

EVOLUÇÃO DA LEGÍTIMA E SEU CÁLCULO NOS PERFILHADOS

Pelo Dr. ANTÓNIO DE ARAÚJO

CAPÍTULO I

EVOLUÇÃO DA LEGÍTIMA

1 — *A legítima na Península Ibérica prerromana*

ENTRE os íberos e os celtas da Ibéria a única forma de sucessão existente era a sucessão forçada.

Com os romanos, povo que já então atingira um estado mais avançado da civilização, aparece a sucessão testamentária. Nestes tempos, e em quase todos os povos, a propriedade era caracteristicamente familiar — não individual —, pelo que bem se compreende que o indivíduo, estando mais na posição de administrador do que de proprietário, dela não pudesse dispor. Era verdadeiramente uma compropriedade familiar o que então existia.

Não havia nestes povos o direito de primogenitura e o de masculinidade, donde todos os filhos terem um direito igual e indiscutível à herança dos pais.

A inalienabilidade dos bens era uma consequência da compropriedade, e foi sucessivamente e por estádios, desaparecendo.

De início reduziu-se aos bens de avoenga; depois a inalienabilidade absoluta, mesmo destes bens, acabou, ficando os bens de avoenga protegidos por três direitos: o direito de troncalidade, o direito de retrato e o direito de reserva.

Vejamos o que são estes direitos :

a) — *Direito de troncalidade* — é o que têm os descendentes de um certo tronco de haverem, por herança, dos outros descendentes (sem geração) desse mesmo tronco, os bens que eles herdaram desse tronco (delimitadas as linhas paterna e materna).

Isto é, os bens provenientes da linha paterna, deviam ser atribuídos aos herdeiros da linha paterna, e os provenientes da linha materna, aos herdeiros da linha materna.

Era o que se sintetizava na fórmula: «paterna paternis, materna maternis».

Isto quanto aos bens de avoenga, também chamados próprios ou de família, porquanto os bens comprados, também chamados adquiridos ou de ganância, esses eram de livre disposição.

b) — *Direito de retrato* — era o direito que os parentes sucessíveis tinham de resgatar os bens alienados a título oneroso, pagando o mesmo preço ao adquirente, por isso que esses bens haviam pertencido ao tronco de que eles próprios descendiam.

c) — *Direito de reserva* — era o direito que a família tinha a uma porção de património — património esse destinado à sua conservação e ressonância social — de que o «de cujus» não podia dispôr.

Em conclusão: os filhos tinham um direito efectivo e real à herança dos pais.

2 — *A legítima no direito romano*

No direito romano primitivo só existia uma forma de sucessão — a necessária (Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*, pág. 87); e, embora existisse o testamento, este era adjuvante daquela sucessão e serviu para, dado não haver o conceito de primogenitura, se conseguirem os mesmos efeitos desta.

Com a desagregação da família o testamento tomou um maior incremento, aparecendo, então, a verdadeira sucessão testamentária.

O «pater familias» tinha uma verdadeira liberdade de testar e, para evitar o abuso dessa excessiva liberdade e como sua consequência, foi, pelos pretores e pelo tribunal popular dos centunviros, imposto aos testadores com herdeiros necessários a obrigação de, desde que quisessem testar livremente, fazerem a deserdação expressa. Houve, além deste, outros limites visando idêntica finalidade: a) a «bonorum possessio contra tabulas»; b) o «officium pietatis» (cujo fim era impor ao pater familias o dever moral de garantir a subsistência dos seus), que originou a «querela inoficiosi testamenti» que podia ser usada pelos «sui heredes» e pelos «liberi»; e c) a legítima.

A legítima era uma parte dos bens a que os herdeiros tinham direito e que, quando respeitada pelo testador, impedia os herdeiros de atacarem o testamento por inoficiosidade.

Esta uma das características que a diferenciavam da reserva germânica.

O quantitativo da legítima variou muito, tendo, ao princípio, sido de um quarto dos bens que o herdeiro receberia se a sucessão fosse ab intestada; ao que parece foi originada na «Quarta Falcídia» do ano 40 A. C.

Justiniano (Novela 18, capítulo I), fixou a legítima dos descendentes na terça parte dos bens que receberiam ab intestati, no caso de não exceder a 4 o número dos herdeiros; e na metade se o número fosse maior.

Na Novela 115 fixou as causas de desherdação dos descendentes e ascendentes; e na Novela 22 estabeleceu que são considerados herdeiros legitimários os irmãos.

A legítima era, pois, um direito de propriedade que os herdeiros tinham a uma parte dos bens de certos parentes com o fim ou de lhes garantir uma participação nesses bens ou, talvez e até, a título de prestação de alimentos.

3 — A legítima no direito germânico

No alvorecer do século V, estando a Península Ibérica sob a dominação romana, foi invadida por certos povos germânicos (suevos, vândalos e visigodos) e alanos; foi a chamada invasão dos bárbaros. Trouxeram estes povos consigo o seu direito que se sobrepôs ao existente, dominando-o.

A legítima foi então banida por não existir nos princípios do direito sucessório germânico que, com a invasão, se sobrepusera ao direito sucessório romano. Isto no direito germânico primitivo. Vejamos agora as características do direito sucessório germânico.

Ao princípio existia entre os povos germânicos uma comunhão doméstica — *Hausgemeinschaft* —, cuja gestão era exercida pelo chefe — o pai — e em que os filhos tinham uma participação. Não havia, verdadeiramente, uma sucessão, pois os bens mantinham-se sempre indivisos entre os membros da família.

Com o aparecimento da propriedade individual e a desagregação da família, começa a surgir um direito sucessório, mas sempre impregnado da ideia da comunhão familiar.

Agora, os filhos têm um «*Wartrecht*» — expectativa —, que limita a propriedade paterna, o que caracteriza a sucessão como legítima e não como voluntária.

Depois, e finalmente, surge para o pai uma parte de livre disposição — «*Freiteil*» —, que era variável com o número de filhos.

Aquele «*Wartrecht*», é a reserva legal fundada no direito de família e a remota origem da «*mellora*» espanhola.

4 — *A legítima no direito costumeiro francês*

O direito costumeiro francês, vigorou apenas no norte da França, no sul o direito em vigor era o romano.

Este direito, o costumeiro, foi a resultante, principalmente, das influências germânica, cristã e feudal.

Herdeiros, neste direito, eram só os parentes de sangue, servindo o testamento exclusivamente para deixas de legados.

Distinguiam-se os bens próprios, de avoenga ou de parentela, dos bens adquiridos ou de ganância.

Aqueles por sucessão nunca saíam da família, ao passo que estes, seguiam uma sucessão semelhante à romana.

Existiam ainda a par daqueles os bens feudais em que se sucedia segundo determinadas regras de masculinidade e de primogenitura.

Quase todos estes direitos tinham por fim defender a família, tal qual como acontecia com o «retrait lignager», que também existia neste direito.

No direito costumeiro não existia a legítima, mas sim a reserva hereditária — a parte do património de que se não pode dispor por testamento visto estar afectada a um fim de interesse familiar — a sua conservação, o seu lustre, etc. — ; o que era natural na organização aristocrática do estado medieval.

Em certos costumes a reserva atingia quatro quintos dos bens próprios.

Mas a reserva hereditária recai apenas sobre os bens herdados e não sobre os adquiridos; beneficia todos os parentes e não só os chamados necessários; e só garante a inalienabilidade desses bens contra as disposições de última vontade.

No direito costumeiro applicava-se a legítima romana mas só sobre o acréscimo dos outros bens (além dos próprios) e que constava de metade ou de um terço.

5 — *A legítima no direito português*

A reserva hereditária do direito germânico, existiu também no nosso país, mas, a pouco e pouco, foi cedendo o passo à legítima romana, a qual aparece nas Ordenações Afonsinas e depois nas Manuelinas.

A legítima protegia só os ascendentes e descendentes e a cota era de um terço (cota que remonta a D. Afonso III) e que se mantém até 1910.

Em 1910 foi a terça substituída pela meação.

A legítima, nos termos do Código Civil, art. 1.784.º, é «a porção de bens de que o testador não pode dispor por ser applicada pela lei aos herdeiros em linha recta descendente ou ascendente», sendo, normalmente, de metade dos bens do testador — Código Civil, art. 1.784.º, § único.

Quando o testador só tiver ascendentes — a legítima destes é de um terço — Código Civil, art. 1.787.º; e quando deixar filhos perfilhados depois do casamento, a legítima vai para além da metade, Código Civil, art. 1.785.º n.º 2.

O cálculo é feito tendo em atenção o Código Civil, art. 1.790.º

CAPÍTULO II

CÁLCULO DA LEGÍTIMA

6 — *Sucessão dos descendente ilegítimos*

A sucessão dos descendentes vem tratada no Código Civil, arts. 1.985.º e segs., começo da secção 3.ª intitulada: «da sucessão dos descendentes». Tem esta secção duas sub-secções, a primeira intitulada: «da sucessão dos descendentes legítimos» e a segunda: «da sucessão dos filhos ilegítimos».

Da diferença das epígrafes destas duas sub-secções, na primeira falar-se nos *descendentes* e na segunda falar-se nos *filhos*, surgiu a ideia de que, nos descendentes legítimos, a sucessão é ilimitada, e de que, nos descendentes ilegítimos, a sucessão é limitada sòmente aos filhos.

Na hipótese de um filho ilegítimo, com geração, ter morrido antes de seu pai, essa sua geração já não herdava.

Na vigência pura do Código Civil, era melindroso o problema que assim surgia, pois uns achavam que os netos ilegítimos não herdavam; outros, na tese oposta, entendiam que herdavam, pois, aberta a sucessão a favor dos filhos ilegítimos, entrava em acção o mecanismo da representação, pelo que todos os descendentes eram herdeiros.

O decreto n.º 19.126 veio dar nova redacção ao art. 1.989.º dizendo que os *filhos ilegítimos e seus descendentes*, sucedem não só a seus pais mas também *aos demais ascendentes*.

Na «Explicação ou justificação sumária oficial, da Reforma do Código Civil», diz-se expressamente qual a razão desta alteração: «Introduziu-se neste artigo a disposição vigente da sucessão dos ilegítimos a todos os ascendentes».

E assim acabou a divergência, não restando dúvidas de que os netos ilegítimos herdam.

Mas mais ainda: — o art. 129.º estabelecia que os perfilhados adquirem os direitos... 3.º: de sucederem a seus pais...

