

C) PROJECTOS DE LEI

O Instituto da Conferência recebeu a seguinte comunicação, subscrita pelo Sr. Dr. Domingos Pinto Coelho, antigo Bastonário da Ordem, orgulho da nossa profissão, veterano que mantém agudas e vigilantes a inteligência, a sagacidade, a lucidez e a vasta erudição jurídica que lhe deram, desde há tantos anos, um alto renome indiscutido :

A questão da legítima dos filhos perfilhados depois de contraído o matrimónio tem sido ultimamente, como se sabe, objecto de porfiadas discussões.

Trata-se da interpretação do art. 1.785.º do Código Civil depois da modificação introduzida pelo decreto-lei n.º 19.126, artigo aquele que importa também harmonizar com os arts. 1.990.º, 1.991.º e 1.992.º

Foi o caso levado à Conferência da Ordem dos Advogados por um muito hábil relatório do Sr. Dr. Mário de Castro datado de 3 de Fevereiro de 1941 o qual merece a mais atenta leitura. E como na conferência êsse relatório fôsse em parte combatido, ainda o mesmo illustre advogado publicou sôbre êle esclarecimentos.

Relatório e esclarecimentos constam dum folheto de 31 páginas.

Antes dêste Relatório e verosimilmente como origem dêle, suscitara-se a hipótese jurídica nos tribunais de Contencioso de Contribuições e Impostos a propósito da liquidação de imposto sucessório.

É claro que a importância do imposto dependia da fixação da

quota dos herdeiros. Eram estes, dois filhos legítimos e dois perflhados depois do casamento.

O Tribunal do Contencioso de 2.^a instância em Acórdão de 7 de Fevereiro de 1940 deu certa interpretação ao citado art. 1.785.^o

Mas êste Acórdão foi revogado pelo do Supremo Tribunal Administrativo de 5 de Junho do mesmo ano, o qual interpretou o citado art. 1.785.^o por modo muito diverso do seguido pelo Tribunal de 2.^a instância.

A doutrina dêste tribunal teve a apoiá-la pareceres dos professores José Gabriel Pinto Coelho e Jaime de Gouveia e dos advogados Drs. Palma Carlos e Joaquim Gualberto de Sá Carneiro.

A doutrina do Supremo Administrativo foi defendida pelos professores Barbosa de Magalhães, F. A. Pires de Lima e Paulo Cunha e pelos advogados Drs. Carlos Pires, Orlando Rêgo e José Gualberto de Sá Carneiro.

Claro que, nas conferências da Ordem dos Advogados, provocadas pelo Relatório do Sr. Dr. Mário de Castro, entraram na discussão os defensores das duas doutrinas opostas (1).

E já depois disso o professor José Gabriel Pinto Coelho, sob o título *Subsídios para o Estudo do Problema do Cálculo da Legítima dos Filhos Perflhados* publicou um folheto de 146 páginas, no qual todos os problemas ligados ao assunto são versados com uma minuciosidade que se nos afigura exaustiva.

Minuciosidade exaustiva, dizemos.

Mas da qual possa esperar-se, por parte dos tribunais ou dos intérpretes, uma opinião não diremos unânime, caso raro, mas uma interpretação geralmente aceite?

Não parece que deva esperar-se tal.

É que a diversidade fundamental de pareceres não deriva só do *Tot capita, tot sententiae* nem de subtilezas de argumentação.

Deriva da origem, que é a *lei*: a lei, quere dizer, a modificação que o citado decreto n.^o 19.126 veio introduzir em o n.^o 2 do art. 1.785.^o do Código Civil.

Como se sabe, a autoria desta modificação é do Dr. António Pinto Mesquita.

(1) Os pormenores desta discussão vêm excelentemente relatados e comentados na «Revista da Ordem dos Advogados» Ano I, n.^o 2 a pág. 420 e seguintes, pelo sr. dr. Francisco M. Gentil.

Qual o propósito a que obedeceu?

Expressa-o claramente o Dr. Mesquita na publicação que fez em 1934 sobre as alterações introduzidas pelo decreto n.º 19.126, texto do qual extraímos para o caso as seguintes linhas que nos parecem suficiente :

«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 (perfilhação anterior e perfilhação posterior ao casamento — o parentesis é nosso) 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».

E conclue :

«Pela Reforma põe-se têrmo a essas dúvidas e contradições, mandando-se nos dois casos calcular as legítimas dos perfilhados nas mesmas bases e portanto no mesmo quantitativo».

