

SUCCESSÃO TESTAMENTÁRIA

- Legado Além da Quota Disponível
- Legado a Nascituro Não Gerado

Pelo Dr. Abílio Gonçalves

Com o maior respeito e sincero reconhecimento e agradecimento ao Ilustre Mestre da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Professor Doutor Pereira Coelho, pelos ensinamentos, paciência e preciosa ajuda.

Por razões que se prendem, na generalidade, com o secretismo que se deseja preservar — tantas vezes com o intuito de assegurar boas relações familiares, quando não, «forçar» afeições na velhice, de que se duvida — é frequentemente utilizado, e a lei tutela, o *testamento cerrado*.

Porém, a incultura jurídica dos testadores, nas mais das vezes, origina sérios riscos quanto à regularidade desses testamentos. Daí que, com frequência, os testamentos cerrados dificilmente possam ser cumpridos — quando o não podem mesmo ser, de todo — assim se defraudando a real vontade dos testadores.

Não competindo aos Advogados aconselhar a opção por esta ou aquela forma de disposição de bens — não se enfeitando, embora, a obrigação de, no mínimo, informar os potenciais testadores sobre os condicionalismos que rodeiam as «deixas» testamentárias — certo é, porém, que, em geral, são eles os pri-

meiros a ser chamados para a interpretação e execução das mesmas.

Não se poderá dizer que casos destes se deparem todos os dias aos Advogados, mas a sua frequência é evidente.

É um caso «embrulhado» que «caiu» sobre a nossa mesa de trabalho e que, pelo exemplar da situação que retrata, e pelo estudo e trabalho que determinou, ousamos trazer a público, humildemente, com o único intuito de, de alguma forma, ajudar a uma reflexão sobre o assunto, eventualmente apoiando soluções de casos semelhantes.

A preservação do sigilo profissional obriga-nos a alterar identificações neste trabalho que reveste a forma de resposta a consulta escrita.

OS FACTOS

ANTÓNIO e BELMIRA são casados no regime de comunhão geral, em primeiras núpcias de ambos.

António faleceu em 16-1-977, sem descendentes nem ascendentes, tendo deixado testamento cerrado datado de 8-6-955.

Neste testamento refere-se, no que interessa (o demais são considerações de ordem não patrimonial) que:

«a) Quinta da Tapada:

1. Quanto ao usufruto: — enquanto viva, ficará para minha mulher e, à sua morte, para minhas sobrinhas LUISA e MANUELA em comum.

2. Quanto à propriedade deste prédio ficará para o filho varão mais velho de minha sobrinha Manuela e, na sua falta, para a filha mais velha. Se a Manuela, minha sobrinha, não tiver herdeiros, passará a referida propriedade para o filho varão mais velho da minha sobrinha Luísa e, na sua falta, para a filha mais velha desta.

b) Quinta Nova

1. Usufruto: — enquanto for viva minha mãe, NOÉMIA, será esta a usufrutuária daqueles bens.

2. Quanto à propriedade dela, destino-a a meu sobrinho — filho de CARLOTA, minha irmã — de nome OCTÁVIO».

Por escritura pública, habilitam-se em 28-8-977 como únicos herdeiros de ANTÓNIO a sua irmã germana CARLOTA e o seu sobrinho DINIS.

À data da elaboração deste testamento cerrado do António, os bens do casal eram constituídos pela Quinta da Tapada e pela Quinta Nova.

Porém, à data da sua morte, o casal possuía, além desses bens, uma casa de habitação que se denomina *A* e um apartamento que se denomina *B*, adquiridos pelo casal nesse intervalo de tempo, e outros bens (móveis).

Mais tarde, em 10-7-982, faleceu a viúva de António, BELMIRA, também sem descendentes nem ascendentes, tendo deixado testamento público (datado de 22-2-981) em que, «em comum e três partes iguais, institui seus únicos e universais herdeiros os seus sobrinhos ERNESTO e FERNANDO e as filhas do seu falecido sobrinho (GASPAR): HERMÍNIA, IRENE e JOAQUINA».

BELMIRA, viúva do referido ANTÓNIO, nunca deu o seu assentimento ao testamento deixado pelo marido.

Por escritura de 22-8-983, foram habilitados herdeiros da referida Belmira, os sobrinhos por ela indicados no testamento, ERNESTO, FERNANDO, HERMÍNIA, IRENE e JOAQUINA.

Os bens do casal, existentes quer ao tempo do falecimento de ANTÓNIO, quer ao tempo do falecimento de BELMIRA, sua viúva, embora os três últimos tenham sido adquiridos em época posterior à elaboração do testamento de ANTÓNIO, foram avaliados e relacionados da forma seguinte:

1. Quinta da Tapada	10 000 contos
2. Quinta Nova	1 500 contos
3. Bens móveis	500 contos
4. Casa de habitação <i>A</i>	7 500 contos
5. Apartamento <i>B</i>	2 000 contos
<i>Total</i>	<u>21 500 contos</u>

A mãe do ANTONIO (NOÉMIA) já faleceu.