O decreto n.º 19.126, redigiu de novo... 3.º: de sucederem a seus ascendentes...

E na «Explicação...» diz-se: — «substitui-se a palavra *pais*

por *ascendentes* para corresponder ao estado vigente na nossa legislação».

7 — *Considerações gerais ao art. 1.785.º*

O problema muito debatido é sem dúvida alguma o do cálculo da legítima dos filhos perfilhados, quando em concorrência com os legítimos, e podemos-lo sub-dividir e enunciar do seguinte modo:

— Como se determina a legítima dos filhos perfilhados antes do casamento?

— Como se determina a legítima dos filhos perfilhados depois do casamento?

— Como se determina a legítima dos filhos perfilhados antes e depois do casamento, quando em concorrência?

Estes problemas estudá-los-emos sucessivamente.

*

Na sua redacção primitiva o art. 1.785.º dispunha: «Se o testador tiver, ao mesmo tempo, filhos legítimos ou legitimados, e filhos perfilhados, observar-se-á o seguinte:

1.º — Se os filhos perfilhados o estavam ao tempo em que o testador contraíu o matrimónio, de que veio a ter os filhos legítimos, a porção daqueles será igual à legítima destes, menos um terço;

2.º — Se os filhos forem perfilhados, depois de contraído o matrimónio, a sua porção não excederá a legítima dos outros menos um terço, e sairá só da terça disponível da herança.

Este art. 1.785.º foi alterado pelo decreto n.º 19.126, que pretendeu solucionar as várias questões que se levantaram, sancionando a interpretação doutrinal e jurisprudencial, e resolver o

problema do cálculo das legítimas dos perfilhados antes e depois do casamento.

Na nova redacção o art. 1.785.º prescreve :

«Se o testador tiver, ao mesmo tempo, filhos legítimos ou legitimados ou descendentes deles com direito de representação, e filhos perfilhados, ou descendentes deles com direito de representação, observar-se-á o seguinte :

1.º — Se os filhos perfilhados o estavam ao tempo em que o testador contraíu o matrimónio de que veio a ter os filhos legítimos, a legítima daqueles será igual à legítima destes menos um terço ;

2.º — Se os filhos forem perfilhados depois de contraído o matrimónio, a sua legítima não excederá a legítima dos outros menos um terço, calculada nos termos do n.º 1, e sairá só da cota disponível da herança, considerando-se inoficiosas as disposições ou doações feitas em prejuízo desta legítima, anteriores e posteriores à perfilhação, conforme as regras gerais».

*

Vamos confrontar a redacção actual como a anterior, para resolver alguns problemas.

No final do artigo actual aparece «cota disponível» em vez da palavra «terça».

Ora, não era preciso, porquanto, como se sabe, desde 1910 que a cota disponível é de metade.

Fala-se também em descendentes deles (filhos) com direito de representação.

Não era necessário, pois os arts. 1.980.º e segs. do Código Civil conduziam à mesma conclusão. Deste modo, porém, o legislador tornou mais explícita a aplicação do direito de representação à sucessão legitimária dos descendentes ilegítimos.

Note-se que no decreto n.º 10.126 se titula de legítima a porção que cabe aos filhos perfilhados, solucionando assim dúvidas

que se haviam levantado, embora a opinião dominante na interpretação do art. 1.785.º fosse a de que essa porção era efectivamente a legítima.

Portanto os filhos perfilhados herdaram por sucessão legítima e não por sucessão legítima.

Mas embora os n.ºs 1 e 2 do art. 1.785.º se referissem à porção dos filhos perfilhados e à legítima dos filhos legítimos, essa porção era a legítima, pelo seguinte :

O art. 1.785.º está na secção 3.ª intitulada «Da legítima e das disposições inoficiosas» e no art. 1.784.º diz-se que a legítima é a *porção de bens*.

Portanto a palavra «porção» neste art. 1.785.º é sinónima de «legítima».

Este artigo, além destas alterações ligeiras, outras mais importantes sofreu, a que na devida altura se fará referência.

A configuração do artigo é a mesma, quer antes, quer depois do decreto n.º 19.126. Assim, os filhos perfilhados devem receber menos do que os filhos legítimos.

O princípio do melhor tratamento dos legítimos consiste, pois, em receberem uma porção maior de bens que os filhos perfilhados.

Quando não há filhos legítimos não oferece dúvidas o cálculo da legítima dos filhos perfilhados quer antes quer depois do casamento. Herdam todos em igualdade, como estabelece o Código Civil, arts. 1.990.º e 1.971.º

8 — *A legítima dos filhos perfilhados antes do casamento*

Apliquemos agora o critério legal à questão apresentada em primeiro lugar, e vejamos a solução a que conduz.

Qual é a cota dos filhos perfilhados antes do casamento quando concorram com os filhos legítimos?

A solução dada pelo art. 1.785.º não deixa dúvidas: a legítima dos filhos perfilhados antes do casamento é igual à legítima dos filhos legítimos menos um terço.

Exemplo: Um indivíduo morre e deixa dois filhos legítimos e um filho perfilhado antes do casamento sendo a herança de trezentos e oitenta contos.

Assim temos :

$$\begin{array}{l}
 \left. \begin{array}{l}
 \text{H. 380 contos} \\
 \text{Q. L. 180 contos.....} \\
 \text{Q. D. 180 contos.....}
 \end{array} \right\} \begin{array}{l}
 \text{PA — 45 contos} \\
 \text{L' — 67,5 " } \\
 \text{L'' — 67,5 " } \\
 \text{PA — 45 " } \\
 \text{L' — 67,5 " } \\
 \text{L'' — 67,5 " }
 \end{array}
 \end{array}$$

Como se vê, o filho perfilhado antes recebeu menos 22.500\$00 do que os filhos legítimos, ou seja, pois, menos um terço, como preceitua o art. 1.785.º

Como diz o Prof. Dr. Pires de Lima, nas «Lições de Direito de Família e Sucessões», 1935, coligidas por José Augusto do Nascimento: «Os filhos ilegítimos encontram-se relativamente aos legítimos numa situação de inferioridade, herdando menos do que eles; se forem perfilhados antes do casamento herdam o mesmo que os legítimos menos um terço...».

Assim, «a diferença entre a legítima dos filhos legítimos (ou legitimados) e a dos filhos perfilhados, antes do matrimónio, deve ser referida à porção legitimária de cada um daqueles herdeiros, e não ao total da legítima dos primeiros comparada com o total da legítima dos segundos.

A inteligência contrária levar-nos-ia ao absurdo de reduzir a legítima de cada um dos filhos legítimos (ou legitimados) a um valor igual ou inferior ao da legítima de cada um dos filhos perfilhados antes do matrimónio sempre que o número destes fosse igual ou inferior a dois terços do número dos filhos legítimos ou legitimados» (Dr. João Marcelino Arroyo — Estudo segundo sobre a sucessão legitimária, pág. 28).

*

O Dr. Cunha Gonçalves apresenta no seu «Tratado de Direito Civil», vol. IX, pág. 748, um processo de partilha que conduz a resultados que se consideram erróneos, e que ele próprio veio a emendar no vol. X, pág. 399.

A melhor maneira de calcular concretamente a cota legitimária dos filhos perfilhados antes do casamento quando em con-

corrência com os filhos legítimos, consiste em multiplicar o número de filhos legítimos por três e o dos perflhados por dois.

Procede-se depois à soma destes produtos e o resultado dessa soma é o divisor da herança total.

O quociente encontrado, quando multiplicado por três, dá-nos a cota dos legítimos, e quando por dois, a dos perflhados.

Esta é a fórmula de mais fácil apreensão e que já o Dr. Joaquim Gualberto de Sá Carneiro recomendava em «Os arts. 1.785.º, 1.991.º e 1.992.º do Código Civil — Legítima dos filhos legítimos e dos perflhados ou judicialmente reconhecidos, antes e depois do casamento — «de jure constituto» e «de jure constituendo» —, publicado na *Revista dos Tribunais*, ano 58.º, pág. 194.

*

A fórmula algébrica em que se traduz o que deixámos enunciado é a seguinte :

Sendo :

Q=Quota

H=Herança

L=Filho legítimo

PA=Filho perflhado antes do casamento;

temos para os filhos legítimos :

$$Q = \frac{H}{3L + 2PA} \times 3 \text{ donde } Q = \frac{3H}{3L + 2PA}$$

e para os filhos perflhados temos :

$$Q = \frac{H}{3L + 2PA} \times 2 \text{ donde } Q = \frac{2H}{3L + 2PA}$$

Estas são as fórmulas seguidas pelos Drs. Pires de Lima, Pinto Coelho e já anteriormente pelo Dr. João Marcelino Arroyo, e que estão de harmonia com as que o Dr. José Augusto Cardoso desenvolveu matematicamente em «Partilhas judiciais», págs. 13 e 15.

9 — *A legítima dos filhos perfilhados depois do casamento*

A legítima dos filhos perfilhados depois do casamento quando em concorrência com os filhos legítimos, é regulada pelo Código Civil, art. 1.785.º, n.º 2, que estabelece: «... a sua legítima não excederá a legítima dos outros menos um terço, calculada nos termos do n.º 1 e sairá só da cota disponível da herança...».

A principal questão que se apresentou ao espírito dos juristas, e que tem dado origem a renhidas discussões, foi a do significado a dar à expressão — «calculada nos termos do n.º 1».

O assunto tem merecido particular interesse aos autores, dando-lhe especial relevo uma volumosa monografia de que é autor o Prof. Dr. José Gabriel Pinto Coelho, intitulada: «Subsídios para o estudo do problema do cálculo da legítima dos perfilhados», Lisboa, 1941.

Foi também objecto de discussão na Ordem dos Advogados, não tendo resultado a solução desejada, pelo que continua ainda em aberto.

*

Convém notar desde já que a última parte do art. 1.785.º n.º 2, diz: «... considerando-se inoficiosas as disposições ou doações feitas em prejuízo desta legítima, anteriores e posteriores à perfilhação, conforme as regras gerais».

Temos pois que quanto à inoficiosidade das disposições ou doações anteriores à perfilhação não deixou o legislador quaisquer dúvidas.

Mas o ponto importante é a interpretação que deve ser dada às palavras «calculada nos termos do n.º 1» que o decreto n.º 19.126 introduziu no n.º 2 do referido artigo.

