

CASOS DE INAPLICABILIDADE DA COLAÇÃO DE BENS

Pelo DR. FERNANDO LUÍS SIMÕES FÉRIA

SUMÁRIO

- I — Plano do presente trabalho
- II — Conceito de colação de bens
- III — Requisitos da colação de bens
- IV — Casos de inaplicabilidade da colação de bens :
 - deserdação do donatário ;
 - perecimento da coisa doada por causa fortuita ;
 - dispensa da colação por vontade do doador, e
 - repúdio à sucessão para escusa da colação.

I

Para se tratar do problema que nos propomos, importa, ainda que a traços muito largos, fixar um conceito e estabelecer os requisitos da colação de bens.

Com efeito, o aparecimento dos vários casos de não aplicabilidade do instituto conferente deriva da falta de observância de algum ou alguns dos seus requisitos.

II

O direito português ocupa-se do estudo desta figura jurídica no Código Civil e no do Processo Civil vigentes. Compulsando os dois diplomas vemos que só o primeiro fornece uma noção de colação, ao versar o aspecto substantivo da matéria de inventário.

Esta atitude do Código de 67 pode, à primeira vista, trazer uma falsa ideia quanto ao campo de aplicação da conferência de bens,

visto que o referido Código ao abordar a matéria da colação na subsecção 3.^a da secção 2.^a epigrafada «do inventário», parece querer mostrar que a conferência só terá lugar quando haja inventário judicial. Porém, as coisas não se passam deste modo pois quer haja inventário judicial (obrigatório ou facultativo) quer este seja extra-judicial, há sempre ocasião para a colação desenvolver o seu processo.

Feita esta advertência de carácter puramente formal, passemos a apreciar o conceito legal de colação de bens.

Esta vem expressa no art.º 2.098.º: «Diz-se colação a restituição que os herdeiros legitimários, que pretendem entrar na sucessão, devem fazer, à massa da herança, dos valores que lhes houverem sido doados pelo autor dela, para o cálculo da metade e igualação da partilha». Como ideia geral ela é aceitável mas, sendo mais profundos, ela não deixa de ser alvo de críticas fundadas.

Em primeiro lugar, o referido conceito peca por falar em «herdeiros legitimários». É certo que os herdeiros legitimários são os sujeitos passivos da obrigação de conferir mas, no entanto, nem todos têm esse dever. Realmente, os colaterais estão afastados de trazer bens à colação quer em face da lei, quer pelo acórdão do S. T. J. de 7/8/1874 in Rev. Leg. Jur. 10, 46 e Direito 7, 84.

Além disso, a nossa lei claramente exclui os ascendentes do «de cuius» de conferirem bens à massa quando diz: no art.º 2.102.º: «Os ascendentes, que concorrem à sucessão do descendente doador não são obrigados à colação».

Esta atitude do legislador é perfeitamente compreensível no plano «de iure condendo». Só havendo doações de pais a filhos pode-se presumir uma vontade de igualdade entre os filhos a quando da abertura da sucessão, isto é, pode-se verificar de pleno o fundamento jurídico da obrigação de colação. Pelo contrário, nas liberalidades de filhos a pais, já não pode admitir-se, como plausível, a existência de uma vontade do descendente de doar ao ascendente por conta da legítima. Efectivamente, pelo jogo normal da vida, os mais velhos desaparecem antes dos mais novos, e, por isso, não se pode admitir a doação do descendente feita com o intuito de antecipar bens que o ascendente virá a ter por morte do descendente.

Assim, fica-nos que só os herdeiros legitimários descendentes arcam com a obrigação de trazer à herança os bens que os seus ascendentes, em vida, lhes houverem doado.

A falta que deixamos apontada corrige-se fàcilmente, aditando à noção dada pelo art.º 2.098.º a palavra «descendente». Assim temos: «diz-se colação a restituição que os herdeiros legitimários descendentes..., devem fazer,...».

Em segundo lugar, tem a noção o inconveniente de falar em «restituição». Vendo bem a realidade, a colação não chega a traduzir-se numa restituição, pois esta palavra contém a ideia de saída de qualquer coisa de um lugar para reentrar no anterior, isto é, saída de bens da esfera jurídica do filho donatário e sua reentrada na esfera jurídica do pai doador.

Pensamos que nesta matéria o que há, de facto, é como que uma avocação, puramente teórica, dos bens, objectos da liberalidade, ao património do doador, pois que os bens não chegam a sair do património do donatário.

Além disso, constituindo a colação um critério preferencial quanto a bens para a constituição dos lotes sucessórios, admitir uma restituição, uma reentrada de bens no património paterno, era destruir essa ideia característica do instituto conferente.

Finalmente, o conceito da nossa lei civil enferma de outro mal maior, que respeita às expressões «*para o cálculo da metade*» e «*igualação da partilha*».

A primeira destas expressões é de rejeitar, pela razão simples de não evidenciar, com a clareza necessária, a qual das duas metades se refere o texto legal.

Será à metade disponível ou à metade indisponível, à legítima, que se refere o mecanismo do «*rapport*» francês?

Antes da reforma do Código Civil em 1930 (decreto n.º 19.126, de 16/12/1930), a dúvida não tinha razão de ser, visto que o art.º 2.098.º falava de «*cálculo da terça*» que era necessariamente a quota indisponível.

Hoje, depois daquela reforma, que reduz para metade a legítima — (§ único do art.º 1.784.º do Cód. Civil) — as dúvidas já são fundadas.

Julgamos que metade significa, neste caso, a legítima. Tal conclusão pode extrair-se do argumento histórico que se cifra neste raciocínio: se a antiga redacção do art.º 2.098.º falava de «*terça*» é compreensível atribuir, pela nova redacção da disposição, à palavra

metade o mesmo significado que antes fora dado à terça, qual é, o de quota indisponível.

Pode, nesta altura, perguntar-se: qual o fim do cálculo da metade? Pensamos, com o Dr. Pires de Lima, que este cálculo de metade visa a imputação dos bens doados na legítima do filho herdeiro para assim se poder determinar, com segurança, o grau de inoficiosidade das doações a terceiros. Só depois de se saber qual a parte da herança que é deferida aos filhos pelas regras da sucessão forçada, é possível considerar e reputar como oficiosas ou inoficiosas as doações que o pai, em vida, fizera a terceiros, as quais vêm a ser referidas à quota indisponível.

Com efeito, diz o referido mestre («artigos» in Rev. Leg. Jur. 72, 24): «ao contrário do que acontece noutras legislações, o nosso código não contém nenhum princípio especial sobre imputação de bens aos herdeiros legitimários para efeitos de redução de doações a terceiros, sendo talvez de supor que o tivesse feito intencionalmente para resolver conjuntamente os dois problemas através do jogo das colações, atribuindo-se aos dois institutos a mesma função — a de servir para o cálculo da metade».

Quanto à frase «*igualação da partilha*», ela é igualmente imperfeita e coloca-nos na questão de saber qual o fim da colação.

O fundamento jurídico, na tese geralmente aceite (tese romanista), reside na presumida vontade do «de cuius» em vista a uma igualdade entre os filhos. Assim, poderá parecer que a expressão legal é correcta e até mesmo necessária, pois teria a virtualidade de traduzir sistematicamente a opinião geral no cruciante problema desta matéria que é o do seu fundamento jurídico. Mas, as coisas não se passam tam singelamente, e a citada expressão acaba por ser contrária à lei e à realidade. Para tanto basta olhar ao disposto no art.º 2.111.º do Cód. Civ. que estabelece: «Quando o valor dos bens doados exceder a porção legítima do donatário, será o excesso computado na metade dos doadores, e se, ainda assim, houver excesso da legítima e metade, será o donatário obrigado a repor esse excesso». Por aqui infere-se que a igualação da partilha nunca poderá ser o fim específico da colação de bens.

Para que essa igualdade funcione como o escopo da obrigação conferente, era necessário que a massa sucessória contivesse os bens em quantidade bastante para se poderem atribuir quotas iguais tanto

ao herdeiro donatário, como aos herdeiros não donatários que concorram à herança. E isto porque a lei, em obediência ao princípio fundamental da irrevogabilidade das doações, manda computar na quota disponível o excesso da doação sobre a legítima no caso de resultar ofensa às legítimas dos herdeiros não donatários.

Portanto, podemos concluir que o fim da colação não é a igualação da partilha, mas a imputação da doação na legítima do donatário e na quota indisponível do doador, na parte em que os bens doados excedam aquela, no firme propósito de igualar tanto quanto possível o tratamento dos herdeiros legitimários na sucessão.

Feitas as críticas ao conceito legal, procuremos distinguir a colação de outros institutos afins e resolver o problema de saber quais os aspectos por que ela pode ser encarada.

A colação de bens distingue-se de outros institutos que lhe são afins.

Em primeiro lugar, separa-se da *reunião fictícia das doações* deixadas ao tempo da morte, quer quanto aos sujeitos, quer quanto ao objecto, quer, finalmente, quanto ao fim.

Quanto aos sujeitos: a Reunião fictícia, operação preliminar da redução por inoficiosidade, é ideal, pois visa apenas determinar qual o acervo de bens que pode ser, livremente, disposto pelo doador. Além disso, ela conduz à renúncia do donatário, ou à revogação da doação, não importando geralmente um aumento real da massa, visto que os donatários não têm que restituir, efectivamente, os bens recebidos. A colação, incidente da partilha, na expressão do Colin e Capitant, importa já a renúncia da revogação da doação, porque os herdeiros donatários têm que concorrer à sucessão, trazendo os bens doados.

Quanto ao objecto: A reunião fictícia actua sobre todas as doações qualquer que tenha sido o donatário, seja herdeiro legitimário ou até um estranho; à colação só lhe interessam doações que têm por titular o herdeiro legitimário descendente do «de cuius», que concorram à sucessão com outros herdeiros legitimários descendentes.

Quanto ao fim: A reunião fictícia tem por fim, de harmonia com as regras do art.º 1.790.º, calcular a quota disponível, isto é, determinar o conjunto de bens de que o testador pode dispor livremente. Além disso, é indispensável quando haja dúvidas sobre se o doador dispôs ou não no limite dessa parte disponível. A colação, tendo por

escopo a presumida igualdade, entre os herdeiros legitimários, é sempre necessária, mesmo no caso dos bens doados serem inferiores, em valor, à quota disponível.