A sobrinha, MANUELA, é viva e freira, não tendo filhos.

A sobrinha, LUISA, é viva, está viúva e tem um filho varão, de menoridade, PAULO.

Pretendem os interessados efectuar a partilha dos bens das duas «heranças», desta forma fazendo cessar a indivisão em que se encontram.

ANÁLISE DAS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS

Entendemos dever analisar as disposições testamentárias em questão em seis etapas que nos parecem determinantes: caracterização jurídica das «deixas» testamentárias; validade (ou não) dos legados, em «abstracto»; eventual forma de pagamento dos legados; valor de cada legado, em concreto; pagamento dos legados; oportunidade da execução das disposições testamentárias.

I — *Caracterização jurídica das «deixas» testamentárias*

A) DO ANTONIO

Na data da elaboração do seu testamento (8-6-955) estava em vigor o denominado Código de Seabra.

Porém, à data da morte do autor da sucessão (16-1-977) vigorava o Código Civil de 1966, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25-11-966, que o aprovou.

A lei reguladora da sucessão do António é este Código de 1966, por força do estatuído no art. 2.º do referido Decreto-Lei.

De acordo com a lei reguladora, as disposições testamentárias patrimoniais são caracterizadas da forma seguinte:

— *usufrutos*: são legados, por força do disposto no n.º 4 do art. 2030.º do Código Civil de 1966 (como, aliás, deste serão todos os articulados a seguir mencionados, portanto sem indicação do diploma legal de onde são extraídos);

— *«deixas» das suas propriedades*: são legados, igualmente, por força do n.º 2 do mesmo art. 2030.º

De facto, não correspondem à totalidade — universalidade da herança do testador ou a uma quota parte do mesmo património, mas sim a bens ou valores determinados, podendo induzir-se... *«com excepção de outros»*.

B) DA D. BELMIRA

Nomeando seus únicos e universais *«herdeiros»* os sobrinhos referidos no seu testamento, não discriminando bens ou valores determinados, antes referindo-se à totalidade dos seus bens, esta *«deixa»* constitui uma herança (n.º 2 do art. 2030.º).

II — *Validade (ou não) dos legados, em «abstrato»*

Pelas razões atrás expressas, apenas vamos considerar o testamento de ANTÓNIO, pois só este institui legados.

O regime da comunhão geral define-se, patrimonialmente, no art. 1732.º, onde se lê: *«...o património comum é constituído por todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, que não sejam excepcionados por lei»*.

Os bens legalmente excepcionados, logo comunicáveis, são os referidos no art. 1733.º

Nada sendo dito sobre a existência de bens referidos nas restantes alíneas do n.º 1 desse artigo, presume-se, até por ser usual, que, no caso concreto, apenas integrarão a espécie de bens comunicáveis os referidos na alínea f) desse n.º 1, ou seja: *«vestidos, roupas e outros objectos de uso pessoal e exclusivo de cada um dos cônjuges, bem como os seus diplomas e a sua correspondência»*.

Desconhece-se o seu valor, mas, por não ser expressamente referido, igualmente se presume irrelevante, pelo que o desprezaremos.

Acceptamos por bom, pois, salvo indicação em contrário, que os bens deixados pertencem todos ao património comum do casal.

Em relação à «deixa» das nuas propriedades, a disposição testamentária de António foi, indiscutivelmente, de coisas certas e determinadas do património do casal.

E a D. Belmira, cônjuge do testador, não deu prévia autorização por forma autêntica ou no testamento (n.º 2 do art. 1685.º).

Ora, nestas circunstâncias, o legado não é nulo (relativamente) como o seria se o óbito ocorresse no tempo do Código de Seabra (seu art. 1766.º), lei vigente ao tempo da elaboração do testamento, *mas* os contemplados apenas podem *exigir* o respectivo valor em dinheiro (n.ºs 2 e 3 do art. 1685.º).

O mesmo se passa, aliás, em relação ao usufruto, nos termos da alínea e) do art. 603.º do Código de Processo Civil.

III — *Eventual forma de pagamento dos legados*

À data da morte de António, o cônjuge sobrevivente não era herdeiro legitimário (art. 2157.º).

Como testador, podia António dispôr dos bens próprios e da sua meação nos bens comuns (n.º 1 do art. 1685.º).

Os bens comuns do casal, à data de abertura da sucessão, foram avaliados, no seu todo, em 21 500 contos.

O conjunto dos bens de que dispôs, pelo testamento, valia 11 500 contos, enquanto a sua meação nos bens comuns apenas valia 10 750 contos.

Quer dizer: a disposição testamentária de António ultrapassa o valor de que podia, legitimamente, dispor.

A sua herança total era, igualmente, de 10 750 contos.