Vemos enunciar o problema para em seguida indicar as soluções apresentadas.

Na análise do n.º 2 do art. 1.785.º teremos que ver certos pontos, subordinando-os às seguintes alíneas:

- a) — De onde sai o quinhão legitimário do filho perfilhado depois do casamento?
- b) — Em que consiste?
- c) — Como se determina e qual a sua extensão?

*

a) — Responde a esta alínea o art. 1.785.º no seu n.º 2 e nos termos seguintes: «... sairá só da quota disponível da herança».

É de notar que a quota disponível só imprecisamente é que se designa como tal, porquanto esse é o nome normalmente atribuído à segunda metade e o que se quer significar é que o quinhão legitimário do perfilhado depois do casamento sairá da segunda e não da primeira metade da herança.

b) — Confrontemos as redacções do Código e da Reforma: — *Redacção primitiva*: «... a sua porção (dos filhos perfilhados depois) não excederá a legítima dos outros menos um terço».

Redacção actual: «... a sua legítima (dos filhos perfilhados depois) não excederá a legítima dos outros menos um terço, calculada nos termos do n.º 1».

O Prof. Dr. Paulo Cunha procurou saber quais seriam esses outros.

Seriam esses outros os legítimos ou os perfilhados antes do casamento, isto é, os perfilhados depois do casamento recebem menos um terço do que os legítimos, ficando iguais aos perfilhados antes, ou os perfilhados depois recebem menos um terço do que os perfilhados antes — ou sejam quatro nonos dos legítimos?

Até 1930 vingou nos tribunais a orientação de que a diferença de um terço era quanto aos filhos legítimos. Os quatro nonos, eram uma bisantinice sem fundamento.

Parece ser mais lógico, diz o Prof. Dr. Paulo Cunha, que o legislador tivesse em mente apenas, as duas categorias de filhos: os perfilhados e os legítimos, desnivelando-os no respectivo quantitativo a receber.

As razões justificativas desta solução, continua o Professor Dr. Paulo Cunha, assentam no seguinte: é a hipótese contemplada no n.º 2 e, quer num, quer noutro caso, ficam frente a frente, filhos legítimos e perfilhados.

E corrobora a sua opinião com a do Prof. Dr. José Tavares que, ao interpretar o artigo, na sua redacção primitiva, dizia que se falava nele em porção, quando se aludia ao quinhão dos

filhos perfilhados e em legítima, quando a referência era ao quinhão dos legítimos.

Assim, nesta terminologia, se no n.º 2 se dizia que a porção dos perfilhados depois não excederia a legítima dos outros menos um terço, era porque esses outros haviam de ser necessariamente os filhos legítimos.

Baseando-se no argumento da «ratio legis», o Prof. Dr. Paulo Cunha conclui assim: «A ideia que inspirou a lei foi a de proteger os interesses dos filhos legítimos contra a concorrência de filhos que depois do casamento venham a ser perfilhados.

E por isso se dispõe que metade dos bens será toda para os legítimos e que só da outra metade é que sairá o quinhão dos perfilhados supervenientemente.

Se é este o fim da lei, não se compreende por que razão esta havia de cometer a injustiça de dar aos filhos cuja perfilhação seja anterior ao casamento, um quinhão maior do que o dos filhos cuja perfilhação seja posterior.

Basta que os bens para estes últimos saiam da metade da herança para ficarem devidamente acautelados os interesses dos filhos legítimos.

Não há qualquer necessidade de estabelecer um desequilíbrio de medidas entre os próprios perfilhados).

Esta é a opinião do Prof. Dr. Paulo Cunha: — os outros são os legítimos.

Mas há quem tenha a opinião diferente, e diga: para distinguir os perfilhados depois, dos perfilhados antes, existem razões, como a de aqueles serem adúlterinos, donde o desfavor.

Rebate o Prof. Dr. Paulo Cunha dizendo que os perfilhados depois podem não ser adúlterinos; podem ser anteriores ao casamento ou nascerem após a dissolução do matrimónio (por viuvez ou divórcio). E, não distinguindo a lei estes casos, este argumento não colhe.

Mas: a forma legítima de constituir a família é o casamento (Código Civil, art. 1.056); todas as outras são situações de facto que a lei só aqui e além, e muito excepcionalmente, reconhece. Os filhos legítimos são favoravelmente tratados pela lei.

Se os filhos ilegítimos estavam já perfilhados, segundo o sentir social, não são tão ofensivos do casamento como o são os

perfilhados depois. E estes, sejam ou não nascidos antes do casamento, são, à face do direito, posteriores — e a ofensa ao casamento é mais grave a ponto de, se nascidos depois dele, mas na constância do matrimónio, serem motivo para divórcio pelo facto de serem adúlteros. Daí o desfavor da lei.

c) — Quanto a esta alínea vamos ver como se determinam os dois terços pertencentes aos filhos perfilhados depois do casamento.

Para resolver este problema surgiram duas correntes.

Primeira corrente :

«A legítima dos filhos perfilhados depois do casamento há-de ser calculada como se fossem 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 forças da cota disponível» (Dr. Mário de Castro, «A legítima dos filhos perfilhados. Interpretação do art. 1.785.º do Código Civil», pág. 5).

Esta interpretação foi a adoptada por :

— Prof. Dr. Barbosa de Magalhães (in *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol. LIV, pág. 8) ;

— Prof. Dr. Paulo Cunha (in *O Direito*, vol. LXXII, pág. 257) ;

— Prof. Dr. Pires de Lima (in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, vol. LXXIII, pág. 215) ;

— Prof. Dr. José Gabriel Pinto Coelho (*Subsídios para o estudo do problema do cálculo da legítima aos filhos perfilhados*, págs. 19 e 146) ;

— Prof. Dr. Inocêncio Galvão Teles (citado na obra do Prof. Dr. Pinto Coelho, pág. 66, nota) ;

— Dr. Orlando de Melo Rego (in *Jornal do Foro*, vol. III, pág. 139 e *Vida Judiciária*, vol. I, pág. 273) ;

Dr. José Gualberto de Sá Carneiro (in *Revista dos Tribunais*, vol. LVIII, pág. 207 e *Revista de Legislação e Jurisprudência*, vol. LXXIII, pág. 220) ; e

— Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 1940, Junho, 5 (in *Revista dos Tribunais*, vol. LVIII, pág. 202 e *Revista de Legislação e Jurisprudência*, vol. LXXIII, pág. 220).

Exemplo :

$$\begin{array}{l}
 \text{H. 380 contos} \left\{ \begin{array}{l}
 1.ª metade 180 contos... \left\{ \begin{array}{l}
 L' \text{ — } 90 \text{ contos} \\
 L'' \text{ — } 90 \text{ " }
 \end{array} \right. \\
 2.ª metade 180 contos... \left\{ \begin{array}{l}
 PD' \text{ — } 36 \text{ " } \\
 PD'' \text{ — } 36 \text{ " } \\
 QD \text{ — } 108 \text{ " }
 \end{array} \right.
 \end{array} \right.
 \end{array}$$

Se a cota disponível não tiver sido disposta pelo «de cujus» em testamento, será atribuída a todos os herdeiros, na proporção dos seus quinhões.

Para estes juristas esta interpretação parece ser a única legal, pois o Decreto n.º 19.126, que reformou o artigo, introduziu uma fórmula nova que diz :

«Calculada nos termos do n.º 1».

Como refere o Prof. Dr. Paulo Cunha : uma interpretação que dê por não escritas tais palavras estará preliminarmente condenada. Mas mais : a questão já se encontrava posta nos termos da redacção primitiva do art. 1.785.º Foi para dar-lhe solução que surgiu a nova fórmula.

É o próprio autor da Reforma do Código Civil que o afirma nestes termos : «Na sucessão dos filhos perfilhados, em concorrência com os 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 quota disponível para metade».

Mais adiante : «Pela Reforma pôs-se termo a dúvidas e contradições, mandando-se nos dois casos calcular as legítimas dos perfilhados, nas mesmas bases, e, portanto, no mesmo quantitativo».

Por sua vez o Ministro da Justiça, na «Explicação ou Justificação sumária oficial da Reforma do Código Civil», publicada

para esclarecimento do decreto n.º 19.126, dizia: «Art. 1.785.º — as modificações tiveram em vista sancionar a interpretação da jurisprudência doutrinal e dos tribunais, o calcular as legítimas dos filhos perfilhados na mesma base, tanto na hipótese do parágrafo primeiro como do parágrafo segundo, para evitar o absurdo de os filhos perfilhados depois do matrimónio serem mais beneficiados do que os perfilhados antes, como por vezes se entendia».

A segunda corrente quadraria bem com a disposição anterior à Reforma do Código Civil, mas dava por inútil a inovação feita pelo decreto n.º 19.126.

A inovação do decreto n.º 19.126, mandando calcular a legítima nos termos do n.º 1, diz, tem o alcance de que a legítima dos perfilhados depois, seja igual à legítima dos perfilhados antes.

O Dr. Pinto de Mesquita publicou um opúsculo sobre este assunto e ele, como autor material da lei, teve essa intenção, como diz. Para o intérprete da intenção subjectiva da lei é este um argumento decisivo, mas para aqueles que, como o Prof. Dr. Paulo Cunha, seguem uma interpretação objectiva da lei, isso não interessa. Mas para o Prof. Dr. Paulo Cunha, esta é a interpretação justa e diz que mal compreende se divirja dela, dada a sua evidência. Não interessa a divergência «de jure condendo», pois o que interessa agora é a interpretação «de jure condito».

E justifica dizendo que: — «a legítima do perfilhado depois do casamento não há-de afectar a porção legitimária do legítimo; consegue-se este efeito concedendo ao legítimo tudo aquilo que ele teria por sucessão forçada, se não existisse o perfilhado, mas feito isto está esgotada a relevância da qualidade de perfilhado 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 aplicados se esse quantum houvesse de sair da primeira metade». (Prof. Dr. Paulo Cunha, *Lições de Direito das Sucessões, da Legítima*, pág. 136).

Segunda corrente:

«A legítima dos filhos perfilhados depois do casamento, havendo disposição da cota disponível na totali-

dade, há-de ser igual à dos legítimos menos um terço, calculada a dos legítimos pela atribuição a eles de toda a reserva hereditária como na realidade acontece». (Dr. Mário de Castro, *A legítima dos filhos perfilhados*. Interpretação do art. 1.785.º do Código Civil, pág. 6).