Embora distintas, elas supõem a mesma base indispensável — a doação — e têm a mesma consequência prática — reentrada dos bens doados no monte partível.

A colação também se diferencia da *redução das doações por inoficiosidade* em muitos pontos.

Quanto aos sujeitos : A redução é imposta a qualquer beneficiário, seja ou não herdeiro legitimário. Por isso cremos que os problemas sobre inoficiosidade devem pôr-se considerando não os herdeiros legitimários uns perante os outros, mas antes tomando-os no seu conjunto e contra quaisquer pessoas, mesmo que não sejam parentes contemplados com uma liberalidade. Neste ponto tem razão Losana, ao afirmar que a redução por inoficiosidade pode cair contra qualquer herdeiro, donatário, parente ou estranho. Pelo contrário, a colação vem sujeitar apenas os herdeiros legitimários descendentes desde que venham à sucessão.

Quanto ao objecto : A redução não atinge todas as doações indiscriminadamente, mas apenas as mais modernas no tempo. Quer dizer, na redução, obedece-se a uma ordem de preferências, entre as doações, que é estabelecida por um critério temporal. Assim, pode até nunca se ter de reduzir qualquer doação, bastando por isso a redução dos legados, como se vê em face do art.º 1.439.º do Cód. Civil. A colação, pelo contrário, abrange todas as doações, qualquer que seja a data da celebração do contrato gratuito.

Quanto ao fim : A colação visa, como já se disse, a igualdade de tratamento entre os filhos e, portanto, dos quinhões legitimários ; a redução pretende manter a integridade da legítima, do quanto indisponível.

Quanto à dispensa : A redução, por ser um instituto de direito público, (o seu fim consiste, repito, na defesa da legítima) não pode ser dispensada pelo «de cuius». Assim, se a doação exceder a legítima, há que reduzi-la por inoficiosa sem qualquer consideração pela vontade do «de cuius». Pelo contrário, a colação, sendo um instituto de direito privado (o seu fundo reside numa vontade), pode ser dispensada pelo doador, desde que manifeste uma vontade nesse sentido.

Porém, esta distinção não é tão profunda que não possamos descobrir pontos de semelhança entre as duas figuras jurídicas. De facto, qualquer delas supõe uma doação, importam para os donatários a perda dos bens em favor da massa, e traduzem-se na resolução da doação e finalmente podem, até, coexistir. Tal coexistência dá-se quando a liberalidade concedida ao herdeiro legitimário exceda a respectiva legítima, acrescida da quota de que o doador pode livremente dispor.

Por último, resta-nos distinguir a colação da *imputação das doações*.

Esta separação, apresenta dificuldades visto que a colação, em muitas hipóteses, se realiza através da imputação.

Segundo o art.º 2.107.º do Cód. Civil, vê-se que a colação pode-se realizar em substância (colação real do direito alemão) ou em valor (colação ideal dos alemães ou o «*rapport de moins prennant*» do direito francês, colação de receber menos do direito português). Ora quando se trata da colação ideal, ela opera-se pela imputação do valor na legítima. Porém, o que procuramos distinguir não é esta espécie de imputação, mas antes a imputação como instituto.

E porque prismas se distinguem estes dois institutos?

Pelos sujeitos: A colação atinge os herdeiros descendentes; a imputação impende sobre qualquer herdeiro, mesmo não descendente, isto é, estende-se v. g., a legatários estranhos, cônjuge sobrevivente (art.º 756.º do código italiano) filhos naturais (art.º 746.º do mesmo código). A imputação abrange tanto as doações, como os legados deixados pelo «*de cuius*» aos seus herdeiros legitimários; a colação só as doações.

Pelo fim: A colação visa a igualdade dos lotes sucessórios com que serão contemplados os legitimários; a imputação procura fazer respeitar a liberalidade feita pelo defunto e, ao mesmo tempo, manter o exercício do direito de redução nos limites do necessário.

Pelo modo e efeito: A imputação é uma operação aritmética; a colação, pelo menos na sua forma normal (colação em valor), constitui uma restituição de bens à massa.

Pela expansão da dispensa: Na colação a dispensa pode ser expressa, tácita ou virtual; na imputação a dispensa é sempre expressa.

Pela configuração processual : A colação traduz-se numa acção ; a imputação é uma simples excepção em favor do herdeiro mesmo não descendente.

Levanta-se agora a questão de saber por que prisma pode a conferência ser encarada.

Em primeiro lugar a conferência de bens pode ser olhada como um *remédio a uma modificação objectiva da relação jurídica sucessória*.

A doação, alicerce da colação, traduzindo-se numa saída de bens do património do pai para o do filho, origina uma modificação quantitativa da futura relação jurídica sucessória.

Porém, esta modificação é sanada mercê do mecanismo da colação que faz com que os bens saídos, em princípio, voltem para a massa hereditária.

E falamos, em princípio, porque, como adiante se verá, esses bens podem não voltar à herança, bastando ou que o doador dispense o donatário de conferir ou que o donatário repudie a sucessão.

Logo, o dizermos que a colação actua, quanto à relação jurídica sucessória, como um remédio a uma modificação objectiva, operada pela liberalidade.

Mas a conferência pode também ser vista sob o prisma de uma *obrigação*.

Para se poder realizar o fim desta figura jurídica, é preciso que o filho contemplado traga, a quando da abertura da sucessão, os bens doados ao monte. Quer dizer, pois, que nasce para esse filho uma verdadeira obrigação.

Mas será lícito falar de obrigação? Revestirá a colação todos os requisitos de uma obrigação?

Podemos definir «grosso modo» obrigação dizendo que ela consiste num vínculo jurídico de carácter autónomo e patrimonial, pelo qual uma ou algumas pessoas (sujeitos passivos, devedores) ficam abstractos para com outra ou outras (sujeitos activos, credores) ao cumprimento de uma prestação.

Ora, na colação existem todos estes elementos :

Vínculo jurídico — constitui uma relação jurídica, portanto uma relação entre pessoas, tutelada pelo direito, melhor, entre o ou os herdeiros legitimários descendentes que sejam beneficiários de uma

liberalidade e o ou os herdeiros de igual categoria que não são donatários ;

Autonomia — porque a imposição que impende sobre os sujeitos passivos nasce do próprio fundamento e fim atribuídos ao instituto.

Patrimonialidade — por efeito da colação há bens que de novo entram na herança.

Sujeitos passivos — são os herdeiros legitimários descendentes.

Sujeitos activos — são os outros herdeiros legitimários descendentes, que não forem beneficiados com qualquer doação.

Prestação — traduz-se na conduta do herdeiro donatário de conferir bens à massa.

Pelo exposto, inferimos que a conferência é uma verdadeira obrigação.

Porém, olhando bem a realidade, a conferência acaba por se traduzir no próprio *cumprimento da obrigação*, como se deduz claramente, pela expressão usada pela lei civil (art.º 2.098.º) «... restituição dos valores que houverem sido doados...».

Falando em restituição, a lei não se quer referir à obrigação em si, mas ao seu resultado, ao seu cumprimento, e, até é neste sentido, que o código usa a expressão «*colação*» na epígrafe que subordina os preceitos que se ocupam nesta matéria.

Neste sentido, a figura conferente funciona como uma operação preliminar da partilha, que actua na constituição dos lotes sucessórios, como um critério preferencial, levando os bens conferidos a entrar no património do seu antigo titular.

Com efeito, entre o momento da doação e o da morte do doador podem mediar muitos anos. Por isso os bens, jurídica e economicamente, alargam as suas raízes no património do donatário de tal sorte que é lícito admitir que, ao serem formados os lotes, esses bens tenham, a seu favor, uma preferência no sentido de voltarem para o anterior domínio.

Praticamente, julgamos que os bens não chegam a sair do património do donatário, tudo se passando como se no próprio momento da doação, a preferência actuasse de maneira a fazer ingressar logo os bens no pecúlio do filho.

Finalmente, a colação pode ser olhada como um *instituto*, com uma ordem jurídica em miniatura, que tem a virtualidade bastante para produzir os seus efeitos típicos.

No seio deste complexo jurídico vão-se inscrever várias figuras que têm de fugir, em alguns pontos, à sua regulamentação normal para se poderem adaptar à finalidade da colação.

É caso característico o que se passa com a base táctica deste instituto que, quando integrada no instituto conferente, toma uma configuração especial que é a de ser feita com a condição de restituição dos bens doados à massa por ocasião da abertura da herança.

Feita a crítica à noção legal, apresentada a distinção da colação com os institutos afins e resolvido o problema dos aspectos por que a obrigação de conferir pode ser encarada, temos o material necessário para construir um conceito.

Assim, diz-se colação a obrigação ou, melhor, o cumprimento dela, que o herdeiro legítimo descendente — donatário — tem, de trazer ao monte, os bens doados em vida pelo autor da sucessão, em vista à imputação desses bens na legítima do donatário e à imputação (instituto) do excedente sobre a quota legítima, na quota disponível do doador.

III

Quais os requisitos da colação?

Quer em face da lei, quer da doutrina, é possível encontrar para este instituto os seguintes requisitos:

- 1.º — existência de uma liberalidade feita pelo «de cuius», em vida;
- 2.º — ser destinatário dessa doação um herdeiro legítimo descendente, isto é, cumularem-se na mesma pessoa as qualidades de herdeiro e de donatário;
- 3.º — o beneficiário da doação e herdeiro, concorrer à herança com outros herdeiros legítimos descendentes;
- 4.º — não ser o donatário dispensado pelo doador.

O primeiro requisito apontado é de grande importância e consiste no acto «inter vivos» a título gratuito, estabelecido entre o futuro autor da sucessão e um seu futuro herdeiro legítimo descendente que nessa altura não é ainda senão um sucessível com uma mera

expectativa de vir a ter o direito de suceder. Se a doação não existisse, não fazia sentido o retorno de bens ao monte partível, quer dizer que não fazia sentido que à morte do pai o filho donatário fosse obrigado a trazer à colação os bens.

Além disso, a doação apresenta, nesta matéria, aspectos característicos que se desviam do seu regime normal. Havendo obrigação de conferir, a liberalidade feita pelo pai aparece sob a condição de o filho, a quando da abertura da sucessão daquele, trazer à massa os bens, objecto desse acto «inter vivos».