Aqui temos, pois, expressado pelo autor da modificação — expressão de especial autoridade — o fim que aquela se propôs : pôr fim à anomalia, a que levava a anterior redacção do n.º 2 do art. 1.785.º : poderem os perfilhados depois do casamento ser mais favorecidos em sua legítima de que os perfilhados antes.

Sucedeu, porém, que êste propósito a tal ponto se assenhoreou do espírito do reformador, isto é, do redactor do novo n.º 2, que êle abstraíu de tôdas as demais conseqüências da reforma. A sua preocupação obcecou-o ; não cogitou de outras conseqüências provindas da letra do novo n.º 2.

Ora com a experiência essas outras conseqüências vieram surgindo como surpresas decerto para o próprio autor da reforma, que delas não cogitara e que, se cogitasse, as não teria querido.

Assim : calculada a legítima dos perfilhados depois do casamento como se o tivessem sido antes e portanto em concorrência com a legítima dos legítimos saindo aquelas legítimas da metade disponível, sucede que podem vir a ser, não iguais à dos legítimos menos $\frac{1}{3}$, mas muito inferiores.

Não vale a pena fazer aqui o cálculo que vem muitas vezes feito nos escritos a que acima nos referimos.

Ora no texto do Dr. Mesquita a que acima nos referimos lê-se isto :

«E como as legítimas dos ilegítimos (refere-se o Dr. Mesquita precisamente às dos ilegítimos *perfilhados após o casamento*) são iguais às dos legítimos menos um terço, etc., etc.

Eis, pois, uma conseqüência-surprêsa : e surprêsa que o reformador não só não previu, mas repeliu se a tivesse previsto.

Outra surprêsa é esta : o art. 1.992.º é expresso em prever que a legítima dos perfilhados depois do casamento pode exceder a quota disponível e preceitua que nesse caso êles recebam só essa quota rateando-a entre si.

Mas se as legítimas dêstes perfilhados são calculadas pelo modo preceituado em o n.º 2 do art. 1.785.º é evidente que jãmais poderá dar-se o caso de excederem a quota disponível, por mais numerosas que sejam : pois que, sendo as duas quotas, indisponível e disponível, iguais entre si, desde que couberam na primeira jãmais poderão deixar de caber na segunda.

Teríamos, pois, o art. 1.992.º em conflito com o n.º 2 do art. 1.785.º

Outras conseqüências ou *anomalias* aponta o Sr. Dr. Mário de Castro no seu folheto (com algumas das quais não concordamos).

As que aí ficam bastam a demonstrar o que dissemos : O novo n.º 2 do art. 1.785.º foi redigido com uma preocupação única e exclusiva. Quis atingir-se com a nova redacção em certo escôpo. Só a êle se olhou. E depois, surgiram as conseqüências que vieram destruir alguns dos princípios que, para a doutrina, para a jurisprudência e para o próprio autor da reforma eram básicas.

Navegando-se, pois, em plena contradição, como poderá a hermenêutica, como poderá qualquer intérprete, por mais engenhoso que seja, harmonizar o que é essencialmente contraditório?

É tentar a quadratura do círculo. (Lemos nos jornais que um distinto matemático anuncia tê-la conseguido, mas isso é matéria para geômetras, que não para juristas).

O que acabamos de dizer não é mais, note-se, do que repe-

tição do que conclue o Sr. Dr. Mário de Castro que a pág. 16 do seu folheto escreveu :

«... por uma redacção infeliz do texto da lei está criada uma situação irreductível, mercê da qual se terão sempre que infringir uns preceitos para salvar outros».

Nenhum privilégio de invenção, pois, pretendemos adquirir. O que só pretendemos foi resumir em poucos períodos e condensar o estado da questão, como fundamento ao propósito que nos ditou o que estamos dizendo e é o seguinte :

O Sr. Dr. Mário de Castro, depois de verificar a colisão irreductível, qual solução propõe?

Uma opção. Opção que deve naturalmente preferir aquela das duas teses em conflito que se mostrar melhor ou menos má.

Como solução, *rebus sic stantibus*, admite-se.

Mas acaso é solução admissível como permanente, definitiva?

Desde que se admite que o intérprete possa optar, igualmente poderão optar os tribunais. E aí teremos uns acórdãos a optar pela solução A, outros pela solução B conforme a sua livre e variável apreciação sôbre aquela que ofereça mais vantagens, menos inconvenientes.

