lugar. A Reforma de 1930 não lhe deu nova luz;

mas nem por isso se pode hoje duvidar de que o critério dos «2/3 de 2/3» não é o da lei.

Nisto estão de acôrdo todos.

Qual é o alcance das palavras: «Calculada nos termos do n.º 1.º»?

Uma interpretação que dê por não escritas tais palavras, estará liminarmente condenada.

Nas «observações sôbre a Reforma do Código Civil» publicadas em 1934, o Dr. António Pinto de Mesquita — autor do *Projecto* que foi convertido no Decreto n.º 19:126:

«Na sucessão de filhos perflhados em concorrência com filhos legítimos pôs-se termo a uma anomalia a que a imperfeita redacção do Código dava lugar. E essa anomalia ainda se tornou mais flagrante depois do decreto de 31 de Outubro de 1910, que elevou a cota disponível para metade. A lei com tôda a razão quiz dar melhoria e maior garantia aos filhos que já estivessem perflhados à data do casamento do pai, do que àqueles que só depois viessem a ser reconhecidos ou a fazer-se reconhecer judicialmente. E assim aos primeiros garantia incondicionalmente uma porção igual à legítima dos filhos menos um terço, e aos segundos igual porção mas extraída apenas da cota disponível do pai, que ficava cativa dessa obrigação. No caso de perflhação anterior ao casamento, o pai podia dispor de tôda a sua cota livre a favor dos filhos legítimos, e os ilegítimos teriam de concorrer à outra metade com os legítimos para receberem igual porção à dêstes, menos um terço, e assim a cota legitimária seria repartida entre os filhos legítimos e ilegítimos. No outro caso como os filhos ilegítimos não iriam quinhoar nessa cota, visto as suas legítimas saírem da cota disponível, a cota legitimária era apenas dividida entre os filhos legítimos, dando assim uma legítima maior a cada um, e, portanto, também uma maior legítima aos perflhados e ficando o pai privado de poder dispor da cota disponível destinada a compor essas legítimas. Um exemplo melhor pode esclarecer êste ponto: suponhamos uma herança de 300 contos a que concorrem três filhos legítimos e três perflhados. Se estes foram antes do casamento do pai, êle pode dispor de tôda a sua metade livre a favor dos filhos legítimos, e à outra metade, representando a cota

legitimária, no valor de 150 contos, concorrem todos os filhos legítimos e ilegítimos, recebendo da legítima aquêles 30 contos e estes 20 contos, e como os primeiros tem mais da cota disponível 50 contos cada um, vem a receber 80 contos ao todo.

«Mas no caso da perfilhação ser posterior ao casamento, podendo até recaír sôbre filhos adulterinos, a legítima dêstes não era tirada da cota legitimária destinada apenas às legítimas dos filhos legítimos, passando essas legítimas, que na anterior hipótese eram de 30 contos, a ser de 50 contos. E como as legítimas dos ilegítimos são iguais às dos legítimos menos um terço, passavam neste caso a ser de  $\frac{2}{3}$  de 50 contos ou sejam 33.333 $\frac{1}{3}$ , a saír da cota disponível, e não apenas de 20 contos como no caso anterior.

«A minha opinião foi sempre de que, atendendo ao espírito da lei, as legítimas dos filhos ilegítimos deviam ser as mesmas em ambos os casos, restritas no segundo aos limites da cota disponível, mas a letra da lei e a forma usual do cálculo das cotas legitimárias levavam a outra conclusão, que era a mais seguida.

«Pelo Reforma põe-se termo a essas dúvidas e contradições, mandando-se nos dois casos calcular as legítimas dos perfilhados nas mesmas bases, e portanto no memo quantitativo.

Em perfeita correpondência com o que escreveu o autor do Projecto, pronunciou-se assim o Ministro da Justiça, na nota officiosa publicada em esclarecimento do decreto n.º 19:126 :

«As modificações (ao artigo 1785.º) tiveram em vista sancionar a interpretação da jurisprudência doutrinal e dos tribunais, e calcular as legítimas dos perfilhados na mesma base, tanto na hipótese do § 1.º, como do § 2.º, para evitar o absurdo de os filhos perfilhados depois do matrimónio serem mais beneficiados que os perfilhados antes, como por vezes se entendia».