Por último, este acto, sendo estabelecido na base dum parentesco, não visa beneficiar o descendente, em prejuízo dos direitos dos outros, mas antes traduz-se numa antecipação da quota legitimária ao donatário.

O requisito da cumulação das qualidades de herdeiro e donatário, tem igualmente interesse. De facto, para que o contemplado na doação tenha a obrigação de colação, é necessário que a esta sua qualidade de donatário se junte a de herdeiro legitimário descendente. Logo qualquer estranho, a quem o «de cuius» tenha em vida contemplado com uma liberalidade, não terá de conferir esses bens à herança, pois falta-lhe a qualidade de herdeiro.

Outro requisito da colação é o concurso de sucessão do herdeiro donatário com outro ou outros herdeiros legitimários descendentes.

A lei, ao estabelecer este requisito, está a pensar não só que há vários herdeiros com o mesmo grau de vocação necessária que o herdeiro donatário, como também que esses herdeiros concorrem à sucessão, que a aceitam.

Se houver só um herdeiro, a colação não se efectua, pois este receberá a legítima na totalidade, e, como diz a Rev. Leg. Jur. (65-264), «não há quem possa ter o direito de reclamar a colação».

Além disso, se, havendo vários herdeiros legitimários descendentes, algum repudiou a herança, este fica excluído de a receber, acrescentando a sua quota à dos outros herdeiros.

Finalmente deve-se ainda apontar como requisito o facto de não ter o doador dispensado o donatário da obrigação de conferir.

Este requisito, já não vem, como os anteriores, indicado na lei, mas são os autores (v. g. Planiol e Dr. A. Ferrão) que o citam.

Pensamos que embora a lei o não inclua, nem por isso o requisito deixa de ter valor. De facto, ele actua como um obstáculo ao exercício negativo do direito de aceitar, pois que, de outra forma, o donatário poderá exorbitar o exercício do repúdio à sucessão para se escusar da conferência de bens.

IV

Fixada a noção e os requisitos da colação, ficamos aptos a encarar o problema de saber em qual dos casos se verifica a inaplicabilidade da conferência de bens.

O nosso Código Civil, no seu art.º 2.099.º, ao afirmar que a colação poderá escusar-se entre o herdeiro legitimário, se o doador o houver assim declarado, ou o donatário repudiar a herança, salvo o direito de redução, no caso de inoficiosidade, mostra que há, pelo menos, dois casos em que a colação não chega a desenvolver os seus efeitos: aquele em que o doador dispensa da colação o donatário e aquele em que o donatário repudia, livremente, a sucessão.

Contudo os autores entendem, e bem, que, para além do âmbito do art.º 2.099.º, há outras hipóteses de inaplicabilidade do instituto em estudo. Citam eles a deserdação e o perecimento, por causa fortuita, da coisa doada.

Daqui poder individualizarem-se os quatro casos que constituem o objecto deste trabalho:

- Deserdação do donatário;
- Perecimento da coisa doada por causa fortuita;
- Dispensa da colação pelo doador; e
- Repúdio à sucessão para escusa da colação.

DESERDAÇÃO E PERECIMENTO

Tanto a deserdação como o perecimento não funcionam nesta matéria como um processo em que o pai doador dispõe para escusar o filho da colação, nem, por outro lado, a vontade do filho donatário pode promover a não obrigação de colação, mas, qualquer destas figuras, quando exista, traduz-se num obstáculo ao pleno desenvolvimento da colação, melhor, provoca a não aplicação dos processos da conferência.

Dentro da deserdação há que distinguir duas hipóteses: ou é anterior à doação ou é-lhe posterior.

Se é anterior, a deserdação não tem qualquer repercussão sobre a colação, pois que o pai ao deserdar o filho considera-o indigno e, portanto, não irá mais tarde beneficiá-lo com qualquer liberalidade, isto é, falta neste caso, a base da conferência, a doação.

Mas, no segundo caso, já a deserdação tem a virtualidade bastante para poder funcionar como um obstáculo à colação.

A lei não nos dá qualquer solução para o problema, mas teorizando «*extra legem*» vê-se que é possível colocar ao lado da dispensa a deserdação. Com efeito, em qualquer dos casos existe a doação mas falta o requisito da cumulação das duas qualidades de herdeiro e donatário, pois o filho deixa de ser herdeiro quer no caso de o pai o deserdar, quer no de o dispensar de conferir os bens à massa.

Embora se aproximem, as duas figuras afastam-se quanto aos fins, pois o pai ao deserdar o descendente não visa escusá-lo à colação, como na dispensa, mas antes impedi-lo de vir a receber bens que representam o alicerce material duma família. Sendo os bens da herança, obtidos à custa de mil sacrifícios, o pai não poderá desejar que parte desse pecúlio venha a caber a um filho, que é, por exemplo, indigno.

No que respeita ao perecimento, a lei não trata nem directa, nem indirectamente, deste caso, mas não custa admitir que, se os bens doados perecem, por um caso fortuito, não nasce para o descendente donatário a obrigação de conferir.

Recorrendo à via analógica — § 2.º do art.º 2.107.º e § 3.º do art.º 1.790.º, ambos do Cód. Civil — podemos defender que o perecimento torna impossível a actuação da colação.

A «*contrario sensu*» vê-se, pelo § 3.º do art.º 2.107.º, que o donatário não é responsável pela alteração ou diminuição da coisa doada, que se verifica por caso fortuito: só o será se tais acontecimentos resultarem de culpa ou negligência; pelo § 3.º do art.º 1.790.º a mesma conclusão se obterá: a coisa doada fica excluída da massa, para o cálculo das legítimas, quando perecer sem que para tal concorra directamente o seu possuidor.

Logo, se o perecimento nasce de um facto imprevisível pela prudência do homem médio, é lícito que o donatário não fique obrigado a conferir os bens doados à massa.

Do exposto conclui-se que tanto a deserdação, na segunda modalidade, como o perecimento, tornam impossível a actuação de colação, isto é, agem como casos de inaplicabilidade do instituto em análise.

DISPENSA DA COLAÇÃO POR VONTADE DO DOADOR

Ideia geral

Com a dispensa o pai doador não procura antecipar bens por conta da legítima do filho, mas antes pô-lo numa situação de vantagem «vis à vis» dos outros. Pela dispensa, pois, o pai não quer a igualdade entre os filhos e por isso há que reconhecer que a liberalidade feita, revela o mesmo intuito jurídico e económico que o existente nas doações feitas a estranhos.

Assento legal

Esta figura vem contemplada em todas as legislações quer modernas quer antigas.

Todos os códigos actuais consagram-na, como acontece, por exemplo, com o código civil francês (art.º 843.º) com o antigo código civil italiano (art.º 1.001.º), e com o código romano (art.º 284.º).

O diploma do Visconde de Seabra também não se esqueceu da dispensa no art.º 2.099.º, ao afirmar: «a colação poderá escusar-se... se o doador o houver assim declarado».

A dispensa, como ampla manifestação de vontade do doador, está em perfeita harmonia com os princípios individualistas que orientaram o autor do projecto do código civil. Por isso não nos admira que ela venha consagrada no nosso direito.

Actos por que a dispensa pode ser concedida

Põe-se agora o problema de saber por que actos pode ela ser concedida.

A lei nacional, bem como as estrangeiras não fornecem quaisquer contribuições para o estudo deste assunto, mas nem por isso devemos deixar de o tratar.

Num ponto todos os autores concordam: a dispensa pode ser concedida no próprio acto da doação.

E será ela possível em actos posteriores?

Pensamos que sim, pois o pai pode, mais tarde, querer beneficiar o filho e então pratica novo acto neste sentido.

E de que espécie será o acto?

Entende Ricci («Diritto Civile», IV) que só por testamento se poderá admitir a concessão da dispensa. Com efeito, diz, quando o pai dispensa da colação o filho, está a realizar-se um acto de última vontade, visto que dispõe de bens para um tempo posterior à sua morte, e aquelas disposições só podem, válidamente, manifestar-se por meio de testamento.

Esta opinião não tem qualquer valor, não só por representar um ponto de vista isolado, como também por não assentar em realidades jurídicas. De facto, a dispensa da colação, situando-se na sucessão legitimária, não importa uma disposição de bens para depois da morte do doador, como acontece com as disposições testamentárias, mas antes uma saída definitiva de bens do património do doador, para o do donatário, salvo o direito de redução, nos casos em que se verifique.

Rejeitada esta orientação, parece-nos que posteriormente à doação, ainda a dispensa pode ser conferida quer em acto «inter vivos», quer em testamento.

Quanto ao primeiro acto, ele é admissível desde que seja aceite pelo donatário e desde que obedeça aos mesmos requisitos da doação.

Realmente, este acto, muitas vezes, pode representar uma nova liberalidade ou, como diz Grenier, uma ampliação da liberalidade anterior e, por isso, é lógico afirmar que ele deve ser feito com a mesma forma da doação.

Quanto ao testamento, também é compreensível, pois a dispensa pode, sob certo aspecto, funcionar como um acto de disposição a título gratuito e assim ela harmonizar-se-ia com o testamento, com essa forma de dispor dos bens para além túmulo.

O princípio da dispensa se efectuar em acto posterior entre vivos sofre uma derrogação com as doações manuais. Tratando-se de uma doação deste tipo, não faz sentido que se exija, para a sua posterior dispensa, uma forma escrita, pois aquela é, nos termos do art.º 1.458.º, verbal.

Posição jurídica do herdeiro dispensado

O herdeiro donatário, dispensado, embora não perca a qualidade de herdeiro, no entanto, recebe a doação por conta da quota disponível, isto é, a liberalidade traduz-se numa exclusiva e definitiva vantagem para o seu destinatário.

Por este lado, ele é considerado como um verdadeiro estranho, limitando-se simplesmente a ver a sua doação reduzida por inoficiosa, se for caso disso, para assim se preencher a legítima dos herdeiros que aceitarem a sucessão.

O código italiano revogado, no art.º 1.002.º e o francês, no art.º 844.º, dizem que ele teria de trazer o excesso, sobre a quota disponível, à colação. Tal expressão, cremos, é incorrecta, pois havendo dispensa não há, como é óbvio, colação. O que os artigos querem referir é a redução, revelando, deste modo, a confusão entre colação e redução.