Esta interpretação foi a adoptada por :

— Prof. Dr. Jaime de Gouveia (*Jornal do Foro*, vol. III, pág. 135) ;

— Prof. Dr. José Gabriel Pinto Coelho (*Subsídios para o estudo do problema do cálculo da legítima dos filhos perfilhados*, parecer a pág. 22) ;

— Dr. Adelino da Palma Carlos (*Vida Judiciária*, vol. III, pág. 25) ;

— Dr. Joaquim G. de Sá Carneiro (Os arts. 1.785.º, 1.991.º e 1.992.º do Código Civil — Legítima dos filhos perfilhados ou judicialmente reconhecidos, antes e depois do casamento — «de jure constituto» e «de jure constituendo» — na *Revista dos Tribunais*, ano 58.º, pág. 194) ;

— Dr. Mário de Castro (*ob. cit.*, pág. 17) ;

— Acórdão do Tribunal de 2.ª Instância do Contencioso das Contribuições e Impostos, de 1940, Fevereiro, 7 (in *Gazeta da Relação de Lisboa*, vol. LIV, pág. 11 e *Revista dos Tribunais*, vol. LVIII, pág. 205), a propósito da determinação do imposto sucessório devido pela transmissão de certa herança a que concorriam filhos perfilhados depois do casamento juntamente com filhos legítimos. (Veja-se *Das sucessões*, Dr. Manuel João da Palma Carlos, vol. I, págs. 324 e 326.

Exemplo :

Herança	360 contos
1.ª metade	180 contos
L'	90 contos
L''	90 »

2. ^a metade	180	»
PD'	60	contos
DQ	120	»

*

Argumentos que depõem a favor desta corrente e nos levam a rejeitar a anterior :

1.^o — A primeira corrente não leva à aplicação do art. 1.992.^o que diz ; «se, por serem muitos os filhos ilegítimos, não chegar a terça para complemento das porções assinadas no parágrafo segundo do art. 1.785.^o, nem por isso terão direito a mais coisa alguma, e será a terça rateada entre eles».

É claro que este preceito é letra morta para os defensores da primeira corrente, por fazerem um cálculo pelo qual a segunda metade nunca se pode exgotar.

Ora o art. 1.992.^o não foi revogado em 1930, donde dever aplicar-se e para tal tem de seguir-se a orientação que conseguir exgotar a cota disponível.

Note-se que o Prof. Dr. Paulo Cunha entende que o art. 1.992.^o caducou por estar em desacordo com a lei nova, mas o Prof. Dr. Pinto Coelho, que segue essa mesma corrente, entende que este artigo ainda tem aplicação actual na sucessão legítima.

O sentido do n.^o 2, terá de ser pois diferente do sentido que lhe atribui a primeira corrente.

2.^o — O art. 1.785.^o, n.^o 2, diz que os perfilhados depois têm dois terços dos outros, e como o Prof. Dr. Paulo Cunha entende viola-se a lei, pois têm menos de dois terços, embora ele argumente com o facto de ser a própria lei que assim o quere, pois manda calcular como se fossem perfilhados antes.

3.º — O Dr. Mário de Castro, numa conferência realizada na Ordem dos Advogados, de que publicou um opúsculo sobre novas maneiras de interpretação da lei, diz, comentando a Reforma de 1930, que nela se escreveram cousas que não se podem considerar em vigor, pois, no Código Civil há princípios de suma importância que o regem, princípios esses que colidem com outros que regem artigos de menos importância da Reforma, e esta nunca teve a intenção de revogar esses princípios mas a de só alterar uma ou outra disposição já desatualizada, ou preencher qualquer lacuna.

O Prof. Dr. Paulo Cunha refuta a afirmação do Dr. Mário de Castro dizendo que, custe o que custar, a lei nova revoga a velha em tudo o que com ela colidir, sejam preceitos, sejam princípios.

4.º — Na primeira corrente dizia o Prof. Dr. Paulo Cunha que tinha de entrar-se em linha de conta com a frase «calculada nos termos do n.º 1».

Para nós o sentido desta frase não é o de que os perfilhados depois entrem na primeira metade como se fossem perfilhados antes, para efeito de se calcular quanto lhes compete. Mas, como veremos mais adiante, o seu sentido é o de nos dizer que a sua cota é a mesma que a dos «outros» menos um terço.

Depois de estabelecida a cota dos «outros» (veremos também depois quem são os «outros»), tira-se-lhes um terço e temos achada a sua cota.

5.º — Em relação ao argumento de ter sido intenção do autor material da lei que os perfilhados depois entrassem na primeira metade para se efectuar esse cálculo, opomos que o autor material da lei diz *expressamente* que a legítima dos filhos perfilhados, quer antes quer depois, deve ser do mesmo quantitativo. Ora se fizermos entrar, para efeito desse cálculo, os perfilhados depois, na primeira metade, o quantitativo da sua cota é inferior ao da cota dos perfilhados antes.

Exemplos :

— Caso de haver 1 PA, 1 L e 1 PD :

H — 360 contos

1.^a metade — 180 contos

PA — 72 contos

L — 108 »

2.^a metade — 180 contos

PD — 51.428\$56

— Caso de haver 1 L e 1 PD :

H — 360 contos

1.^a metade — 180 contos

L — 180 contos

2.^a metade — 180 contos

PD — 72 contos

Parece pois que a intenção do legislador não é concorde com a primeira corrente, mas sim com a segunda, pois não se compreenderia que, no caso de haver só perfilhados depois em concorrência com legítimos, aqueles entrassem na primeira metade (embora só para cálculo) e quando em concorrência também com os perfilhados antes, já não entrassem nessa primeira metade, sob pena do seu quantitativo não ser o mesmo dos perfilhados antes.

6.^o — Ainda outro argumento com o qual não concordamos, é o de se ir buscar o que o Ministro da Justiça diz na «Explicação»: evitar o absurdo de os filhos perfilhados depois do matrimónio serem mais beneficiados que os perfilhados antes, como por vezes se entendia.

Só com certas interpretações que consideramos contra a lei é que os perfilhados depois podiam ser mais bene-

ficiados do que os perfilhados antes (quer estes existissem quer não, num caso concreto) pois a lei era bem clara em afirmar que a sua cota nunca excederia a legítima dos outros menos um terço (até mesmo nas interpretações dos que consideram os outros como sendo os legítimos) e nunca poderia ser superior à cota dos perfilhados antes, pois que estes herdavam precisamente dois terços dos legítimos.

Exemplos :

H — 360 contos

1.^a metade — 180 contos

L — 180 contos

2.^a metade — 180 contos

PD — 120 contos

H — 360 contos

1.^a metade — 180 contos

PA — 72 contos

L — 108 contos

2.^a metade — 180 contos

PD — 72 contos

É claro que estes quinhões têm de ser vistos em concreto, pois se aumentar o número de filhos os seus quinhões diminuirão de quantitativo, quer se trate de filhos legítimos, quer de perfilhados antes, ou perfilhados depois do casamento.

Se o Ministro da Justiça queria referir-se ao caso de existirem simultâneamente filhos legítimos e filhos perfilhados antes e depois do casamento, então nunca os perfilhados depois podiam receber maior quantitativo do que os perfilhados antes.

Portanto, no caso de haver sòmente perfilhados depois e legítimos, é evidente que o quinhão dos perfilhados depois não pode ser maior, nem menor, nem igual ao quinhão de quaisquer

hipotéticos filhos perfilhados antes, visto que estes não existem neste caso.

Ora vamos observar o que se apresenta acerca da pretendida desigualdade abstracta.

O Prof. Dr. João de Matos Antunes Varela, publicou um artigo doutrinário na *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, vol. I, págs. 353 e segs., intitulado: «Ainda sobre o cálculo da legítima dos filhos perfilhados depois do casamento» no qual expõe a sua maneira de ver e cita várias opiniões doutros juristas, acerca do assunto.

Entre estas, a pág. 361, na nota 2, menciona a do Dr. Mário de Castro (que já foi também citada num artigo do Professor Dr. Jaime de Gouveia, no *Jornal do Foro*, ano 3.º, pág. 138), exposta no seu artigo «A legítima dos filhos perfilhados» (o qual foi publicado na *Revista da Ordem dos Advogados*, 1941, pág. 412), onde, referindo-se ao facto de alguns juristas interpretarem a frase reformante do art. 1.785.º, n.º 2, como tendo a intenção de evitar o absurdo de os perfilhados depois virem a herdar mais do que os perfilhados antes, diz que: «o legislador não poderia ter querido isto, mesmo sob o domínio da antiga redacção do n.º 2 do art. 1.785.º...».

E a pág. 362: «Não prima pela clareza, no entender do referido Professor (Dr. Pinto Coelho), a nova redacção do n.º 2 do art. 1.785.º, nem sequer a nota officiosa já aludida.

Em primeiro lugar, a expressão que aí se interpolou — «calculada nos termos do n.º 1» —, segundo as boas regras da construção gramatical, diz o Prof. Pinto Coelho, necessariamente se refere à «legítima dos outros»; «outros» que — é ponto líquido — são os filhos legítimos do *de cuius*. Ora, a clareza da nova disposição cláudica logo aí, por isso que o n.º 1 não regula o modo de calcular a legítima dos filhos legítimos, mas sim a dos perfilhados antes do matrimónio.

Em segundo lugar, se atentarmos na hipótese de com a posteridade legítima, concorrerem simultaneamente filhos perfilhados antes e filhos perfilhados depois do matrimónio, a toda a força aflora a clara divergência entre a «ideia-mestra» da doutrina daqueles juristas e que se reconhece ter o legislador querido consagrar e aquela que, *prima faccie*, inculcam os termos da lei.

Estes aparecem então como necessariamente destinados a indicar que a legítima dos perflhados depois do casamento há-de ser calculada sobre a mesma base que *efectivamente* serviu para a determinação da legítima dos perflhados antes e não, como querem os referidos autores, sobre uma base *ideal*, que concretamente não toca aos legítimos».

Diz também o Dr. Cunha Gonçalves, no seu *Tratado de Direito Civil*, vol. IX, pág. 749: «É de notar que o n.º 2 do art. 1.785.º diz: «A sua legítima não excederá a legítima dos outros menos um terço». E já se tem duvidado se a palavra «outros» se refere aos filhos perflhados antes do matrimónio; pois do contrário mais correcto e claro fora dizer: «a sua legítima será à igual à dos perflhados antes do matrimónio», ou, «será também igual à dos filhos legítimos menos um terço. Inegavelmente é confusa a redacção desse n.º 2 do art. 1.785.º; e pena foi o decreto n.º 19.126 a não corrigir».