Suponha-se a seguinte hipótese :

- a) Herança 300 contos.
- b) 2 filhos legítimos, A e B.
- c) 2 filhos ilegítimos, ambos perfilhados depois do casamento :  
C. e D.

Que, perante estes dados, os filhos legítimos herdem por su-

cessão legitimária 150 contos (75 para A, e 75 para B), ninguém contesta.

Que a legítima de C e de D há-de sair dos 150 contos restantes, também ninguém põe em dúvida.

Que na determinação da legítima de C e de D se há-de aplicar a medida « $2/3$ », e não a medida « $4/9$ », é ainda aspecto sôbre que não há discordâncias.

O dissídio está no apuramento do «quantum» cujos  $2/3$  serão a medida das legítimas de C e de D.

Segundo a solução apresentada pela 2.<sup>a</sup> tese, as coisas passam-se assim :

— O art. 1785.<sup>o</sup> n.<sup>o</sup> 2, diz que a legítima dos perflhados depois do casamento não excederá a legítima dos outros menos um terço, e sairá só da cota disponível da herança.

— Sendo a herança de 300 contos, e consistindo portanto a cota legitimária normal em 150 contos, a cada filho legítimo (A e B) cabem 75 contos.

— Ora se a cada perflhado depois do casamento (C e D) pertencem  $2/3$  da porção de cada filho legítimo, imediatamente se conclue que tanto a C como a D competem  $2/3$  de 75 contos, ou sejam 50 contos a cada um...

Esta solução, à primeira vista, julgar-se-á correcta.

Porém se se atender nela um instante, e se considerar a lei, vê-se logo que padece do defeito insanável de fazer tábua-raza da Reforma de 1930. Aplica uma lei que hoje não existe.

Para o reconhecer, basta isto : suponha-se que a Reforma de 1930 não intercalara no n.<sup>o</sup> 2 do art. 1785.<sup>o</sup> as palavras «CALCULADA NOS TERMOS DO N.<sup>o</sup> 1», e façam-se as contas.

Chegar-se-á precisamente ao mesmo resultado : «Se os filhos forem perflhados depois de contraído o matrimónio (C e D), a sua legítima não excederá a legítima dos outros (75 contos de A, e 75 contos de B), menos um terço (25 contos em cada), e sairá só da cota disponível da herança (segundos 150 contos)». Ou seja : 75 contos, menos 25 contos, igual a 50 contos.

Isto é, a interpretação sustentada pela 2.<sup>a</sup> tese quadra como uma luva ao texto velho do art. 1785.<sup>o</sup> do Código Civil, e não atribue qualquer alcance à intercalação feita pelo Dec. 19 :126.

As palavras «CALCULADA NOS TERMOS DO N.º 1», inovadas em 1930, não-de ter algum alcance : pois na doutrina da 2.ª tese não se lhes dá alcance nenhum.

Essas palavras mandam que, para os efeitos do n.º 2, se faça um cálculo nos termos do n.º 1 : em tal doutrina não se faz semelhante cálculo.

*Se não eram as palavras acrescentadas em 1930, o «quantum» que serve de base ao cálculo dos 2/3 seria determinação, não nos termos do n.º 1.º, mas nos termos gerais da pura divisão da metade indisponível da herança pelos filhos legítimos. Pois a doutrina da 2.ª tese continua a proceder desta maneira, e assim esquece ou despreza «de pleno» a nova injunção legal que manda determinar esse «quantum» nos termos do n.º 1.*

Não é preciso mais para se ter de concluir pela rejeição de uma tal doutrina. Está em contraste aberto com a lei vigente.

A questão põe-se assim :

Quando concorrem à sucessão filhos legítimos e filhos perfilhados, a lei entende que uns e outros devem herdar legitimariamente, mas não em quantitativos iguais. Cada perfilhado terá um terço menos que cada legítimo.

Há porém uma distinção a fazer, postulada pelo interesse dos filhos de matrimónio :

— Se as perfilhações estavam consumadas antes do casamento, bem está que, guardada a proporção de 2/3 para a unidade, os perfilhados partilhem com os legítimos a metade normalmente indisponível da herança.