Felizmente o nosso código já não incorreu em semelhante defeito, pois fala de redução por inoficiosidade no art.º 2.099.º «in fine».

Apesar disto o herdeiro com dispensa não perde a sua qualidade de sucessor podendo, por isso, a quando da abertura da sucessão, se aceitar, receber a legítima.

Do que ficou dito parecerá estranho que consideremos, ao mesmo tempo, o herdeiro dispensado como estranho e como sucessor.

Contudo, julgamos que não há aqui qualquer paradoxo, desde que se entenda o que a lei quis referir com a expressão «estranho». Esta significa que o herdeiro, destinatário da doação dispensada, receberá os bens, por conta da quota disponível, melhor, que essa doação é conferida nos mesmos precisos termos das doações a terceiros.

Efeitos da dispensa

A dispensa produz efeitos relativamente ao doador, ao donatário e a terceiros.

No que diz respeito ao doador, ela reduz quantitativamente os bens a dispor.

Quanto ao donatário, representa um verdadeiro benefício, uma entrada definitiva na sua esfera jurídica. Realmente, para que ela produza efeitos para o donatário, é preciso que este a aceite, e isto porque, no fundo, a dispensa é que constitui a verdadeira liberalidade, pois a doação não dispensada da colação é como que uma simples antecipação da legítima.

Ora, as liberalidades têm, em regra, de ser aceites, como se deduz, para as «inter vivos», do disposto no art.º 1.465.º e, para as «mortis causa», do disposto no art.º 2.018.º e seguintes.

Assim, pergunta-se: a aceitação da doação importará só por si a aceitação da dispensa?

O problema não se põe, geralmente, quando a dispensa for feita no próprio acto da doação, visto que então é de considerar que a aceitação se efectua em bloco.

Mas tem toda a aquidade quando a dispensa seja declarada pelo doador posteriormente ao acto da doação.

Pensamos que esta questão resolve-se negativamente e para tanto basta olhar para o art.º 2.039.º do Cód. Civil, que fornece um argumento decisivo. Efectivamente, se a doação, quando não acompanhada de dispensa, é imputada na legítima, se a dispensa implica a imputação à quota disponível, ou seja o acréscimo hereditário duma parte a essa quota e se o citado preceito admite simultaneamente a aceitação da legítima e o repúdio da quota disponível, há que inferir que a dispensa não pode deixar de ser aceite especial e independentemente da aceitação da doação.

Os efeitos para terceiros produzem-se desde o dia em que foi conferida.

Damos um exemplo para melhor compreensão: suponhamos que o pai doa certos bens, a um filho, que estão sujeitos à colação e posteriormente doa outros que estão isentos dessa obrigação; mais tarde entende dispensar da colação a primeira destas liberalidades.

Como a dispensa posterior considera-se feita desde o momento da sua concessão, isto é, não retrotrai os seus efeitos ao momento da doação, se houver de reduzir, a doação sacrificada será a primeira doação, pois não se devem prejudicar os direitos do segundo donatário.

Problema da admissibilidade ou inadmissibilidade da revogação da dispensa pelo doador

Sobre este problema muito se tem escrito.

Losana, partindo do princípio que a colação não constitui um vínculo para o doador, nem um direito para o donatário, mas antes uma simples expectativa de futuras vantagens, entende que a dispensa é sempre revogável.

Piola, pelo contrário, afirma que a dispensa é sempre irrevogável, quer pela vontade do doador, quer por acordo entre as partes, pois a possibilidade de revogação conduziria a um pacto relativo à futura sucessão.

Seguindo Vitali e Pacifici, julgamos que a dispensa é revogável quando conferida por testamento, mas irrevogável quando expressa no próprio acto ou em actos «inter-vivos» posterior.

Efectivamente compreende-se que o pai, no seu testamento, tenha dispensado da colação o herdeiro e que mais tarde venha a revogar essa cláusula, pois as disposições testamentárias são sempre revogáveis.

A dispensa atribuída no próprio acto da doação ou em acto posterior, de igual forma é irrevogável, salvo nos casos em que a própria doação seja revogável. E, além de revogável, será também rescindível por acordo das partes, o que acontecerá nos casos em que o doador e o donatário considerarem que a doação deve ser conferida à massa, independentemente de haver a dispensa.

Vê-se daqui que a dispensa, embora tenha um carácter definitivo, no entanto, não atenta contra a possibilidade de o doador dispor do que é seu para depois da morte. Simplesmente o que acontece é a sua parte disponível ficar diminuída por efeito da doação dispensada.

Problema de renúncia pelo donatário

Em nosso entender a solução que se impõe para o caso é esta: em vida do doador, o donatário não poderá renunciar à dispensa, pois no caso contrário resultará um pacto sobre futura sucessão, proibido pelo art.º 2.042.º do Cód. Civil.

A renúncia, porém, já é admissível depois da morte do «de cuius». Neste caso entende e bem o Dr. Abranches Ferrão («Das doações», II, 1912) que «tal doação torna-se numa liberalidade, a favor dos outros co-herdeiros, daquilo com que fora contemplado a mais o donatário».

O Dr. Cunha Gonçalves (Tratado de Direito Civil, X, 714) entende que a renúncia tem também lugar antes da morte do doador, pois ela não representa um pacto sucessório, mas um acto unilateral e, por outro lado, acrescenta: «embora feita em contrato, só importa a renúncia eventual da doação recebida, a qual é acto entre vivos. De contrário, também a concessão da dispensa pelo doador deveria ser pacto sucessório proibido».

Esta opinião é indefensável, pois a renúncia à dispensa não importa a renúncia eventual da doação, mas só a renúncia daquilo que a mais recebe o donatário na futura sucessão e que não obteria se não tivesse sido dispensado.

A dispensa é um direito do donatário

Há autores, como Losana e Ricci, que afirmam que a dispensa não constitui um vínculo efectivo para o doador porque este pode regular a distribuição do seu património como quiser e, portanto, pode tornar ineficaz a dispensa da colação. Daqui, concluem que a dispensa não representa para o donatário um direito, mas uma mera expectativa de vantagens futuras.

Cremos que semelhante opinião é absurda. É certo que o doador pode dispor a seu belo talante, do que lhe pertence, para depois da sua morte, mas daí até afirmar-se que ele pode revogar a dispensa da colação, vai grande distância.

Pela doação, com dispensa, os bens entram no património do donatário, melhor, são alienados pelo pai, e portanto não se pode dizer que eles ainda lhe pertençam.

Se isto é assim, como poderá ele dispor de tais bens? Pensamos que de modo nenhum.

Concluindo: o que devemos dizer é que a doação dispensada da obrigação conferente constitui uma liberalidade pura, e não já uma antecipação de bens; logo a dispensa cifra-se num verdadeiro direito para o donatário.

Termos da declaração da dispensa

Por que termos pode ser declarada a dispensa ?

Vimos já que ela tanto pode revelar-se através dum acto «inter vivos», como por testamento.

Cabe, neste momento, o problema de saber se a dispensa só poderá ser expressa, ou se também se admite a dispensa tácita e a virtual.

O código italiano de 1865, no art.º 1.002.º, e o francês, no art.º 843.º, ao tratarem da dispensa, usam do termo «expressamente» importado da Novela 18, capítulo VI «nisi *expressim* disposuerit se collationem fieri nolle», o que mostra, claramente, que a dispensa deve ser expressa.

O nosso código e também o código italiano em vigor não se serviam já da palavra «expressamente», mas nem por isso se poderá inferir que a dispensa não possa ser expressa.

Creemos mesmo que a dispensa expressa é a forma normal de escusar algum herdeiro donatário da colação.

Mas resultará que a dispensa tem de ter fórmula sacramental, isto é, que o doador tem de usar expressões consagradas ?

Pensamos que tal não será necessário.

A doutrina e a jurisprudência francesas e italianas ao interpretarem os respectivos preceitos revelam, seguindo a orientação do direito romano, que embora se exija para a dispensa a forma expressa, no entanto, não vão ao ponto de afirmarem que o doador tem de se servir de expressões sacramentais. Entendem que basta que a vontade do doador se exteriorise de modo inequívoco e iniludível.

Assim, não poderão constituir dispensa as declarações de que a doação é irrevogável ou resultante duma especial afeição do doador pelo donatário.

Se esta é a opinião geralmente aceite em relação a diplomas que contém a palavra «expressamente», pensamos que, por maioria de razão, ela deva ser a mais conforme com o nosso direito, que, repetimos, não usou de tal expressão no art.º 2.099.º e permite no art.º 648.º qualquer forma de manifestação de vontade.

E a dispensa tácita será admissível ?

Coviello entende que a dispensa tácita é possível desde que se deduza de factos e circunstâncias concludentes, não bastando, pois, simples indícios vagos.

Outros autores, contrariamente, atestam que a dispensa não pode ser tácita porque, neste caso da interpretação da vontade do doador, nunca se obterão mais do que simples conjecturas.

Entre nós o Dr. Cunha Gonçalves sustenta que a dispensa não pode ser tácita, pois a única que se harmoniza com o espírito do art.º 2.099.º é a expressa. Porém, admite casos de dispensa tácita, como acontece com as doações manuais e com as doações que sejam dispensadas por sua própria natureza.

O Dr. Abranches Ferrão, defende, acompanhado Demolombe, que há duas formas possíveis de dispensa : a feita por uma declaração especialmente escrita para esse efeito ; e a que nasce do conjunto combinado das diferentes cláusulas do negócio jurídico ou pela índole da própria liberalidade. Diz este autor (op. cit. 153 e 174): «na primeira hipótese poucas dificuldades poderão surgir ; desde que do contexto do documento resulte de maneira inequívoca a intenção do donatário ficar dispensado, a colação não se faz, quaisquer que tenham sido as palavras por que o doador exprimiu a sua vontade. É uma pura questão de facto, cuja solução compete ao prudente arbítrio dos tribunais. Já outro tanto, continua, não acontece na segunda, podendo todavia genéricamente afirmar-se, como faz Piola, ser a doação dispensada da colação todas as vezes que se encontre feita em termos tais que deles logicamente se induza aquela dispensa».