Ora êste estado de incerteza é o mais calamitoso que pode dar-se na espécie. Não mais haverá segurança para quem recorre aos tribunais, nem para o advogado que pretenda conscienciosamente pronunciar-se, aconselhar ao cliente a acção ou a abstenção.

Desde que as opiniões estão divididas como os factos o manifestam e a divisão se afigura irremediável, a solução é só uma : *promover a emenda da lei* e prosseguir êsse resultado sem desfalecimento.

A propósito nos lembra um caso de quando era novo quem isto escreve. Sucediã-se os congressos agrícolas porque a lavoura sofria então (como hoje sofre) e buscava remédio.

Um dos mais entusiastas congressistas, era o 1.º Visconde de Coruche, lavrador importante que, nos jornais, nas revistas e por tôda a parte advogava intrépido as panaceias que julgava conducentes a debelar a crise.

Ora, pois, quando em Congresso, algum orador assinalava um mal a que era preciso acudir, o Visconde logo atalhava :

— Isso, faz-se uma lei...

Tão grande era a sua fé reformadora, que atribuía ao Congresso faculdades legislativas ! Estranha ilusão. Não nos aponta a memória que algum dos votos, alguma das conclusões, em que eram férteis aquelas assembleias agrícolas, lograsse o êxito que muitas mereciam.

É claro, pois, que não vamos dizer : « reforma-se a lei ».

Mas a Ordem, se não tem faculdades legislativas, tem a autoridade que lhe provem da categoria dos seus membros e do seu elevado proceder ; e a experiência mostra que os poderes públicos a ouvem e não raro atendem os seus votos.

Isto nos leva a crer que maior seria a proficuidade dos trabalhos da Ordem se, em vez de os seus membros prosseguirem em intermináveis discussões sôbre a interpretação de um texto defeituoso, se dedicassem a estudar um projecto vasado na melhor doutrina e onde estivessem previstos e resolvidos com clareza os problemas que nascem da concorrência dos ilegítimos com os perfilhados antes e os perfilhados depois do matrimónio.

Não será o propósito de fácil consecução. Também aí, em apurar a doutrina sã e em a adaptar às variadas hipóteses, surgirão as opiniões encontradas. Mas não deve perder-se a esperança de que a um acôrdo se chegue, votado ao menos por maioria importante.

Fixados os textos das modificações a introduzir no Código sôbre o assunto, seria então o momento de intervir junto do Ministro.

E a alta capacidade do illustre membro do Govêrno e as provas de consideração de que, para com a Ordem, não tem sido avaro, constituem legítima esperança de bom acolhimento.

É até de crer que o illustre Ministro seria o primeiro a reconhecer o serviço assim prestado pela Ordem à Nação, contribuindo para aperfeiçoar o Código Civil em assunto de tanto alcance e de tão freqüente aplicação a casos ocorrentes.

Fornecer-se-ia aos tribunais um terreno sólido para as suas decisões, evitando-se as contraditórias que não prestigiam os juizes e tanto prejudicam os litigantes.

Tudo leva, pois, a crer que a iniciativa da Ordem lograria êxito.

Isto dito, convirá... esboçar, ao menos, o esquema das questões a ventilar?

O Sr. Dr. Francisco Gentil, na tão lúcida recapitulação que fez dos trâmites da discussão travada nas Conferências da Ordem e a que já atraz nos referimos, sugere, a pág. 432 do citado n.º 2 da *Revista* como conclusão aos comentários em que expressa o seu autorizado parecer, uma única «modificação legal» a fazer e que seria acrescentar ao art. 1.785.º um n.º 3 assim concebido :

«Havendo concorrência, na sucessão, entre filhos legítimos, ilegítimos, perfilhados antes e perfilhados depois do casamento, o cálculo faz-se nos termos dos n.ºs 1 e 2, 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».

O Sr. Dr. Gentil, porém, nos seus referidos comentários, toma partido nítido pela 1.ª das duas teses em conflito; e o n.º 3 que alvitra tenderia, apenas, a conciliar as divergências — que surgem entre os próprios sequazes da 1.ª tese — quando consideram a hipótese de, com filhos legítimos, concorrerem perfilhados antes e perfilhados depois do casamento.