— Se as perfilhações são posteriores, a justa protecção dos filhos legítimos exige que a participação hereditária dos perfilhados se faça sem diminuição daquilo que legitimariamente os legítimos receberiam se não houvesse tais perfilhações. E por isso é a primeira metade da herança adjudicada aos filhos legítimos, remetendo-se os perfilhados depois do casamento para a segunda metade.

Cumpre salientar o segundo ponto fundamental :

— a circunstância de ser perfilhado antes ou depois do casamento tem relevância lógica para quaisquer efeitos que possam representar uma defesa dos interesses dos filhos legítimos (daí,

o deslocar-se a legítima dos perflhados depois do casamento para a metade normalmente disponível da herança);

— não a tem para o efeito de quantitativamente os perflhados deverem ser tratados de maneiras diversas, e, sobretudo, para o efeito absurdo de o filho ilegítimo receber maior legítima se fôr perflhado depois do casamento do que a que receberia se tivesse sido antes.

Quere dizer :

— a legítima do perflhado depois do casamento não há-de afectar a porção legitimária do legítimo ;

— consegue-se isso dando-se ao legítimo tudo aquilo que êle teria por sucessão forçada se não existisse o perflhado ;

— mas, feito isto, está esgotada a relevância da qualidade de «perflhado depois do casamento», e não se descobre sombra de razão para calcular o «quantum» do filho ilegítimo, a sair da segunda metade da herança, em termos diferentes daqueles que seriam applicados se êsse «quantum» houvesse de sair da primeira metade.

Há mais. Se a legítima do perflhado fôsse em tal hipótese calculada em termos de atingir quantitativo maior do que o que atingiria se a perflhação tivesse precedido o casamento, o resultado seria duplamente injustificado :

— primeiro, por a melhoria de posição do filho perflhado não ter causa racional ;

— segundo, por a posição do filho legítimo vir a ficar indirectamente prejudicada com essa melhoria, que aliás só a própria protecção do filho legítimo teria inadvertidamente provocado. Com efeito, se a legítima do perflhado fôsse maior nos casos de perflhação posterior ao casamento, seguir-se-ia que, na hipótese freqüente de o pai querer deixar tôda a parte disponível ao filho legítimo, êste acabaria por herdar menos do que herdaria se a lei não adoptasse a cautela de fazer sair da segunda metade da herança a legítima do perflhado !

Foi para evitar estes resultados estranhos que o Dec. n.º 19 :126 modificou o n.º 2 do art. 1785.º, mandando fazer o cálculo — quanto às legítimas dos perflhados depois do casamento — nos termos do n.º 11.

E compreende-se agora como é de aplaudir esta modificação :

— manteve-se a norma de que a «legítima» dos perflhados depois do casamento sairá só da cota disponível da herança ; e assim se defendem os filhos do matrimónio ;

— manteve-se o critério de adoptar como medida, para essa porção dos perflhados, os dois terços da legítima dos filhos legítimos ; e assim se guardou o critério geral usado para todos os perflhados ;

— mas acrescentou-se que a base de apuramento dos  $\frac{2}{3}$  deve ser calculada, não como se houvesse filhos legítimos, mas nos termos do n.º 1 do artigo (ou seja, como se os perflhados depois do casamento fossem perflhados antes dele) ; e assim se obtêm, para efeitos de cálculo, uma base capaz de evitar os resultados injustificados e injustificáveis que acima se evidenciaram.

Isto, o que está claramente posto na letra da lei, conforme a sua redacção actual. E, como se vê, a análise lógica do problema confirma-o de maneira plena.

Se se relembrem os aspectos pertinentes ao elemento histórico da interpretação ; se se acrescentar que não se descobre outro entendimento que possa atribuir à intercalação de 1930 um alcance útil, — ter-se-á reunido todos os dados que podem interessar à solução do problema.

Regressando à hipótese concreta de há pouco :

a) Herança : 300 contos.

b) Não há perflhação antes do casamento ; logo, a primeira metade da herança será absorvida pelas legítimas dos filhos legítimos : Filho A, 75 contos, e Filho B, 75 contos.

c) Passa-se agora ao apuramento das porções dos perflhados depois do casamento. Tais porções tem por medida um valor que a lei designa assim : «Legítima dos outros (filhos legítimos), menos um terço, calculada nos termos do n.º 1.º».