Segundo o nosso modo de ver, a dispensa tácita é admissível na nossa lei, visto que o art.º 2.099.º não só não distingue entre as espécies de declaração como também de dispensa, não usa o termo «expressamente». Mas para que ela seja possível é necessário que se induza de circunstâncias e factos de tal modo concludentes que nos forneçam uma certeza quanto à compatibilidade da vontade do doador com a obrigação, e por isso, se obtivermos meras probabilidades, devemos optar pela obrigação de colação.

Além disso, cremos que estas circunstâncias e factos de que temos necessidade de nos socorrer, não podem nunca ser exteriores, nem cronologicamente separadas da dispensa, antes têm que ser simultâneos, melhor, têm de resultar da própria doação, de testamento, ou de acto «inter vivos» posterior.

Esta é, de facto, a solução mais justa para o problema, mas há que reconhecer que, na prática, é muito difícil encontrar factos e circunstâncias que nos permitam dizer que existe colação.

Finalmente resta-nos ver se a dispensa virtual tem consagração no nosso direito.

Losana («Dei disposicioni comuni alle sucessioni», 524) dá-nos uma ideia aceitável de dispensa virtual, dizendo que é aquela que se compenetra de tal modo na disposição feita que a vontade de doar e a de dispensar da colação constituem um todo incidível, uma intenção única na mente do doador, de modo que se torna supérfluo, estranho, e mesmo absurdo, pretender ainda uma declaração da dispensa para subtrair a liberalidade à colação.

Quer dizer que a dispensa virtual, resultando da própria natureza da liberalidade, atribui definitivamente ao beneficiário os bens doados.

Esta forma de dispensa é harmónica com o nosso direito — art.º 648.º — mas, no entanto, discute-se muito o seu valor para cada caso concreto.

Chegados a este ponto pensamos que há hipóteses em que a dispensa virtual é admissível, de pleno: casos em que as doações são feitas com a cláusula de substituição fideicomissária e casos em que elas aparecem com a declaração de terem sido conferidas por conta da quota disponível.

O primeiro destes casos traduz-se numa liberalidade feita ao donatário com o encargo de conservar e transmitir, por sua morte, esses bens a um terceiro, como se vê do art.º 1.866.º, aplicável por força da segunda parte do art.º 1.473.º. Neste caso, não será plausível pensar que o doador quer antecipar bens ao donatário, mas antes beneficiar o herdeiro, e portanto se esses bens não voltam ao monte a quando da sua morte, não haverá colação. Logo, a cláusula de fideicomisso se existir numa doação, transforma-a de condicional em pura e consequentemente ela determina uma verdadeira dispensa da colação; há pois, a dispensa virtual.

No segundo, necessariamente que não haverá colação. O pai, que doa a um filho, certos bens, a título da sua quota disponível, manifesta um querer que é contrário à presumida vontade de igualação dos filhos a quando da sua morte. Logo, é lógico admitir na presente hipótese a existência de uma doação com dispensa virtual.

Ao lado destas duas hipóteses outras há no seio das quais muito se tem discutido e, pode-se dizer, nem por isso se chegou a uma opinião pacífica.

Referimo-nos aos seguintes casos :

- doações com a cláusula de reversibilidade em favor do doador ;
- doações com reserva de usufruto a favor do doador ;
- doações manuais ;
- doações que absorvendo o património do doador, traduzem-se na partilha ; e
- doações dissimuladas.

A cláusula de reversão a favor do doador está, no Código Civil de 1867, expressa na primeira parte do art.º 1.473.º : «o doador pode estipular a reversão da coisa doada tanto a seu favor...».

Ricci («Diritto Civile», IV, 305) opina : «quando se estipula a reversibilidade dos bens doados, quer-se, expressamente, que estes bens voltem novamente ao património do «de cuius» no único caso de premorte do donatário ; em qualquer outro caso o doador considera como definitivamente saídos aqueles bens do seu património».

Creemos que o ponto de vista de Ricci não tem valor, pois a cláusula de reversibilidade não impõe a ideia de colação e portanto ela não se produz na dispensa.

O que o pai doador procura, neste caso, é impedir que o filho, premoriente, disponha dos bens doados, em favor de estranhos, isto é, procura defender os bens da família.

Quanto à segunda hipótese : se uma doação é conferida com a reserva de usufruto, em favor do doador, será esta liberalidade sujeita à colação, ou, pelo contrário, conterà uma dispensa virtual ?

Ricci (op. cit., 305) entende que neste caso há uma verdadeira dispensa virtual. Neste sentido escreve : «se a lei sujeita à colação a doação, feita ao descendente, é porque supõe que o doador tem o intuito de antecipar todas ou algumas das vantagens, que o donatário só pode esperar a quando da morte do ascendente ; portanto, se o benefício não é alcançado no momento da doação, pelo filho, mas só depois da morte do «de cuius», não se pode dizer que o espírito da lei tenha sido o de impor a obrigação de conferir».

Por este raciocínio, nota-se que uma doação, com reserva de usufruto, tornar-se-ia illusória se não fosse acompanhada de uma dispensa virtual.

A tese proposta por Ricci é, a todos os títulos, inadmissível. É certo que a propriedade que se aliena vem diminuída na plenitude dos seus poderes, mas, em todo o caso, ela tem ainda a virtualidade bastante para o donatário alcançar importantes benefícios. E, se o valor da doação for superior ao da legítima, o donatário ficará em vantagem, mesmo que não tenha o gozo dos bens.

Por outro lado, a propriedade representa, mesmo quando despida do gozo dos rendimentos, um capital e por isso o donatário, pela hipoteca ou outro direito real menor, poderá obter um crédito.

Finalmente entre a obrigação de colação e a reserva de usufruto não há qualquer contradição, visto que, em muitos casos, o doador pode ter querido que o filho fique com esses bens, evitando assim que eles venham a caber a outro co-erdeiro.

A doação manual conterà uma dispensa virtual.

Há escritores que entendem que a doação manual está, por sua natureza, isenta de colação, pois, pela sua realização verbal, o doador revela a intenção de a ter dispensado.

Este ponto de vista não tem base jurídica. Em regra, uma doação verbal é feita com o intuito de lhe aproveitar essa sua característica, e assim ela aparece para evitar, v. g., a publicidade ou a inveja dos outros co-herdeiros.

Mas, exactamente, por isso, para se saber se essa doação foi ou não dispensada da colação, é preciso que o donatário prove, pelos modos legais, que não houve, na prática do acto, o intuito de conferir à massa.

Contudo, há certas doações manuais, como esmolas, presentes, que revelam bem uma vontade de doar incompatível com a ideia de colação. Hoje, ninguém pensa que um pai oferecendo a um filho um presente pelos seus anos, esse valor venha, mais tarde, à colação.

Outro caso discutido na doutrina é o de o pai ter distribuído, em vida, todo o seu património pelos filhos, usando de liberalidades.

Haverá aqui dispensa virtual da colação? A quase totalidade dos autores franceses e italianos defendem que, na hipótese, há uma dispensa virtual, pois a partilha obtida, pelas doações, visa evitar uma nova partilha a quando da abertura da sucessão. Assim, como a colação supõe uma futura divisão, a partilha, em vida, há-de estar em contradição com a conferência de bens. Por isso, concluem, há dispensa da colação.

Este argumento, cremos, não tem qualquer peso em face do direito civil português.

Para resolvermos a hipótese posta, há que fazer uma distinção : a partilha é feita com um critério de igualdade ou não.

O primeiro caso não tem, por certo, qualquer interesse, pois quer a colação actui, quer não, os resultados que se obtêm são sempre os mesmos. Portanto, tanto faz dizer que há obrigação de conferir ou que há dispensa.

Mas o problema já se torna importante quando a partilha feita pelo pai tenha sido desigual, isto é, quando as várias doações forem de valores diferentes.

Pensamos que, nem mesmo neste aspecto da questão, se possa defender a dispensa. Sendo a vontade do pai contrária à colação, seria impossível evitar nova partilha dos bens, que traria, à primeira partilha, maiores alterações do que as resultantes da aplicação do mecanismo conferente.

Infere-se daqui que o pai, ao absorver o seu património, com as doações, não teve em mira dispensar os filhos donatários, mas estabelecer uma espécie de guia a observar na futura constituição dos lotes sucessórios.

Finalmente, resta tratar do problema delicado de saber se as doações dissimuladas sob a aparência de um outro contrato podem revestir ou não aspecto de dispensa virtual.

Suponhamos que um pai quer doar a um filho certo bem, mas resolve vender-lho. Há aqui uma simulação relativa, em que a doação é o acto dissimulado ou oculto, e a venda, o acto simulado ou aparente.

Se considerarmos que a doação dissimulada é nula, em si, por inobservância das regras de forma, ou por infracção dalgum preceito legal proibitivo, não podemos pôr o problema, visto que elas terão de ser destruídas.

Portanto para se equacionar a questão há que supor válidos a doação e o contrato aparente, que a encobria, a venda, na hipótese figurada. Quer dizer que esta é acompanhada não do «animus nocendi», mas do «animus decipiendi».

Feita a advertência, pergunta-se : as doações dissimuladas importarão uma dispensa virtual ?

Losana, Pacifici e outros, pensam que as doações com simulação não implicam dispensa.

Planiol, entre muitos, opina que a dispensa é consequência da simulação, pois se o pai quisesse sujeitar o donatário à colação ter-lhe-ia doado às claras.

Finalmente Vitali, Laurent, e outros, entendem que, apesar da simulação, é preciso provar, embora por presunções, que o doador teve a intenção de excluir a doação.

Entre nós também a questão foi debatida. O Dr. Cunha Gonçalves entende que deve-se presumir a dispensa, mas esta presunção é ilidível por prova em contrário. O Dr. Abranches Ferrão, contrariamente pensa que a doação simulada não envolve dispensa, sendo por isso aplicável o disposto no art.º 2.099.º do Cód. Civil.

Julgamos que a doação dissimulada não equivale a uma dispensa virtual, pois, regra geral, o pai não teve em vista prejudicar os outros filhos, mas somente evitar a publicidade ou discórdias no seio da família.

Mas traduzir-se-á ela numa dispensa tácita?