A desigualdade abstracta entre os perflhados não existe.

Apresentamos os seguintes exemplos, para prova deste facto.

Para o caso de não haver disposição da cota disponível:

H — 360 contos

1.ª metade — 180 contos

PA — 72 contos

L — 108 »

2.ª metade — 180 contos

PA — 72 contos

L — 108 »

Isto é, no total recebem, o perflhado antes 144 contos e o legítimo 216 contos.

H — 360 contos

1.ª metade — 180 contos

L — 180 contos

2.^a metade — 180 contos

PD — 120 contos

QD :

L — 36 contos

PD — 24 »

Isto é, no total o legítimo recebe 216 contos e perfilhado depois 144 contos.

Como se vê recebem, dado em ambos os casos a herança a partilhar ser de 360 contos, o mesmo, quer seja perfilhado antes, quer seja perfilhado depois, com a única diferença de que os seus quinhões são pagos por cotas diferentes.

Assim o legítimo não fica prejudicado pelo facto de o ilegítimo ser perfilhado depois.

Mas no caso de se fazerem os cálculos como querem os sequazes da 1.^a corrente, chega-se a um resultado que o legislador não quis — prejudicar os perfilhados depois — , pois o que ele pretendeu — dizem os sequazes desta corrente — foi evitar que o perfilhado depois fosse mais beneficiado do que se fosse perfilhado antes.

E fazem assim os cálculos :

H — 360 contos

1.^a metade — 180 contos

L — 180 contos

2.^a metade — 180 contos

PD — 72 contos

QD :

PD — 14 contos

L — 34 »

Isto é, o legítimo recebe no total 214 contos, e o perfilhado depois 86 contos.

E parece-me que não foi isto que o legislador quis.
 No caso de ter havido disposição da cota disponível é que aparentemente pode dar-se o que chamam desigualdade abstracta.

Exemplos :

H — 360 contos

1.^a metade — 180 contos

PA — 72 contos

L — 108 »

2.^a metade — 180 contos

(disposta a favor de outrém)

H — 360 contos

1.^a metade — 180 contos

L — 180 contos

2.^a metade — 180 contos

PD — 120 contos

QD — 60 »

(disposta a favor de outrém)

Se repararmos bem não há desigualdade abstracta nem concreta, pois no primeiro caso a herança a partilhar pelos filhos é de 180 contos e neste é de 300 contos, e é evidente que se o perfilhado depois recebe mais, também o legítimo recebe. Se no primeiro exemplo a herança a dividir pelos filhos foi de 300 contos, dado que os 60 contos houvessem sido dispostos, tínhamos :

H — 360 contos

1.^a metade — 180 contos

PA — 72 contos

L — 108 »

2.^a metade — 180 contos

PA — 48 contos

L — 72 »

QD — 60 »

(disposta).

Isto é, recebem no total, o perfilhado antes 120 contos e o legítimo 180 contos, tal e qual como no último exemplo dado.

Com a nova doutrina é que surge uma desigualdade abstracta entre os perfilhados antes e os perfilhados depois.

Pois não será desigualdade ir calcular para os perfilhados depois o seu quinhão sobre a cota legitimária onde eles não herdam, e calcular para os perfilhados antes o seu quinhão sobre a cota legitimária onde de facto eles vão herdar?

Por outro lado a desigualdade manifesta-se concretamente e de uma maneira brutal nos seus quinhões.

A ideia do legislador foi evitar o benefício dos perfilhados depois à custa dos legítimos; mas esta interpretação já não vai evitar esse benefício mas prejudicar, e largamente, os perfilhados depois do casamento.

Casos há até que, para o legítimo, é preferível que o ilegítimo seja perfilhado depois de contraído o matrimónio e não antes, como no caso em que tenha havido disposição a outrém da segunda metade da herança.

No caso de haver um perfilhado antes, o legítimo recebe 108 contos; se houver um perfilhado depois, recebe 180 contos.

Em conclusão:

No caso de concorrência de perfilhados depois só com legítimos, aqueles herdam nos termos do n.º 1, ou seja o mesmo que os legítimos menos um terço, e a sua cota sai da segunda metade (n.º 2).

A cota disponível propriamente dita, se não tiver sido disposta, será rateada por todos os herdeiros na proporção dos seus quinhões.

Se os perfilhados depois do casamento forem muitos, de modo que a segunda metade não chegue para complemento dos seus quinhões, será esta rateada; eis uma das razões por que o

art. 1.785.º, n.º 2, diz que a sua legítima não excederá a dos outros menos um terço.

E neste caso os «outros» são os legítimos, pois não há aqui outra categoria de filhos.

10 — *A legítima dos filhos perfilhados antes e depois do casamento quando simultâneamente em concorrência com os filhos legítimos*

A — AS SOLUÇÕES CORRENTES

Resta observar como se resolve o problema posto em terceiro lugar, isto é, como determinar a legítima dos filhos perfilhados antes do casamento e dos perfilhados depois do casamento em concorrência com os filhos legítimos.

Até hoje as interpretações ou soluções apresentadas para o art. 1.785.º, n.º 2, foram 4.

São unânimes os juristas em dizer :

— que é indubitavelmente este o problema mais complexo e o mais difícil de resolver, porquanto a lei não o previu nos seus preceitos;

— que o art. 1.785.º considerou no n.º 1 a concorrência dos filhos perfilhados antes do casamento com os filhos legítimos; no n.º 2, a concorrência dos filhos perfilhados depois do casamento com os filhos legítimos; mas não considerou a concorrência dos três grupos — filhos legítimos, filhos perfilhados antes do casamento e filhos perfilhados depois do casamento; que, no entanto, a solução que o intérprete encontrar, deverá integrar-se nos preceitos legais enunciados.

As soluções para este problema foram apresentadas pelos Drs. Mário de Castro (*ob. cit.*, págs. 26 a 30) e Prof. José Gabriel Pinto Coelho (*ob. cit.*, págs. 63 a 95).

Vamos de seguida apresentar as soluções correntes, ilustrando-as com exemplos para sua mais fácil exposição :

1.^a Solução — Doutrina da igualdade concreta

Neste caso a igualdade entre os filhos perfilhados depois do casamento e os filhos perfilhados antes deve ser concreta. Para tal dá-se a cada um dos filhos perfilhados depois do casamento o mesmo que em concreto se atribui aos perfilhados antes, isto é, os filhos perfilhados depois só diferem dos perfilhados antes em que o seu quinhão sairá da segunda metade.

Esta é a solução daqueles que, no caso da concorrência dos filhos legítimos sòmente com os filhos perfilhados depois do casamento, entendem que estes devem receber dois terços daquilo que efectivamente recebem os filhos legítimos.

Exemplo :

H — 360 contos

1.^a metade — 180 contos

PA — 72 contos

L — 108 »

2.^a metade — 180 contos

PD — 72 contos

PD' — 72 »

QD — 36 »

O Prof. Dr. Pires de Lima (in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, vol. LXXIII, pág. 218, col. 1), o Prof. Dr. Pinto Coelho (*ob. cit.*, pág. 72) e o Dr. Mário de Castro (*ob. cit.*, pág. 29), refutam esta solução com os seguintes argumentos :

a) — «Se no caso de simples concorrência com filhos legítimos a cota dos perfilhados depois é calculada como se tivessem sido perfilhados antes, será incongruente que se adopte para esta hipótese novo critério, dando à mesma frase «calculada nos termos do n.º 1» dois significados diversos: ora se refere a uma legítima ideal dos filhos legítimos, resultante de um cálculo realizado como se os

perfilhados o tivessem sido antes do matrimónio, ora se refere à legítima efectiva dos filhos legítimos, sobre que se calculou a legítima dos filhos perfilhados antes do casamento;

b) — Assegurando entre todos os filhos perfilhados, uma igualdade concreta, provoca uma desigualdade abstracta entre os filhos perfilhados antes e depois do casamento — o que, segundo os partidários da nova tese, a Reforma quis exactamente evitar;

c) — Conduziria por outro lado a um resultado pouco lógico: existindo um ilegítimo já perfilhado à data da celebração do casamento, a cota dos outros seria de 40 contos, no exemplo já dado (o exemplo dado era o seguinte) :

H — 200 contos

1.ª metade — 100 contos

PA — 40 contos

L — 60 »

2.ª metade — 100 contos

PD — 40 contos

PD' — 40 »

QD — 20 »

Ora se esse ilegítimo desaparecesse e ficassem apenas o legítimo e os perfilhados depois, pelo novo critério da Reforma de 1930 a legítima destes baixaria para 28 contos: o desaparecimento de um concorrente determinaria uma *diminuição* de direitos, o que não é de aceitar». (Das sucessões, pelo Dr. Manuel João da Palma Carlos, págs. 327 e 328).

Mas este argumento só é concludente para aqueles que na concorrência dos filhos legítimos com os filhos perfilhados depois seguem a interpretação que denominámos primeira corrente.

2.^a Solução — Doutrina da igualdade abstracta

A cota dos filhos perfilhados depois do casamento encontra-se calculando-a como se eles fossem perfilhados antes; embora por força do art. 1.785.º, n.º 2, a primeira metade da herança seja integralmente atribuída aos filhos perfilhados antes do casamento e aos legítimos, e os perfilhados depois do casamento vão buscar a sua legítima à segunda metade da herança.

Esta é a solução seguida pelo Prof. Dr. Pires de Lima e pelo Prof. Dr. Pinto Coelho (*ob. cit.*, pág. 84), que diz ser a «única admissível, por ser a única que está na lógica do sistema da primeira tese» (1.^a corrente).

Mas esta doutrina tem um defeito, por estabelecer uma anomalia: os perfilhados depois têm uma cota diferente dos perfilhados antes, e embora notemos que a lei protege os legítimos e não os perfilhados, entende-se que é de rejeitar.

Exemplo:

H — 360 contos

1.^a metade — 180 contos

PA — 72 contos

L — 108 »

2.^a metade — 180 contos

PD — 40 contos

PD' — 40 »

QD — 100 »

3.^a Solução

Há quem leve ao extremo a ideia da igualdade abstracta e faça por conseguinte os cálculos desta maneira:

Abstrai-se da existência dos filhos perfilhados antes e divide-se idealmente a cota legitimária somente entre os legítimos e os perfilhados depois do casamento como se

na realidade só houvesse estes; e isto, embora depois a cota legitimária se divida entre os legítimos e os perfilhados antes.