Conseqüentemente, a divergência essencial entre a 1.ª e 2.ª a tese subsistiria; e continuariam a encontrar defensores as teses 1.ª e 2.ª — isto tanto no campo dos intérpretes como no dos julgamentos.

Ora o propósito dêste trabalho é mais amplo: é tomar a questão desde a sua raiz.

E assim, apenas como elemento de apreciação, ensaiámos a enumeração que segue pondo aliás de lado as questões em que o acórdão é unânime ou quási.

1.º

Concorrendo filhos legítimos com perflhados, a quota legítima (1) dos perflhados depois do casamento deve ser igual à dos perflhados antes ou diferente?

2.º

No segundo caso, importará precisar as diferenças :

- a) quanto ao quantitativo das quotas legítimas duns e doutros perflhados em relação às legítimas ;
- b) quanto à massa hereditária donde saiam ;
- c) nas hipóteses da parte disponível da herança estar ou não estar livre de disposição testamentária ;
- d) nas hipóteses de simples concorrência de legítimos só com perflhados antes e só com perflhados depois do casamento ; ou de concorrência daqueles simultaneamente com perflhados antes e depois.

3.º

Em referência à hipótese da alínea a) do n.º 2, importará precisar se a relação da quota dos perflhados a. m. e dos perflhados p. m. com a quota dos legítimos é fixa ou variável ; e no segundo caso quais as regras da variação.

4.º

Em referência à alínea c) do n.º 2 e no caso da porção disponível da herança estar livre, pode a partilha incidir em operação

(1) Nos termos do Cód. Civ. arts. 1.784.º e outros a palavra «legítima» é a que designa «quota legítima». Cremos, porém, que esta terminologia se presta a equívocos, porque, na linguagem jurídica corrente, o termo «legítima» abrange tudo o que se herda por mera disposição da lei. Parece, pois, de vantagem distinguir entre «quota legítima» e «legítima» e daí proviria a necessidade de alterar a redacção dos artigos onde figura a palavra «legítima».

única sôbre a massa total da herança ; ou tem de incidir separadamente sôbre a porção legitimária e sôbre a disponível? (Vidè folheto citado do prof. J. G. Pinto Coelho, Cap. III, págs. 97 e segs. e Dr. M. de Castro, págs. 22 e segs.).

Eis as questões que nos ocorrem como problemas a resolver. No correr da discussão decerto outros não-de surgir.

Repetimos, porém, que as considerações que precedem visam apenas a dar ao assunto um primeiro impulso.

Nem se objecte que, tendo-se mostrado inconciliáveis os defensores da 1.ª e da 2.ª tese, o mesmo irá suceder na discussão dos pontos supra designados ; e que, assim, das discussões da Conferência nunca poderá sair texto legal que reúna uma maioria que se imponha ao legislador.

Ora tal receio nasce dum equívoco manifesto.

As divergências entre as duas teses, 1.ª e 2.ª, não revelam discordância entre as *doutrinas*, mas entre as *interpretações* da lei vigente — o que é radicalmente diverso.

Até decerto sucederá que muitos dos que dão à lei certa interpretação, a redigiriam de modo diverso se tratassem de a fazer.

O que é irreductível entre os intérpretes dum determinado texto — por êste ser defeituoso, construído com elementos contraditórios — decerto o não será desde que se trate de redigir um texto novo que consigne a doutrina mais justa : porque na concepção da justiça é de esperar se não verifiquem discordâncias profundas.

O *Estatuto Judiciário*, tratando do instituto da *Conferência* diz, no art. 740, que um dos seus fins é «o estudo e debate... dos problemas jurídicos e sociais conexos com a profissão de advogado».

E o art. 741.º acrescenta que um dos modos da conferência realizar os seus fins é promover «a apresentação de projectos de lei».

Nestes termos *não parece poder duvidar-se de que êste ligeiro trabalho está em condições de ser admitido à consideração do Instituto da Conferência.*

Em obediência a esta sugestão — que é uma ordem — tentamos redigir, coerentes e claros, os artigos do Código Civil que directamente regulam a matéria.

Respeitadores do monumento de bronze, que é o nosso Código Civil, e convencidos que na instituição da família o legislador não tem direito a tocar senão com mão prudente e deferente, não procuramos revolucionar o assunto.