Para chegarmos a uma conclusão, é forçoso investigar a vontade do doador, trabalho que nem sempre é fácil. Se, conhecidas as circunstâncias do acto, concluirmos por uma vontade de isentar da colação, então ficaremos perante uma dispensa tácita; caso contrário, teremos de dizer que há a obrigação de colação.

Limites da dispensa

Como já se viu, a dispensa torna o donatário num estranho, isto é, faz com que a doação se deva tomar em nome da quota livre e consequentemente o seu objectivo entre definitivamente na titularidade do filho donatário.

Julgamos, contudo, que este princípio encontra um limite, expresso na parte final do art.º 2.099.º do Código Civil, quando diz «... salvo o direito de redução».

A redução limite actua no sentido de fazer com que a dispensa só possa produzir os seus efeitos até à concorrência da quota disponível, e portanto, se a doação dispensada for de valor superior àquela quota, ela será reduzida em quanto for necessário para preencher os quinhões legitimários ofendidos.

Conclusão

Feito o estudo dos vários problemas que se põem nesta matéria da dispensa, procuremos supreender as relações possíveis entre a dispensa e os requisitos que apontámos à colação.

Dissemos que a conferência de bens só pode produzir a plenitude dos seus efeitos desde que estivessem reunidos todos os seus requisitos. Incluímos na sua enumeração o facto de o doador não ter dispensado o donatário da colação. Portanto se o pai dispensa o filho da doação, faltarão o requisito apontado e consequentemente a colação não chega a viver no direito.

Quer isto dizer que a dispensa actua relativamente à colação não como um facto extintivo mas como uma realidade que torna impossível a sua constituição.

Se fosse um facto extintivo, como quer o Dr. Cunha Gonçalves, a dispensa acarretaria para a figura a sua morte jurídica, e assim ela teria de ser tomada como uma parte integrante, um elemento da colação.

O nosso ponto de vista é outro: a dispensa não é um elemento da colação mas algo que lhe é exterior e anterior, enfim um seu requisito.

Daqui o considerarmos a dispensa como um facto que impossibilita a actuação da conferência.

E que influência tem a dispensa sobre a doação?

A doação, base material da colação, aparece-nos com uma característica peculiar, qual é a de ter sido conferida sob uma condição. Assim a liberalidade feita a um filho é, em regra, acompanhada da condição de restituição à massa, a quando da abertura da sucessão, se o filho aceitar. Ressalve-se o caso da doação ser dispensada pela própria natureza de bens. Portanto, se a doação é dispensada da colação pelo querer do doador, ela deixa o seu antigo carácter, transformando-se numa doação simples; melhor, tudo se passaria como se essa liberalidade fosse «ab initio» pura e simples.

REPÚDIO À SUCESSÃO PARA ESCUSA DA COLAÇÃO

Ideia geral

Como se sabe o repúdio consiste no exercício negativo do direito de suceder, numa não aceitação.

Assim, quando alguém exerce esse poder, conferido por lei, há-de ter em vista realizar certo fim: como por exemplo fugir ao recebimento duma herança negativa, isto é, duma herança que só tem passivo; evitar que certos bens que lhe foram doados, e que directamente o beneficiam, venham à sucessão, pelo mecanismo da colação.

Ora este segundo exemplo conduz-nos à figura do repúdio da sucessão para escusa da colação, que tem como consequência o herdeiro deixar de ser considerado como tal e, portanto, ficar isento da obrigação de colação.

A lei, por um lado, no art.º 2.098.º, sujeita à conferência os herdeiros donatários que aceitam a sucessão e por outro lado, no art.º 2.035.º, atesta que o repudiante é considerado como se nunca tivesse sido herdeiro; finalmente, no art.º 2.099.º «in fine», entende que o repudiante fica só sujeito a ver a sua doação reduzida por inoficiosidade.

Daqui reconhecer-se que o disposto na lei positiva nega qualquer força à teoria do cúmulo, segundo a qual o donatário que repudia conserva as duas qualidades de herdeiro e donatário e portanto pode imputar a sua doação na legítima, e, assim, ficar com a obrigação de conferir.

Assento legal

O repúdio para escusa da colação vem expresso em todas as legislações e designadamente no código civil português.

Sendo aquele uma pura manifestação da vontade humana, compreende-se facilmente que o nosso legislador de 1867 o admitisse de bom grado, visto harmonizar-se com os princípios individualistas que inspiraram o Visconde de Seabra na elaboração do seu projecto.

Daqui, o repúdio para discusa da colação vir claramente consagrado no art.º 2.099.º, ao dizer «... ou o donatário repudiar a herança...», e o mesmo pode-se deduzir a «contrario sensu» do art.º 2.098.º que sujeita à colação «... os herdeiros legítimos que pretendem entrar na sucessão...».

Alguns problemas que se levantam nesta matéria

1.º — Problema de saber se as doações feitas, por conta da quota disponível, a um herdeiro legitimário descendente, que repudia, devem ser imputadas na quota disponível ou na legítima.

Não tem esta questão para nós um interesse imediato de grande alcance, pois a doação, sendo considerada por conta da quota disponível, revela bem a intenção do doador querer beneficiar o donatário. Quer dizer que não estamos no puro campo das colações, onde se supõe a igualdade querida pelo progenitor.

Mas, nem por isso, devemos deixar de abordar a questão, certos de que ela ajuda a compreender a solução de um outro problema.

Entendemos que, no caso em exame, os resultados são sempre os mesmos, quer o herdeiro repudie quer não. Tomemos um exemplo: supunhamos que o «de cuius», que tem dois filhos (B e C), doa em vida, a B, por conta da quota disponível, quarenta contos e mais tarde faz a um estranho (D) uma liberalidade, no valor de sessenta contos. À sua morte deixa um espólio de vinte contos; B aceita a herança.

B e C têm direito a uma porção indisponível de sessenta contos, portanto B fica com trinta contos e C com igual soma. Mas como B recebera, a título da quota livre, quarenta contos, ele acaba por ficar com setenta contos.

Por outro lado, como a doação a D era mais moderna que a de B, ela tem de ser reduzida para vinte contos.

Se B repudiar como se passam as coisas?

Este ficará com direito só a quarenta contos, e C terá uma legítima acrescida para sessenta contos. D ficará com uma doação reduzida para vinte contos.

Podemos concluir que, na hipótese de aceitação ou na de repúdio por parte de B, o resultado é sempre o mesmo.

Perante o exemplo, vemos que a solução do problema não oferece qualquer dificuldade; é a seguinte: a doação feita com a declaração de «em nome da quota disponível» é imputada nessa quota.

2.º — Problema de saber qual a situação das doações feitas ao herdeiro repudiante, não havendo qualquer declaração do pai.

A solução a dar é a de afirmar que o silêncio do «de cuius» revela que ele quer a igualdade entre os filhos e portanto essa doação deve ser imputada na legítima, salvo o excesso que se considera por conta da parte disponível, nos termos do art.º 2.111.º do código civil.

3.º — Problema de saber se as doações a um herdeiro repudiante e em nome da legítima, devem ser imputadas na legítima ou na quota livre do doador.

A análise e os resultados destes dois problemas não têm qualquer dificuldade de maior. Mas, quanto à questão que vamos agora resolver, já os obstáculos aparecem com tanta frequência que a doutrina e a jurisprudência estão repletas de dúvidas e de soluções ou, como diz o Professor Dr. Pires de Lima, «é agora que aparece a crise da questão».

Este problema equaciona-se: o futuro «de cuius» beneficia em vida, com uma liberalidade, um dos seus filhos e declara, de modo expresso, que tal acto é feito «por conta da legítima», «para ser imputado ao donatário», enfim usa de expressões equivalentes para traduzir o seu «animus donandi»; o filho repudia a sucessão.

Jogando com esta base, surge-nos à mente perguntar se, apesar da declaração, a doação deve considerar-se feita por conta da legítima ou da quota disponível.

Muitas têm sido as opiniões doutrinárias e jurisprudenciais, que aparecem para solucionar o caso.

Dumoulin (Costumes de Paris, tit. I, art.º 17.º, n.º 4) entendia que, nesta hipótese, o donatário não conserva a liberalidade, pela renúncia, porque a declaração do doador corresponde a uma verdadeira condição resolutiva, tendo por tal motivo os bens doados de voltar à herança.

Marcadé («Código Napoleónico», III, n.ºs 231 e 578 e seguintes) defende uma posição que, embora indefensável, tem o seu interesse em atenção à originalidade. Diz-nos que as doações feitas a herdeiros legítimos, por conta da legítima, mudam de natureza, convertem-se.

em doações por conta da quota disponível do «de cuius». O autor explica esta conversão com fundamento na ideia de que o repudiante não pode ser considerado como herdeiro. Assim, por um lado, todas as doações devem-se reputar feitas ao momento da conversão e, portanto, serão computas na quota que naquele momento ainda é livre. Por outro lado, não se pode, com argumento nestas doações, pedir a anulação ou a revogação das doações feitas pelo «de cuius», em vida, a terceiros.

A doutrina é, por diferentes razões, inadmissível.

Em primeiro lugar ela vem estabelecer, entre os sucessíveis, uma hierarquia de preferências, embora tenham todas o mesmo título, isto é, todas têm de ser referidas ao mesmo momento.

Efectivamente, o art.º 2.034.º do Cód. Civil diz claramente que os efeitos do repúdio retroagem ao momento da abertura da sucessão e portanto todas as doações devem-se reportar à data da morte do «de cuius».

Além disso, por força do art.º 1.496.º, a redução, a verificar-se, tem de se fazer rateadamente entre todos os herdeiros donatários que repudiem. Logo, não há que falar em hierarquia de preferências.

Em segundo lugar esta opinião do autor francês só parcialmente assegura a defesa da quota disponível do «de cuius». Só se obterá tal «desideratum» desde que o falecido tivesse disposto em vida, pois, no caso de dispor por testamento, teria de sacrificar a sua quota livre, para integrar a legítima dos herdeiros não repudiantes.

Por último a teoria não dá qualquer relevância aos direitos adquiridos por terceiros. É certo que na matéria de colação há a predominar a presumida vontade do falecido, mas, em todo o caso, esta deve harmonizar-se e admitir, em medida razoável, a existência dos direitos que terceiros adquirem ao receberem a doação.