Então teríamos :

H — 360 contos

1.^a metade — 180 contos

PA — 72 contos

L — 108 »

2.^a metade — 180 contos

PD — 51 contos

PD' — 51 »

Esta solução, muito embora não seja a mais legal, parece ser a preferível, pois conduz a um resultado mais equilibrado, visto a diferença entre os perfilhados antes e os perfilhados depois ser menor, na opinião de alguns juristas. Esta doutrina foi defendida pelo Prof. Dr. Barbosa de Magalhães na Ordem dos Advogados.

Mas este resultado não passa de uma miragem pois, se mudássemos o número dos filhos perfilhados antes, chegaríamos a verdadeiros absurdos.

De resto, esta terceira solução é na realidade ilegal, pois, prescindindo dos perfilhados antes, não se faz o cálculo como manda o n.º 1, pois que, segundo esta disposição, é necessário atender a todos os filhos existentes.

4.^a Solução

Para os defensores desta solução as operações fazem-se da maneira que preconizam os sequases da segunda solução, isto é, dividindo a cota legitimária por todos os legítimos e por todos os filhos perfilhados, quer antes quer depois do casamento.

A legítima determinada para os perfilhados é a que se lhes atribui realmente, mas para os perfilhados antes sai da primeira

metade e para os perflhados depois da segunda metade. O excesso da reserva hereditária é atribuído aos legítimos.

Esta solução «foi considerada justificada pelo Prof. Dr. Inocência Galvão Teles».

A solução é por si nitidamente destituída de protecção e fica mesmo fora do alcance do espírito e da letra da lei.

Assim, nesta solução o que resta da 1.^a metade fica aparentemente sem destino justificado. Se vai acrescer ao quinhão dos legítimos não se compreende a razão do seu locupletamento que, aliás, a lei não pretende.

Se vai acrescer à cota disponível, o mesmo será que provocar nessa parte, nessa metade, uma inflacção com bens que são reservados aos herdeiros legitimários.

Daqui se conclui, portanto, a falta de lógica desta solução.
Exemplo :

H — 360 contos

1.^a metade — 180 contos

PA — 40 contos

L — 140 »

2.^a metade — 180 contos

PD — 40 contos

PD' — 40 »

QD — 100 »

Eis, em resumo, soluções, argumentos e contra argumentos que os vários juristas têm apresentado para resolver este problema.

B — A MINHA OPINIÃO

Sob o ponto de vista jurídico :

O art. 1.785.º, no consenso unânime dos juristas, abrange só duas hipóteses: a) a concorrência dos filhos perflhados antes do casamento com os filhos legítimos; b) a concorrência dos filhos perflhados depois do casamento com os filhos legítimos.

E a concorrência simultânea das três categorias de filhos, era hipótese omissa no Código Civil e a legislação aplicável teria de ser extraída nos termos do mesmo Código, art. 16.º

Afigura-se-me, porém, que as três hipóteses estão contempladas no art. 1.785.º

Nem se compreenderia o esquecimento do legislador do Código Civil, dada a concorrência simultânea das três categorias de filhos ser frequente.

Cremos que se o artigo fôr focado a esta luz, as suas disposições tornar-se-ão mais claras, e a sua solução definitiva mais viável.

O art. 1.785.º está subordinado à secção 3.ª intitulada «da legítima e das disposições inoficiosas». Assim, na redacção primitiva do art. 1.785.º, a palavra «porção» não podia deixar de ser considerada como sinónima da legítima, já por estar subordinada àquela secção que tratava da legítima, já por o decreto n.º 19.126, ao vir interpretar este artigo, ter-lhe aclarado o sentido, substituindo a palavra «porção» por «legítima».

E outras mais razões há, já anteriormente expostas.

Observemos agora os dois números deste artigo :

O n.º 1 determina qual a cota dos filhos perfilhados antes do casamento;

O n.º 2 determina qual a cota dos filhos perfilhados depois do casamento.

O n.º 1, já se viu, manda que os filhos perfilhados antes do casamento recebam uma legítima que é inferior de um terço à dos filhos legítimos.

Notemos porém que o n.º 1 se divide em duas partes :

— se os filhos perfilhados o estavam ao tempo em que o testador contraíu o matrimónio de que veio a ter os filhos legítimos (1.ª parte) ;

— a legítima daqueles será igual à legítima destes menos um terço (2.ª parte).

Nesta segunda parte a palavra «aqueles» refere-se aos filhos perfilhados, e a palavra «estes» aos legítimos. É coisa que não oferece dúvidas.

Agora vejamos o n.º 2 que tem várias partes :

- se os filhos forem perfilhados depois de contraído o matrimónio (1.ª parte) ;
- a sua legítima não excederá a legítima dos outros menos um terço (2.ª parte) ;
- calculada nos termos do n.º 1 (3.ª parte) ;
- e sairá só da cota disponível da herança (4.ª parte) ;
- considerando-se inoficiosas as disposições ou doações feitas em prejuízo desta legítima, anteriores e posteriores à perfilhação, conforme as regras gerais (5.ª parte).

Só nos interessam para resolver o nosso problema as 2.ª e 3.ª partes. A sua solução gira, principalmente, à volta da palavra «outros», e da frase «calculada nos termos do n.º 1».

Há quem entenda que a palavra «outros» se refere aos perfilhados antes do casamento e não aos legítimos; mas a maioria dos juristas inclina-se para que a palavra «outros» se refira aos legítimos.

Observemos que o n.º 2 nada tem a ver com o n.º 1; ambos eles estão em pé de igualdade relativamente ao corpo do art. 1.785.º Observemos também a diferente redacção dada ao n.º 1 e ao n.º 2; no n.º 1 contrapõem-se os perfilhados antes do casamento aos legítimos, e quando depois se lhes refere na segunda parte é com os pronomes demonstrativos «aquele» e «este»; no n.º 2 não se contrapõem os filhos perfilhados depois do casamento, nem aos legítimos nem tão pouco aos perfilhados antes, o que se faz é contrapô-los aos «outros».

No corpo do artigo apresentam-se duas categorias de filhos: os legítimos e os perfilhados, sem distinguir nestes se antes se depois do casamento.

Ora o n.º 2 não regula nenhuma destas categorias, mas sim uma sub-divisão da categoria dos filhos perfilhados, ou seja a dos perfilhados depois do casamento.

Portanto a palavra «outros» não se pode referir aos legítimos, porque no corpo do artigo os legítimos estão contrapostos aos perfilhados «tout court»; — não são também os perfilhados, pois que deles próprios são os perfilhados depois uma sub-divisão.

Então quem são os outros ?

É que esta palavra «outros» não está a referir-se própria-mente às categorias de filhos mencionadas no n.º 1 (ao qual o n.º 2 não está subordinado, nem proeminente), nem às do corpo do artigo, mas, abstractamente, quere referir-se a toda e qualquer categoria de filhos existentes num dado caso concreto.

Já dissemos que o n.º 2 do art. 1.785.º, não tem nenhuma relação com o n.º 1, e que, portanto, a palavra «outros» do n.º 2, não se refere, nem aos legítimos, nem aos filhos perfilhados antes do casamento, do n.º 1.

Também já vimos que a palavra «outros», a referir-se a qualquer categoria de filhos, só poderia ser aos mencionados no corpo do art. 1.785.º

Mas vimos também que a classificação dos filhos feita no corpo do art. 1.785.º não corresponde à classificação do n.º 2. Assim, a classificação do n.º 2 não coincide com a do corpo do artigo, e não corresponde, pois, a categoria dos filhos perfilhados depois do casamento verdadeiramente a nenhuma das duas categorias de filhos mencionadas no corpo do artigo (isto é, — os filhos perfilhados depois do casamento não são os legítimos; nem são todos os «filhos perfilhados») e é evidente que a palavra «outros» não se refere a nenhuma delas, uma das quais deveria ser um dos termos da equação.

Os «outros» não são pois:

- nem os filhos legítimos;
- nem os filhos perfilhados.

A única conclusão que se pode extrair daqui é a de que a palavra «outros» não está subordinada a nenhuma categoria que se tivesse mencionado antes.

Assim, a palavra «outros» tem de ter um significado bem diferente, e esse significado, está bem patente: os «outros» são os filhos que num dado caso concreto existem além dos perfilhados depois.

1.º Exemplo:

Uma pessoa morre e deixa dois filhos legítimos e dois perfilhados depois.

Neste caso os «outros» são os filhos legítimos.

2.º Exemplo :

Uma pessoa morre e deixa dois filhos perfilhados antes, dois filhos legítimos e depois perfilhados depois.

Neste caso os «outros» são os filhos perfilhados antes e os filhos legítimos.

Note-se que os outros nunca podem ser só os filhos perfilhados antes, em virtude dos arts. 1.971.º e 1.990.º do Código Civil, dizerem que havendo só filhos ilegítimos herdam todos em pé de igualdade, sejam anteriores ou posteriores ao casamento.

Esta interpretação faz com que se aplanem dificuldades que surgem com as outras interpretações.

Também não se segue que os filhos perfilhados depois do casamento herdem sempre o mesmo que os outros menos um terço, mas sim que a sua legítima não excederá a dos outros menos um terço, donde se vê que podem herdar muito menos que dois terços e isto sucederá quando os perfilhados depois forem muitos.

E aqui entra em jogo o Código Civil, art. 1.992.º, que estabelece: — Não chegando a segunda metade para perfazer os quinhões dos perfilhados depois do casamento será esta segunda metade rateada entre todos.

Está, pois, em vigor o artigo.

Exemplo :

H — 360 contos

1.ª metade — 180 contos

PA — 72 contos

L — 108 »

2.ª metade — 180 contos

10 PD — 18 contos cada

Competiria a cada perfilhado depois 60 contos, mas como a segunda metade não chega senão para três perfilhados depois, e eles são 10, esta segunda metade é rateada entre eles, o que dá 18 contos a cada um.



A Reforma de 1930, introduziu neste artigo a frase — «calculada nos termos do n.º 1» —, de sentido arrevesado, e bem diferente daquele que o seu autor material pretendeu.

Não seguimos a interpretação subjectiva da lei, entre muitas outras razões pela de que a intenção do autor material da lei não é legal, e porque na grande maioria dos casos, sabe-se lá qual era essa intenção?...