Trata-se aqui, não de voltar a encontrar uma segunda e verdadeira legítima dos filhos do matrimónio, mas de apurar um *valor de cálculo* para, com base nele, se determinar a legítima dos perflhados

Trata-se, numa palavra, de apurar a legítima dos perfilhados tal como se as perfilhações tivessem precedido o casamento : por isso se manda fazer o cálculo nos termos do n.º 1.

E o apuramento é portanto êste :

— Se C e D fossem perfilhados antes do casamento, a primeira metade dividir-se-ia entre êles e os filhos legítimos A e B, na base de aqueles terem  $\frac{2}{3}$  das legítimas dêstes. Ou seja : A, 45 contos ; B, 45 contos ; C, 30 contos D, 30 contos. Total, 150 contos.

A verba de 30 contos é assim a «legítima dos outros, menos um terço, calculada nos termos do n.º 1», e constitue a medida da legítima dos perfilhados.

Como, porém, C e D são perfilhados depois do casamento, as suas legítimas, de 30 contos para cada, saem da segunda metade da herança, e não da primeira.

Nada mais simples, mais claro, mais concreto.

Não há ficção alguma :

Tomar certo valor abstracto como factor para um cálculo, não é fingir que existe o que na realidade não existe ; é fazer uma simples operação mental para, em obediência à lei, se encontrar um valor final, que só êsse virá a ser «ente jurídico»...

Quando concorram à sucessão simultâneamente filhos legítimos, perfilhados antes e perfilhados depois — surgem quatro modalidades de interpretação do art. 1.785.º do Código Civil entre os sequazes da 1.ª tese :

a) Os perfilhados depois recebem quinhões quantitativos iguais as que caibam aos perfilhados antes ;

b) as cotas dos perfilhados depois são calculadas como se tivessem sido perfilhados antes — abstraindo, para êsse cálculo, de que existem, efectivamente, perfilhados antes ;

c) o cálculo faz-se como se todos os ilegítimos tivessem sido perfilhados antes : e as cotas assim obtidas, e iguais entre si, são atribuídas a uma e outra espécie de ilegítimos ; tudo o resto pertencerá aos filhos legítimos ;

d) a cota dos filhos perfilhados antes, é obtida como se êles concorressem sòzinhos com os legítimos ; a dos perfilhados depois, é calculada como se fôssem perfilhados antes, mas levando tam-

bém em conta, para o cômputo, o número de filhos que efectivamente tinham sido perfilhados antes.

Foi esta última modalidade que reüniu maior número de sufrágios.

Esquemáticamente, digam-se os argumentos da 2.<sup>a</sup> tese.

Segundo esta : a «legítima» dos filhos ilegítimos, perfilhados depois do matrimónio, quando concorrem à herança, quer só com filhos legítimos, quer com estes e filhos ilegítimos perfilhados antes do matrimónio, é constituída por dois terços da «legítima» real e efectiva que compete aos filhos legítimos.

Além desta diferença de *quantidade* (receber menos um terço) — duas diferenças ainda se verificam entre a situação dos filhos legítimos e a dos perfilhados depois do casamento :

a) a «legítima» destes sai da cota disponível ;

b) como única excepção ao princípio da proporção 3 para 2, pode suceder que na hipótese prevista no art. 1992.º essa proporção não seja possível.

Isto era assim no sistema do Código Civil — e continua a sê-lo, depois da Reforma introduzida pelo Decreto n.º 19.126.

É que a nova redacção que êste deu ao art. 1785.º do Código teve uma finalidade meramente interpretativa (e não inovadora) como se vê da «nota oficiosa» de 16 de Dezembro de 1930 — e das próprias palavras do Dr. António Pinto de Mesquita, segundo o qual a doutrina adoptada já estava implícita no Código Civil.

Da actual redacção do n.º 2 do art. 1785.º, e das suas referências à *legítima* dos filhos perfilhados depois do casamento, e à *legítima* dos filhos legítimos infere-se : para evitar um absurdo que por vezes se cometia, expressamente se indicou que a *legítima* não era a legítima abstracta mas a legítima real e efectiva, aquela legítima que os filhos legítimos realmente recebiam.