Degny («Lezione de diritto civile» — La successioni a causa di morte, II, pág. 262), seguindo Molineo (Citado em Todaro — «Studi sul diritto di rappresentazione» in Rev. Italiana, XXXVIII, pág. 213), afirma que nas doações por conta da legítima deve-se considerar implícita a condição resolutiva do repúdio da herança pelo donatário. O repudiante, no caso presente, apenas deverá conservar o excesso sobre a legítima porque essa parte é-lhe já doada por conta da quota disponível.

Esta opinião é contrária ao nosso direito civil. Desde que o art.º 2.099.º escusa da colação o herdeiro legitimário que repudia, tornar-se-ia absurdo admitir uma construção que fosse ao ponto de afirmar que, apesar de tudo, ele acaba por trazer os bens à massa, por outro título. A lei, ao atestar que o repudiante não é obrigado a restituir os bens, mostra que ele conserva a propriedade da doação se não prejudicar as legítimas dos outros co-herdeiros.

O tribunal de Apelação de Catania (Acórdão de 7 de Março de 1898) emitiu uma doutrina que já antes fora adoptada pela Corte de Montpellier e que veio a ser, mais tarde, defendida pela Corte de Nimes: se a doação é feita por conta da legítima e se o repudiante é considerado por lei como não herdeiro, como estranho, este tem de trazer os bens ao monte partível. Esta doutrina é também oposta ao art.º 2.099.º, pelas mesmas razões que as de Degny.

Podemos dizer que das opiniões citadas nenhuma fez escola, não sendo mais que meros pontos de vista isolados. Outro tanto já não aconteceu com a teoria clássica, que defende o princípio de que os bens doados devem ser imputados na quota disponível.

Esta escola, que foi defendida pela generalidade dos autores estrangeiros e nacionais, parte do princípio de que a doação feita a um herdeiro legitimário, acompanhada da declaração, traduzida em termos como «por conta da legítima», deve ser imputada na quota livre do «auctor successionis».

Para chegar a esta conclusão parte ela de duas premissas: o repudiante é considerado pela lei como nunca tendo sido herdeiro; a legítima é uma quota da herança e, assim, o repudiante, deixando de ser herdeiro, nada pode receber por conta dela.

A primeira destas premissas tem a sua confirmação, dizem os sequazes da escola, em todas as legislações. O nosso direito civil, no art.º 2.035.º, ao dizer «entende-se que o herdeiro que repudia nunca foi herdeiro, nem pode haver, em tal caso, direito de representação;...» revela bem a admissão desta base clássica. Quanto à segunda premissa, adiante daremos a sua justificação.

Ao lado e opondo-se à doutrina clássica, outra nos aparece. É a teoria da imputação dos bens doados, ao repudiante, na legítima, que foi defendida, entre outros, por Venezian (Lez., 1918, pág. 285 e seguintes), Bartin (Citado em Aubry et Rau «Cours» 685, nota 39), Lanza («Sulla renuncia all eredità da parte del legitimário donatá-

rio», in *Circ. Guir.*, 1932, citado por Degny, op. cit.), Durantou («Cours», VII, n.ºs 283, 287 e 299) e Dr. Pires de Lima (Alguns artigos, in *Rev. Leg. Jur.*, ano 72.º).

Para se expor o pensamento desta doutrina, sigamos o raciocínio do Dr. Pires de Lima.

Entende ele que a doutrina clássica é susceptível de ser criticada quanto aos resultados a que conduz, e quanto às suas premissas.

Em primeiro lugar, aquele autor opina que a teoria clássica, na sua aplicação prática, leva a consequências ilógicas, pois não se pode admitir, seriamente, que o destino das liberalidades feitas a terceiros possa ser afectado pela vontade dum donatário ou até de estranhos no caso do exercício da acção subrogatória, regulada no art.º 2.040.º do código civil. Se é absurdo, continua, que o querer do donatário repudiante possa influir na redução das doações a terceiro, muito mais chocante é permitir igual consequência, nascida dum estranho.

Mas o ilógico dos resultados, assevera, ainda se torna mais saliente quando tenha havido um conluio entre o repudiante e os outros co-herdeiros, com o fim de prejudicar o terceiro donatário.

Pensamos que o Dr. Pires de Lima não tem razão na crítica, pois não se pode dizer que a vontade do repudiante ou dos seus credores tenha qualquer interferência na vida das doações a estranhos. Realmente, o mais que o repudiante pode ter é uma acção indirecta ou, talvez, nem mesmo isso. Quando um filho donatário repudia a sucessão, em regra, não tem a intenção de prejudicar ninguém (muitas vezes o que acontece é ser ele o prejudicado) e, se for assim, tal é uma pura consequência do mecanismo do repúdio, e não da sua vontade.

No tocante ao conluio entre o repudiante e os outros co-herdeiros com o ânimo de defraudar, nem neste caso, que tanto impressionou o Dr. Pires de Lima, poderá dizer-se que os interesses de terceiros sejam comandados pela vontade dos descendentes. Se o repúdio nasce de um acto secreto, cremos que o prejuízo emerge directamente desse acto que virá a ser anulado, à sombra da regra geral do art.º 1.031.º do código civil.

Quanto aos credores, também não é lícito afirmar que a sua vontade se repercute nos direitos adquiridos de terceiros. Não negamos que, praticamente, a aceitação da herança, pelos credores, viole o quantitativo das liberalidades a estranhos, mas, em todo o caso, tal

é lógica derivação do exercício da acção subrogatória e, assim, alheia ao intuito dos credores.

Em segundo lugar, o mesmo expositor opõe-se à doutrina mais geral, invocando o argumento de que ela não respeita os direitos adquiridos por terceiros ao receberem a doação.

Atesta que, apesar da matéria das colações ser dominada, do alto, pela presumida vontade do «de cuius», ela admite, perfeitamente, a defesa e o respeito dos direitos adquiridos por terceiros.

Com efeito, ensina, a colação, inscrevendo na sucessão legitimária, deve procurar realizar e defender os interesses dos herdeiros legitimários descendentes, mas nem por isso pode-se esquecer a vontade do «de cuius» a quem a lei, em princípio, recorre, quando deseja conhecer os limites da quota livre.

A presunção, continua o referido professor, em que se funda a obrigação conferente, permite que essa vontade do progenitor seja atenuada entre os direitos de terceiros donatários. No caso concreto não será muito plausível admitir uma fixação da quota livre em termos absolutos, pois é natural que, com o rodar dos tempos, morram alguns dos herdeiros, nasçam outros, enfim, modifique-se o quadro dos sucessíveis.

Para corroborar esta ideia, o autor cita um passo de Mallet («La renonciation à succession», pág. 309): «o disponente não pode ter o conhecimento exacto do montante da sua quota disponível; posteriormente ao seu acto de disposição, podem sobrevir mortes de entre os seus filhos, pode haver variações no valor dos seus bens».

Sendo assim, entende o Dr. Pires de Lima (op. cit. pág. 34) que, embora a vontade do «de cuius» domine a matéria das colações, não é possível ir ao ponto de a observar em absoluto; antes há que respeitá-la na medida do razoável. Apesar de tudo, diz o mesmo escritor, o princípio da presumida vontade é perfeitamente conciliável com o princípio do respeito dos direitos adquiridos por terceiros, «assegurando-se a irrevogabilidade das doações».

Em nosso entender, o argumento citado é em si verdadeiro, mas não tem o alcance que pretende o Dr. Pires de Lima.

Consentimos que no momento da doação entre vivos o doador não possa conhecer o montante dos seus bens, nem saiba ao certo quais são os seus sucessíveis. Por outro lado, a afirmação, e aqui ainda tem

razão o Dr. Pires de Lima, não contraria o valor do critério da presumida vontade nem desvirtua o preceito dos direitos de terceiro.

Mas já não concordamos que, com base neste raciocínio, se possa criticar a doutrina clássica. É certo que, imputando os bens doados na quota livre, possam resultar inconvenientes para as doações a estranhos, mas estes não nascem directamente do repúdio mas sim do mecanismo da redução das doações por inoficiosidade — art.º 1.494.º do código civil — que faz com que sejam revogadas as liberalidades mais recentes. Portanto, a doação feita a terceiros só será sacrificada se for a mais nova; outras vezes será a doação do filho a reduzida.

Seguidamente o Dr. Pires de Lima faz o estudo crítico da doutrina mais geral quanto às suas premissas.

Escreve (op. cit., pág. 33) «só, portanto, razões indiscutíveis de texto nos poderiam levar a sustentar e a aceitar a opinião mais generalizada».

Mas essas razões não existem, como a seguir tenta provar.

A primeira premissa, diz, que está abonada no nosso direito pelo art.º 2.035.º, não pode ser usada para o fim querido pelos clássicos.

O legislador com esse preceito de lei não quis referir-se ao problema da imputação de bens doados ao repudiante, pois embora afirme que o herdeiro que repudia não é herdeiro, contudo no art.º 2.099.º, a propósito da colação, vem dizer que os herdeiros legitimários não aceitantes ficam isentos da colação. Isto revela ao referido autor que o herdeiro repudiante é, em princípio, herdeiro e, mais, herdeiro legitimário. Se assim não fosse, continua, não haveria necessidade de repetir uma afirmação já feita no art.º 2.033.º.

Portanto, este artigo, pela sua colocação, tem, para o mesmo professor (op. cit., pág. 34), o alcance de «definir a situação dos descendentes do repudiante e fixar o momento em que se devia considerar verificada a transmissão da herança para os herdeiros aceitantes».

Mais. Se o repudiante não fosse herdeiro, se não recebesse por conta da legítima, tornava-se incompreensível o art.º 1.972.º, que manda acrescer a parte do filho não herdeiro aos outros co-herdeiros. Por esta disposição, o autor conclui que o repudiante ainda é herdeiro. Para afirmar este seu ponto de vista, cita um texto de Pothier («Traité», III, § IV): «que essa disposição (art.º 786.º do código

civil francês que corresponde ao nosso art.º 1.972.º) seria inútil e inaplicável, pois se o repudiante é considerado como se não tendo jamais existido, não lhe pode caber uma parte, e essa parte não pode crescer a ninguém».