Só interessa a interpretação objectiva da lei, aquilo que se deduz da própria lei: da letra, do contexto, etc.

Por esta razão não levamos em conta a intenção do autor material da lei, de igualar a legítima dos perfilhados depois à dos perfilhados antes, porque, como dissemos, isto não resulta da própria lei.

Para que resultasse era preciso que tivesse alterado a referência aos «outros», o que não fez. E não há aqui a considerar que a palavra «outros» sendo da redacção primitiva esteja revogada, por duas razões: a de que ficaria o artigo sem sentido e, principalmente, porque o art. 1.785.º é integralmente novo (decreto n.º 19.126).

E de facto, não se referindo a palavra «outros» aos legítimos, como se faz no n.º 1, não pode a frase do n.º 2 «calculada nos termos do n.º 1», ter o significado que qualquer das quatro soluções apresentadas anteriormente lhe atribui.

Aquilo que ali está tem de ter outro sentido bem diferente, pois o que se lhe atribui está manifestamente em opposição ao resto do n.º 2.

Assim, o seu sentido não pode deixar de ser o de significar que assim como no n.º 1 o processo de achar os quinhões dos filhos perfilhados antes é atribuir-lhes dois terços dos legítimos, também para os perfilhados depois — o processo é o mesmo, se não entrar em jogo o art. 1.992.º

O Acórdão do Tribunal de 2.ª Instância do Contencioso das Contribuições e Impostos, de 1940, Fevereiro, 7, assinado pelos Drs. Manuel Joaquim Tavares da Costa, Afonso de Sousa Pinhoiro, Júlio de Lemos e António Augusto Barata Freire de Lima (por presença) diz que há quem considere: «Tal não signi-

fica que a legítima dos filhos perfilhados depois do casamento seja calculada em operação ideal como legítima dos perfilhados antes, de maneira que não exceda a destes».

Mas o seu verdadeiro significado é o de «que se tomou em conta a mesma base proporcional, com a redução de um terço em relação à legítima dos filhos legítimos.

Como já se notou, a preocupação do legislador foi defender os filhos legítimos em relação aos perfilhados e não defender um grupo de perfilhados contra o outro.

Compreende-se até que essa defesa seja mais apertada em relação aos filhos adúlteros». (Cit. em *Das Sucessões*, pelo Dr. Manuel João da Palma Carlos, vol. I, págs. 325 e 326).

No Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 1940, Junho, 5, consigna-se doutrina diferente, entendendo-se que aquelas palavras «calculada nos termos do n.º 1» significa o que o seu autor material teve em vista: que o cálculo das legítimas dos perfilhados fosse feito na mesma base e portanto no mesmo quantitativo.

E justifica a sua interpretação dizendo que «não se concebe que o n.º 2 do art. 1.785.º seja interpretado de forma que as palavras «calculada nos termos do n.º 1» venham a querer dizer o mesmo que as imediatamente anteriores: «a sua legítima não excederá a legítima dos outros menos um terço». Para que serviriam as palavras acrescentadas, se tudo já estivesse compreendido naquela última expressão?

Ora, salvo o devido respeito, parece-me que só com muito boa vontade se viu que o Código Civil queria atribuir aos perfilhados depois dois terços da legítima dos «outros». O que ali se diz é que a sua legítima não excederá a legítima dos outros menos um terço.

E aqui o Código o que marca é um limite à cota, qualquer que ela seja, e não quantitativo da cota. Foi a interpretação lógica que veio dizer que a cota era de dois terços dos outros, pois, se fosse atribuído um quinto da legítima dos outros, não se ofendia o artigo, visto que sem dúvida alguma não se excedia a legítima dos outros, menos um terço.

Onde o Código estabelecia uma quota era no art. 1.992.º, que manda ratear a segunda metade pelos filhos perfilhados.

Agora veio a Reforma dizer que é «calculada nos termos do n.º 1», isto é, na mesma proporção de dois terços, o que o mesmo é dizer, desenvolvendo o artigo, que os filhos perflhados depois recebem dois terços da legítima dos outros. Não se excederá, pois, em caso algum, a legítima dos outros menos um terço, visto que ela pode ser de menos de dois terços, na hipótese do art. 1.992.º

Sob o ponto de vista moral:

Tem-se dito que não é justo que os perflhados, quer anteriores, quer posteriores ao casamento, recebam quotas diferentes.

Parece-me que, juridicamente, não podem restar dúvidas; é a lei que o manda expressamente e o que ressalta de todas as suas disposições.

E moralmente?

Também moralmente se justifica.

Os perflhados antes do casamento não vieram prejudicar quaisquer outros filhos (que ainda não existiam), ao passo que os perflhados depois surgiram quando já havia legítimos a quem vieram limitar a sua expectativa sucessória.

Embora a quota do perflhado depois saia da segunda metade, o que é facto é que, não deixando o de cujus a sua quota disponível a pessoas que não sejam os filhos, esta segunda metade entra na expectativa sucessória dos legítimos, tal e qual como a primeira metade.

Os filhos perflhados antes são sempre anteriores ao matrimónio e não o podem ofender; a consorte, quando casa, já sabe da sua existência; ao passo que os perflhados depois ofendem o matrimónio e são sempre uma surpresa bem desagradável para o cônjuge inocente.

Embora se diga que os filhos perflhados depois podem ter nascido antes do casamento, o que é facto é que, para o direito, eles não eram filhos, e só surgem, e são considerados como tais, após a sua perflhação, depois do casamento.

O cônjuge inocente só neste momento é ofendido.

Mesmo estes filhos, até podem ser adúlterinos e resultado de relações criminosas, relações que o Código Penal pune se o ofen-

dido não preferir o divórcio ou a separação judicial de pessoas e bens, em caso de queixa.

Tão graves são esses factos que a perfilhação na constância do matrimónio é secreta, pelas consequências que o seu conhecimento podia acarretar.

Ao passo que os perfilhados anteriormente não ofenderam o matrimónio e portanto não prejudicaram tanto os legítimos.

«De jure condendo poderá alegar-se em abono da primeira desigualdade o facto de os perfilhados após o casamento serem, em regra, filhos adulterinos, bem como o facto da sua perfilhação decorrer as mais das vezes (porque feita judicialmente e após a morte do pretense progenitor) em termos de não oferecer, de facto, as mesmas garantias de verdade que as perfilhações verificadas antes da celebração do casamento (em regra feitas voluntariamente, ou com ampla possibilidade ainda assim, sendo judiciais, de o pretense progenitor devidamente as contestar, e em regra também incidindo sobre filhos não adulterinos). (Prof. Dr. Antunes Varela, artigo citado, pág. 367, nota 2).

Concluímos, pois, que, moralmente, os perfilhados depois estão numa situação de inferioridade, não só em relação aos legítimos (é até infantil esta afirmação) como também aos perfilhados antes, donde, se há na realidade moral uma inferioridade, a sua cota deve também ser inferior.

Sob o ponto de vista social:

Independentemente da moral, os filhos que surgem posteriormente ao casamento, causam um abalo à sociedade muito maior do que os anteriores ao casamento.

São motivo de rixas que muitas vezes perturbam os lares, e daí uma repercussão maligna na sociedade.

São também, por vezes, motivo de divórcio, o que, socialmente, é muito pernicioso.

O escandalo social é mais intenso quando é o homem casado a ter relações fora do matrimónio, do que quando é solteiro. A brandura dos nossos costumes quase que até impõe a estes essas relações.

E da diferença de repercussão na sociedade conforme essas

«relações»), extra-matrimoniais, são praticadas por homem solteiro ou homem casado (estando equiparados a estes os homens ex-casados, mas com prole legítima), surge uma diferença de tratamento em relação aos filhos surgidos dessas relações, uma das quais é exactamente uma menor legítima.

Esta situação de inferioridade dos perfilhados depois em relação aos perfilhados antes, não é de agora.

Já no antigo direito existia a diferença e bem mais acentuada do que hoje.

Os filhos ilegítimos abrangiam duas categorias, a dos bastardos e a dos naturais, conforme tivessem nascido de pais que ao tempo da sua concepção estavam ou não inibidos de casar entre si.

«Mesmo entre os ilegítimos não tratou do mesmo modo os filhos de pessoas que entre si podiam celebrar o matrimónio ao tempo da concepção e os de pessoas absolutamente impedidas de entre si casarem; pois excluiu absolutamente os ilegítimos provenientes de vício de origem condenado pelas leis e pela consciência pública, e chamou à herança unicamente os filhos ilegítimos que podem exercer direitos na sucessão sem ofender os sentimentos da família legítima nem rebaixar a grandeza do matrimónio». (José Dias Ferreira, *Código Civil Português Anotado*, vol. III, pág. 334).

Assim, sendo os filhos perfilhados depois mais prejudiciais à sociedade do que os perfilhados antes, esta, em contrapartida, concede-lhes menos direitos, como o de terem uma legítima mais pequena.

O pensamento do Visconde de Seabra :

Quando se elaborou o Código Civil, discutiu-se, no caso de haver filhos legítimos, se se havia ou não de conceder um quinto legitimário em benefício dos filhos perfilhados.

Era a favor da concessão o Visconde de Seabra, e contra o Dr. Joaquim José Pais da Silva (Observações sobre o projecto do Código Civil).

O Visconde de Seabra dividiu os filhos perfilhados em dois grupos: os perfilhados antes e os perfilhados depois do casa-

mento, entendendo que aqueles tinham mais direitos do que estes (Resposta do Autor do Projecto do Código Civil às observações do Sr. Joaquim José Pais da Silva).

Ora o Visconde de Seabra, em relação ao art. 1.785.º, manifestou, pois, a ideia de que os filhos perfilhados antes têm mais direito do que os perfilhados depois.

«O Sr. Seabra, que se inspirava no pensamento de conciliar o respeito devido à dignidade do matrimónio e à legitimidade da prole com os direitos imprescindíveis da natureza e do sangue, justificava assim o seu novo sistema sobre legítima.

Primeiro que tudo não devemos perder de vista que na grande maioria dos casos, segundo o sistema vigente, os filhos naturais sucedem a seus pais promiscuamente com os legítimos.

Já se vê pois que nesta parte o direito actual é mais favorável aos filhos naturais que a disposição do nosso artigo. É verdade que a disposição da lei actual só compreende os filhos de peões mas não é menos certo que esta classe é a mais numerosa da sociedade.