E por isso se manda relacionar os dois terços da *legítima* dos perfilhados depois, com a *legítima dos legítimos, calculada esta nos termos do n.º 1.*

Quer dizer que a subtracção de um têtço, à *legítima* dos legítimos se efectiva depois de determinada esta, prèviamente, nos termos do n.º 1. O mesmo é dizer que a *legítima* dos legítimos não será a metade da herança, mas aquilo que resultar, depois da concorrência dos perflhados antes a essa *legítima*, uma vez que essa concorrência, quando se tenha de verificar, pela existência de perflhados antes, diminui a *legítima* dos legítimos.

Os perflhados depois, receberão, em suma, um têtço menos que os legítimos. Esse têtço é calculado em relação à *legítima* dos legítimos, mais à «legítima» *real e efectiva* que cada legítimo recebe.

Desta forma a expressão «calculada nos termos do n.º 1» desempenha função capital — e diversa da que a 1.ª tese lhe atribui — exactamente por impedir cálculos effectuados sôbre totais de *legítima*, para os filhos legítimos ou para estes e perflhados antes, mas permitindo apenas que o cálculo se efectue sôbre aquilo que realmente cabe a cada filho legítimo, depois de distribuída a *legítima* por todos êles, sós ou em concorrência com filhos perflhados antes.

Só por êste critério — dizem os sequazes desta tese — se impede que a alteração introduzida pela reforma do Código Civil para evitar que os filhos perflhados depois do casamento recebessem mais que os perflhados antes, acarretasse como conseqüência que os perflhados depois recebessem — não se percebe porquê — menos que os perflhados antes.

Pela 1.ª tese, o art. 1.992.º do Código Civil deixaria de ter campo de aplicação. A 2.ª conserva-lho. Ora, o legislador de 1930 não o revogou...

A 1.ª tese mantém no domínio da sucessão legítima a proporção de *dois terços* entre as quotas do filho legítimo e a do perflhado depois do casamento — e recusa essa proporção no caso da sucessão legitimária. A 2.ª tese mantém-na sempre, o que respeita a norma inserta no art. 1.991.º do Código, segundo o qual na sucessão legítima como na legitimária, a *proporção e termos terão de ser os mesmos*.

O legislador não quis que o filho perflhado depois do casamento *recebesse mais que o perflhado antes*.

De acôrdo. Mas isso é muito diferente daquilo que dizem os

partidários da 1.<sup>a</sup> tese : que o legislador não quis que os filhos perfilhados depois *recebessem mais do que receberiam se tivessem sido perfilhados antes...*

A fechar a discussão, houve quem observasse :

Quando haja concorrência de filhos legítimos, perfilhados antes e perfilhados depois do casamento, acontece as duas categorias de ilegítimos virem a receber, efectivamente, quantias diferentes na divisão da herança do *de cuius*.

Não se trata de *anomalias*; trata-se duma consequência da lei, e que não repugna aos princípios fundamentais invocáveis na matéria.

Todavia numa reforma legislativa seria de adoptar uma solução

Poderia acrescentar-se ao art. 1.785.º do Código Civil um 3.º preferível à actual.

número, em que se diria, substancialmente, que :

— «Havendo concorrência, na sucessão, entre filhos legítimos, ilegítimos perfilhados antes, e perfilhados depois do casamento, o cálculo faz-se nos termos dos n.º 1.º e 2.º do artigo, mas a soma das *legítimas*, assim calculadas para os ilegítimos, será dividida igualmente pelo número de ilegítimos ; a *legítima* efectiva de cada ilegítimo, consistirá neste cociente».

Nesta hipótese, aceitar-se-ia que a *legítima* dos perfilhados depois do casamento não tivessem de sair, tóda, da quota disponível.

A discussão travou-se nas sessões de 3, 10, 17, 24 de Fevereiro e 3 e 10 de Março de 1941 ; tomaram parte nela, além do Dr. Mário de Castro, os professores Barbosa de Magalhães, Paulo Cunha, José Gabriel Pinto Coelho, e os Doutores Ary da Fonseca, Marques Martinho, Fernando Olavo, José Maria Galvão Telles e Francisco M. Gentil.