Em face destes argumentos o Dr. Pires de Lima tira esta dupla conclusão que está, diz, perfeitamente harmónica com o espírito do art.º 2.099.º: o herdeiro que repudia é, em princípio, tido como herdeiro; repudiante, pode conservar os bens que lhe foram doados pela legítima e portanto ele terá a qualidade de herdeiro na medida desses bens.

Creemos que todas as observações feitas à primeira premissa da construção tradicional são infundadas.

Em primeiro lugar, o art.º 2.035.º pela sua colocação, revela, não o que o Dr. Pires de Lima quer, mas o seu carácter de disposição geral. Por um lado, ele está integrado numa secção que trata das generalidades sobre aceitação e repúdio, e por outro a sua redacção mostra bem que o intuito do legislador foi o de conservar para toda e qualquer hipótese que o herdeiro repudiante nunca é herdeiro.

Em segundo lugar, não é aceitável dar às palavras «herdeiros legitimários» o sentido atribuído pelo Dr. Pires de Lima. Elas não traduzem a intenção do legislador de considerar o herdeiro repudiante como herdeiro, mas aparecem como que a título de reforço da ideia de que a colação só incumbe a herdeiros legitimários, isto é, corroboram a ideia expressa no art.º 2.098.º. Portanto, admitir a ideia do referido mestre era contradizer o carácter da generalidade que atribuímos ao art.º base 2.035.º. Daqui devemos dizer que os art.ºs 2.035.º e 2.099.º são conciliáveis, ainda pela razão de que o primeiro completa o segundo, regulando uma das suas hipóteses, a do repúdio.

Pelo que respeita ao argumento tirado do art.º 1.972.º, também ele nada prova. O facto de se verificar o acréscimo dos bens doados ao repudiante na legítima dos outros co-herdeiros, não se pode explicar pela ideia do repudiante ainda ser herdeiro, mas sim com base na técnica do direito de crescer em sentido amplo.

Segundo a opinião predominante, existe o direito de crescer «strito sensu» na sucessão testamentária e legítima, e o direito de não decrescer na legitimária.

Como a matéria das colações integra-se na sucessão legitimária, só nos interessa o direito de não decrescer, segundo o qual, sendo

arredado da sucessão um sucessível, normalmente pelo repúdio, o direito de aceitar dos outros expande-se de modo a que a parte do repudiante vem a crescer à destes. Quer dizer que a circunstância de os bens doados ao repudiante virem a caber aos outros herdeiros, só prova que ele não é herdeiro, pois o acréscimo das legítimas resulta de forma indiscutível do mecanismo do direito de não decrescer.

Quanto à segunda premissa posta pela orientação mais geral, o Dr. Pires de Lima apresenta várias críticas.

Entende (op. cit., pág. 35 e 36) que esta base, que tem a sua expressão no velho adágio de Dumoulin — «non habet legitimam, nisi qui heres est» —, «não pode afastar a possibilidade de a legítima ser transmitida no todo ou em parte por acto entre vivos, e de o repúdio da herança não significar o repúdio da legítima já aceite». Conclui, assim, que o direito à legítima é «um direito de per si, um direito que não se confunde com o direito hereditário, um direito que não é a simples consequência da imposição legal a que se sujeitaria o «de cuius» a manter uma reserva, massa de bens indisponível que, por sucessão, seria atribuída necessariamente aos herdeiros legítimos, mas o reflexo dum direito preexistente, porventura resultante duma espécie de compropriedade familiar latente.

Posta esta conclusão o mesmo escritor procura investigar qual o intuito da lei quando considera o repudiante como se nunca tivesse sido herdeiro. Escreve (op. cit., pág. 30): «se a lei considerou o repudiante como se nunca tivesse sido herdeiro, pode e deve entender-se que teve somente em vista focar os direitos que se constituem no momento da morte do «de cuius», direitos puramente sucessórios, e não os direitos à legítima já aceite».

Por outro lado, continua, o princípio de indivisibilidade do repúdio não se opõe, pois este «só vale nos termos precisos da lei, e esta só se refere àqueles direitos que estão condicionados pela morte do «de cuius» e não aos que já foram aceites em vida» (op. cit., pág. 36).

Finalmente, o autor para apoiar o seu ponto de vista serve-se do § 4.º do art.º 1.149.º e do § 6.º do art.º 2.107.º.

Para destruir as críticas desencadeadas à doutrina clássica, não temos grandes dificuldades, pois elas são inadmissíveis. Mais uma vez o Professor Dr. Pires de Lima parte de uma ideia verdadeira, para a aplicar a uma conclusão falsa.

Creemos que, efectivamente, a legítima do direito português, definida no art.º 1.784.º, vai-se entroncar no direito romano e não no direito francês. Perante aquela disposição, a legítima é uma porção de bens de que o testador não pode dispor por ser aplicada por lei aos herdeiros em linha recta ascendente ou descendente.

Quer dizer, pois, que a legítima será uma quota da herança que a lei reputa intangível e que é devida aos herdeiros legitimários pelo facto de serem os continuadores do progenitor na defesa dos bens da família.

Quando o «de cuius» doa em vida outros bens por conta dessa legítima, não teve, por via de regra, o intuito de prejudicar os outros filhos, mas unicamente antecipar bens a um deles, em vista de um fim legalmente permitido.

Partindo desta ideia de antecipação, cremos que não há possibilidade de haver uma separação entre a legítima já-aceite e os restantes direitos sucessórios. A legítima, já em parte, ou no todo, transferida não perde o carácter de direito sucessório e, por isso, quando o herdeiro repudia, ele rejeita não só direitos que no momento da herança se constituem definitivamente «antes já existiam em potencialidade» como também os próprios bens aceites por conta da legítima.

O princípio da indivisibilidade do repúdio, expresso no art.º 2.022.º, é por assim dizer geral, pois quando o filho repudia ele nunca será herdeiro e assim os bens doados em vida têm que ser imputados na quota livre do doador.

Quanto ao argumento do art.º 2.039.º, também o mesmo professor não tem razão. Uma coisa é repudiar a herança deferida pela vontade do testador, outra é aceitar a parte legitimária. Com efeito, esta ideia expressa no código é perfeitamente admissível, pois no testamento o pai pode ter beneficiado desigualmente os filhos e por isso os que se sentirem lesados podem repudiar essa herança. Mas quanto à legítima a que virão a ter direito, eles não a repudiam pelo simples facto de terem rejeitado a sucessão testamentária, pois o código diz que o repúdio da parte legitimária deve ser expresso.

Concluir daqui que o repúdio da herança seja compatível com o da legítima já transmitida em vida, vai larga diferença. No primeiro

caso, podia haver diferença entre os dois repúdios, pois trata-se de uma herança em parte deferida pela vontade do doador e em parte pela vontade da lei. Agora em qualquer dos casos tanto a herança como a parte legitimária situam-se, de pleno, no mesmo campo. Portanto devemos dizer que se um filho repudia a herança, ele deixa de ser considerado como herdeiro e, conseqüentemente, ele repudiará a legítima transmitida em vida.

Perante este panorama, que posição tomar no problema ?

Pelas críticas que desencadeámos à doutrina do Dr. Pires de Lima, implicitamente deixámos antever a nossa preferência pela teoria clássica.

Não negamos que ela tenha defeitos, em especial no que toca às suas aplicações práticas.

Os resultados defeituosos a que a doutrina conduz, não são de molde a levar-nos à sua rejeição «in limine». Com efeito, o pai ao doar prevê o repúdio do filho e embora ele o tenha contemplado na mira de lhe antecipar a sua quota hereditária, no entanto, é plausível que, repudiando o descendente, o futuro autor da sucessão queira os bens imputados na sua quota livre. E esta atitude é tanto mais defensável quanto é certo que o intuito do pai, em regra, não é o de beneficiar directamente o filho com a doação, mas antecipar-lhe bens a que ele virá a ter direito a quando da abertura e se ele aceitar a sucessão.

Portanto, parece-nos posição mais lógica defender uma doutrina, que embora não dê bons resultados práticos, é, no entanto, bem estruturada, do que preferir uma construção mal erigida, mas que se traduz, por vezes, em melhores aplicações reais.

Finalmente, procuremos fixar as relações existentes entre o repúdio e os requisitos da colação e entre aquele e a doação.

A obrigação de conferir, para se formar, exige, como aliás qualquer outra, a verificação dos seus requisitos.

Assim, se o donatário sucessível repudia a sucessão, falta um desses pontos de apoio, não se cumulam as qualidades de donatário e herdeiro e conseqüentemente a obrigação não chega a ter realidade.

Logo, o repúdio deve ser, como pensamos, colocado entre os casos que impedem a constituição da figura da colação.

Logo, afigura-se-nos inadmissível a tese do Dr. Cunha Gonçalves que considera a não aceitação, como um facto extintivo da colação.

Realmente, para se falar de um facto extintivo da colação, é preciso supor que houve alguma coisa que se constituiu, é preciso que exista uma obrigação. Então, actuaria esse facto no conteúdo da obrigação, tendente a provocar-lhe a morte jurídica.

Ora no caso que vimos a analisar, não nos parece possível falar de facto extintivo, pela simples razão de que, pelo repúdio, a colação não chega a formar-se.

Além disso, o repúdio, para ser um facto extintivo, teria que fazer parte integrante da substância da obrigação de conferir.

Pela técnica exposta, reconhece-se que o exercício negativo do direito de suceder é, não uma realidade integrada na colação, mas antes algo que lhe é exterior e pertinente ao fenómeno jurídico sucessório.

Quanto às relações entre o repúdio e a doação, diremos que sendo a doação feita, como quer a opinião geral, sob a condição resolutive da aceitação da sucessão pelo donatário, os bens doados entram na posse do filho contemplado, sob a condição de este, à morte do progenitor, trazer esses bens à massa, desde que aceite.

Ora o herdeiro, repudiando, faz com que a condição resolutive não actue, e portanto o repúdio vem a funcionar como um facto que impossibilita a verificação da resolutive, transformando a doação condicional, em doação pura.

Há autores que defendem que o repúdio é uma condição que impende sobre a colação.

Porém, pensamos que semelhante posição levaria a resultados absurdos, pois o repudiante não só perderia a doação, como a legítima e, portanto, nunca se realizaria o fundamento estabelecido para a conferência de bens.

FERNANDO LUÍS SIMÕES FÉRIA