Nestas circunstâncias era preciso, ou fazer descer os filhos naturais dos cavaleiros à condição dos filhos naturais dos peões ou fazer subir estes à condição de aqueles.

Não fizemos nem uma nem outra coisa. Nenhuma dessas alternativas era aceitável aos olhos da justiça, da moral e da conveniência pública. Seguimos o meio termo; transigimos, ressaltando todos os direitos com a possível ou necessária diferença.

Tal homem tem um filho natural; reconhece-o ou perfilha-o, casa depois e tem filhos legítimos. Será justo que este filho perfilhado antes do matrimónio seja completamente deserdado? Não tinha ele um direito adquirido ou pelo menos uma justa expectativa de sucessão? Por outro lado não era já conhecido da mulher que contraíu o matrimónio com o pai desse filho natural, que esse filho existia e gozava de certos direitos? Parece-nos que a justiça pedia que estes filhos fossem em todo o caso contemplados, posto que menos avantajadamente que os legítimos, em atenção ao favor com que os ajustes nupciais devem ser protegidos.

Mas tal homem, que teve um filho natural antes de casar-se, vem somente a reconhecê-lo, ou durante o matrimónio ou dissolvido ele, estará este filho no mesmo caso ?

De certo que não, aqui o direito está todo da parte dos legítimos.

O casamento foi contraído na suposição de que nenhuma obrigação ligavam o pai a outros filhos, e o facto do reconhecimento posterior não deve prejudicar os legítimos. Neste sentido concedemos sim ao filho perfilhado a sua legítima mas sem prejuízo dos filhos legítimos fazendo-a sair da terça e como talvez pudesse o filho natural vir a ter maior legítima que os filhos legítimos, o que seria monstruoso, declarámos que em caso algum esta legítima pudesse exceder a dos outros menos um terço.

Nesta ordem de ideias concorrendo só os filhos perfilhados têm direito à porção legitimária como se foram legítimos ou legitimados, e concorrendo com posteridade legítima ou legitimada terão legítima inferior num terço, que além disso há-de sair não dos dois terços obrigados da herança mas da cota disponível quando a perfilhação tiver sido feita posteriormente ao matrimónio sem que o pai possa dispor senão do remanescente da terça depois de satisfeita a legítima dos filhos perfilhados (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1891, Dezembro, 1, *O Direito*, ano 31.º, n.º 4, pág. 55).

O quinhão portanto dos filhos ilegítimos que concorrem com descendentes legítimos nunca é superior à legítima destes menos um terço e pode ser muito inferior quando a perfilhação teve lugar depois do matrimónio, porque neste caso sai a legítima — só da terça disponível da herança». (Dias Ferreira, *ibidem*).

Observamos que neste trecho o Visconde de Seabra refere-se só ao caso da concorrência dos perfilhados antes com legítimos e dos perfilhados depois com legítimos e que não focou o caso da concorrência simultânea de todos.

No entanto, é já suficiente para se ver que, no espírito do Visconde de Seabra, pairava a ideia de que os perfilhados antes têm direitos mais fortes à sucessão ascidental do que os perfilhados depois.

E se esta era a ideia mãe, não admira que na redacção do art. 1.785.º se encontre a orientação que defendemos.

Legislação comparada

Nas legislações estrangeiras, mesmo os filhos nascidos anteriormente ao casamento, mas reconhecidos durante a constância do matrimónio de um dos seus pais, não gozam dos mesmos direitos que se tivessem sido reconhecidos antes do casamento.

Estão neste caso a legislação da França, da Holanda e do Mónaco, que deduzem os direitos dos filhos perfilhados já na constância do matrimónio do pai perfilhante: este reconhecimento não pode prejudicar nem o cônjuge perfilhante nem os seus filhos legítimos. Se este casamento se dissolve e dele não fica geração, os direitos dos filhos reconhecidos nestas condições tornam-se plenos (Prof. Dr. Manuel Paulo Merêa, *Condição jurídica dos filhos ilegítimos*, pág. 34).

Fórmulas de cálculo

Tendo nós chegado à conclusão de que a palavra «outros» se refere ou aos filhos legítimos, ou aos legítimos e aos perfilhados antes, conforme os casos, vamos ver como os perfilhados depois hajam de receber o seu quinhão em conformidade com a interpretação que damos ao art. 1.785.º, n.º 2.

Existindo apenas legítimos e perfilhados depois, o cálculo da cota destes é de uma simplicidade extrema.

A cota dos legítimos subtrai-se um terço, ou seja :

$$QPD = QFL - 1/3 QFL$$

No caso de existência simultânea de perfilhados antes, de legítimos e de perfilhados depois, já o cálculo é, porém, mais complexo.

Neste caso, aparecem-nos duas cotas ou parcelas de diferente quantitativo, a que há que retirar um terço.

Para se chegar a uma solução matemática compatível com a solução jurídica, há que efectuar a operação sobre a média aritmética.

Obtém-se essa média adicionando à cota dos perfilhados antes a dos legítimos e dividindo por dois.

A esta média — que é bem a legítima «ideal» dos «outros» — retira-se um terço, nos termos do art. 1.785, n.º 2, e temos calculada a cota dos perfilhados depois.

Assim a fórmula será :

$$QPD = \frac{QPA + QFL}{2} - \frac{1}{3} \left(\frac{QPA + QFL}{2} \right)$$

O desenvolvimento desta fórmula é o seguinte :

$$QPD = \frac{QFL (QFL - 1/3 QFL)}{2} - \frac{1}{3} \frac{QFL (QFL - 1/3 QFL)}{2}$$

$$QPD = \frac{QFL + (3/3 QFL - 1/3 QFL)}{2} - \frac{1}{3} \dots$$

$$QPD = \frac{3/3 QFL + 2/3 QFL}{2} - \frac{1}{3} \dots$$

$$QPD = \frac{5/3 QFL}{2} - \frac{1}{3} \frac{5/3 QFL}{2}$$

$$QPD = 5/6 QFL - 1/3 (5/6 QFL)$$

$$QPD = 15/18 QFL - 1/3 (15/18)$$

$$QPD = 15/18 - 5/18$$

$$QPD = 10/18 QFL$$

$$QPD = 5/9 QFL$$

Esta a expressão mais simples da fórmula que deixámos desenvolver e que é a aplicável no caso do art. 1.785.º, n.º 2.

Para o caso do art. 1.992.º aplica-se a seguinte fórmula :

$$QPD \text{ rateia-se quando} = 5/9 QFL \times nPD > 1/2 H$$

As fórmulas para ratear o remanescente da herança são as seguintes :

$$qpa = \frac{1/2 H - QPD}{QPA + QFL + QPD} \times QPA$$

$$qfl = \frac{1/2 H - QPD}{QPA + QFL + QPD} \times QFL$$

$$qpd = \frac{1/2 H - QPD}{QPA + QFL + QPD} \times QPD$$

A fórmula geral da herança é a seguinte:

$$H = QI. + QD = H/2 + H/2 = \frac{QFL + QPA}{2} + \frac{QPD + R}{2}$$

mas:

$$QFL = \frac{3H}{3 \times nFL + 2 \times nPA}$$

$$QPA = \frac{H/2}{3 \times nFL + 2 \times nPA}$$

$$\text{QPD - hipótese a): } QPD = \frac{QFL + QPA}{2} - \frac{1}{3} = \dots = 5/9 \text{ QFL}$$

$$\text{hipótese b): } QPD = 5/9 \text{ QFL} \times nPD > \frac{H}{2} \text{ é rateado}$$

$$R = qpa + qfl + qpd = \frac{1/2H - QPD}{QPA + QFL + QPD} \times QPA + \\ + \frac{1/2H - QPD}{QPA + QFL + QPD} \times QFL + \frac{1/2H - QPD}{QPA + QFL + QPD} \times QPD$$

Fórmula geral:

$$H = \frac{3H}{3 \times nFL + 2 \times nPA} + \frac{2H}{3 \times nFL + 2 \times nPA} + \\ + 5/9 \text{ QFL} \times nPD + \underbrace{\frac{1/2H - QPD \times nPD}{QPA + QFL + QPD} \times \left\{ \begin{array}{l} QPA \\ QFL \\ QPD \end{array} \right\}}_B \\ \underbrace{\hspace{10em}}_A$$

A: ou $\frac{H}{2}$ rateado pelos nPD

$$B = \frac{1/2H - QPD \times nPD}{QPA + QFL + QPD} \times (QPA + QFL + QPD) = qpa + qfl + qpd = R(\text{podendo ser } R = 0)$$

*

Passemos agora à análise do esquema seguinte:

O homem que foi casado, relativamente a filhos pode estar nas seguintes condições à data da sua morte:

- a) — Não deixar legítimos nem ilegítimos;
- b) — Deixar só legítimos;
- c) — Deixar só ilegítimos;
- d) — Deixar legítimos e ilegítimos. Neste caso podem verificar-se ainda 3 hipóteses:

- e) — Deixar só L e PA;
- f) — Deixar só L e PD;
- g) — Deixar só L e PA e PD. Neste caso, em relação ao número de filhos, ainda podem dar-se as seguintes hipóteses:

- h) — $Lx+PA > x+PD > x$
- i) — $Lx+PA < x+PD < x$
- j) — $Lx+PA > x+PD > x$
- k) — $Lx+PA < x+PD > x$
- l) — $Lx+PA > x+PD > x$

Só nos interessam as alíneas h) a l), que são sub-divisões da g), que por sua vez o é da d).

Para o nosso caso, isto é, para exemplificação de que a nossa solução não conduz a absurdos, qualquer que seja o número dos filhos das diversas categorias, só estas alíneas nos interessam.

Assim, supondo que x é igual a 4, que o menor que x é igual a 2 e que o maior que x é igual a 6, temos :

Casos :	h	i	j
QFL/4	— 27/4	— 33.750/4	— 22.500/
QPA/4	— 18/2	— 22.500/6	— 15.000/
QPD/4	— 15/2	— 18.750/6	— 12.500/
QD/	— 150/	— 142.500/	— 105.000/

Casos :	k	l
QFL	/4 — 33.750/4	— 22.500/
QPA	/2 — 22.500/6	— 15.000/
QPD	/6 — 18.750/2	— 12.500/
QD	/, — 67.500/	— 155.000/

Os quantitativos indicados devem entender-se por cada filho.

António de Araújo