Pelo contrário, é adentro de idéias gerais, compatíveis com a concepção tradicional da família, que integramos o problema, em si restrito, e só complexo na sua formulação técnica :

Chamamos cota legitimária à porção dos bens de que o testador não pode dispôr por ser por lei forçosamente herdada pelos descendentes ;

Chamamos legítima à porção da cota legitimária que vem a pertencer a cada herdeiro legítimo.

A preeminência da família legítima leva a considerar sempre metade dos bens como cota legitimária dos filhos legítimos.

Conseqüentemente as legítimas dos filhos perfilhados quando concorram à herança com filhos legítimos tem sempre de sair da outra metade, normalmente disponível.

Ainda a preeminência legal da família legítima leva a atribuir a cada filho perfilhado, como sua legítima uma porção de bens menor (dois terços) que a recebida por cada filho legítimo, como sua legítima ;

Assim não há uma cota legitimária fixa, para distribuir em legítimas pelos filhos perfilhados ; em princípio, a cota legitimária dos filhos perfilhados é, em cada caso concreto, a soma das legítimas destes, sendo cada uma dois terços da legítima efectivamente atribuída aos filhos legítimos.

O princípio da liberdade de testar impõe que em caso algum a herança possa ser integralmente absorvida em legítimas ; mesmo no caso de concorrência de filhos legítimos com filhos perfilhados, pelo menos um quarto da herança terá de ficar disponível.

Normalmente, o número de filhos legítimos será muito superior ao dos filhos perfilhados, pelo que a parte disponível será, também normalmente, superior a um quarto da herança ; quando,

porem, a soma das legitimas dos filhos perfilhados (dois terços das legitimas dos legitimos) ultrapasse um quarto da herança, serão as legitimas dos perfilhados reduzidas de maneira a preencherem, mas não excederem, esse quarto.

A expressão filhos legitimos abrange os filhos legitimados, àqueles equiparados por lei para todos os efeitos.

Não há que desigualar os filhos perfilhados antes, dos perfilhados depois do casamento; nenhum princípio de justiça impõe essa desigualdade, e ela seria inútil, por indiferente para a protecção da família legítima :

Artigo 1.784

Entende-se por cota legitimária a porção de bens de que o testador não pode dispôr, por ser aplicada pela lei aos herdeiros em linha recta descendente ou descendente; entende-se por legítima a fracção da cota legitimária que cabe a cada um dos herdeiros em linha recta.

§ único. A cota legitimária consiste em metade dos bens do testador, salva a disposição dos arts. 1.785.º e 1.787.º

Artigo 1.785.º

Se sobreviverem ao testador, simultâneamente, filhos legítimos e filhos perfilhados, ou descendentes dêles com direito de representação, a cota legitimária dos legítimos continua a ser de metade dos bens do testador, saindo as legitimas dos perfilhados da outra metade;

§ 1.º a legítima de cada um dos perfilhados não pode exceder dois terços do que efectivamente couber a cada filho legítimo como sua legítima;

§ 2.º A soma das legitimas dos filhos perfilhados não pode exceder um quarto dos bens do testador; se, pelo cálculo feito de acôrdo com o § 1.º dever excedê-lo, as legitimas serão apenas o

cociente que se obtenha dividindo um quarto da herança pelo número de filhos perflhados;

§ 3.º *Serão havidas como inoficiosas para todos os efeitos, as deixas testamentárias e doações, quer anteriores quer posteriores à perflhação, que prejudiquem as legítimas dos filhos perflhados.*

Artigo 1.816.º

§ 1.º *A perflhação, posterior ao testamento, de filhos havidos antes ou depois dêle, não anula a instituição de herdeiro, mas limita-a à cota disponível nos termos do art. 1.760.º;*

§ 2.º...

Artigo 1.992.º

Se concorrerem à herança filhos legítimos e filhos perflhados, não poderá cada um dos perflhados receber mais de dois terços do que couber a cada filho legítimo;

§ 1.º *Aos filhos legítimos pertencerá pelo menos metade dos bens da herança;*

§ 2.º *Se a soma das porções que couberem aos filhos perflhados, calculadas nos termos do corpo dêste artigo, exceder metade da herança, serão essas porções reduzidas na medida necessária;*

§ 3.º *Quando o de cujus deixar testamento, e houver remanescente, será êste dividido de forma tal que a porção do remanescente que caiba a cada filho perflhado seja igual a dois terços da que caiba a cada filho legítimo.*

Nos arts. 1.786.º e 1.787.º onde está legítima deve passar a escrever-se cota legitimária.

Francisco M. Gentil