Logo, como os bens da referida herança não chegam para cobrir os legados da nua propriedade (11 500 contos) e estes não se caracterizam como legados remuneratórios, deverão eles ser pagos rateadamente (art. 2278.º).

Intocável terá de permanecer, sempre, a meação do cônjuge sobrevivido (D. BELMIRA) nos bens do casal e que corresponde ao valor de 10 750 contos.

E sobre esta meação poderá ela dispor livre e validamente, nos termos em que, posteriormente, veio a dispor.

IV — Valor, em concreto, de cada legado

Como se disse, desde que o António dispôs de bens cuja herança não cobria, há que fazer o seu pagamento rateadamente, rateio este que terá o factor $0,9348 = (10\ 750 : 11\ 500)$.

Assim, termos:

- a) Valor do legado da Quinta da Tapada ... 10 000 contos
Rateio: ... $10\ 000 \times 0,9348 = 9\ 348$ contos
- b) Valor do legado da Quinta Nova ... 1 500 contos
Rateio: ... $1\ 500 \times 0,9348 = 1\ 402$ contos
- c) Soma dos legados, após o rateio ... $9\ 348 + 1\ 402 = 10\ 750$ contos, valor que corresponde à quota disponível pelo testador.

Estes pagamentos apenas podem ser exigidos em valor pelos legatários. Nada impede, no entanto, que, por acordo entre eles e os onerados pelo seu pagamento, possam ser pagos em espécie, ou em espécie e dinheiro.

V — Pagamento dos legados

A) Sobre quem impende o ónus do pagamento

Nos termos do art. 2071.º, com remissão ao art. 2068.º, o pagamento dos legados é ónus dos herdeiros do António, no caso concreto e de harmonia com a habilitação lavrada por escritura pública de 28-8-977:

- uma irmã germana (CARLOTA) e
- um sobrinho (DINIS)

B) *O pagamento em si*

a) *Quanto aos usufrutos*

1. Os usufrutos de que foram beneficiários o cônjuge sobrevivente e a mãe do testador, extinguíram-se já, por morte das usufrutuárias.

2. O usufruto instituído a favor das sobrinhas Manuela e Luísa está hoje radicado nelas, que são vivas.

Têm as usufrutuárias o direito de exigir dos herdeiros referidos em A) o valor determinado deles (art. 1685.º do Código Civil de 1966, e alínea e) do art. 603.º do Código de Processo Civil).

b) *Quanto à nua propriedade (ou valor correspondente)*

A propriedade da Quinta da Tapada é «deixada» — nos termos e no entendimento referido em II —, sob cláusula condicional que se há-de considerar válida (art. 1743.º do Código de Seabra e, ou, arts. 2229.º, 2236.º e 2033.º do Código Civil de 1966), sucessivamente ao filho varão mais velho ou, na falta deste, à filha mais velha, da sobrinha Manuela; e, caso esta não tenha herdeiros, ao filho varão mais velho da sobrinha Luísa ou, na sua falta, à filha mais velha desta.

Ora, é certo que a sobrinha Manuela é viva e freira e não tem, neste momento, qualquer filho. A sobrinha Luísa tem um filho varão de menoridade.

Porém, face à lei, nem sequer existe mera presunção de que a sobrinha Manuela não terá filhos (varão ou não).

Assim, só após a morte da referida Manuela se tornará certo o legatário da nua propriedade.

Tal problema não se levanta quanto ao legado da Quinta Nova, cujo valor, *de acordo com o rateio*, haverá de ser pago ao filho OCTAVIO da irmã do testador (CARLOTA) pelos herdeiros de António referidos supra V-A).

E, deverá ser pago em valor, ou, caso haja acordo, em espécie ou em espécie e valor.

Não há, aqui, problemas, repete-se.

Problemas surgem, isso sim, quanto ao valor do legado da Quinta da Tapada, já que, a cláusula condicional não se pode considerar resolvida, dado iniciar-se a sua adjudicação por eventual filho da sobrinha Manuela, que é viva e freira.

Temos, portanto, a considerar a «intromissão» de um eventual nascituro, não gerado ainda, e que nada permite, juridicamente garantir que o será ou não.

Por outro lado, o cônjuge sobrevivente de António, D. Belmira (hoje também falecida) instituiu seus únicos e universais herdeiros os seus sobrinhos Ernesto, Fernando e as filhas do falecido sobrinho (GASPAR), Hermínia, Irene e Joaquina.

Esta «deixa» testamentária é da universalidade dos seus bens, só que, a testadora era casada segundo o regime de comunhão geral com o António e nunca se fez, entre eles, partilha dos bens do casal.

Há, pois, dois interesses fundamentais e antagónicos, a merecer — como merecem — a necessário tutela jurídica:

— o do eventual filho da referida sobrinha Manuela (freira) e, em segunda mão, o filho varão mais velho (que existe, neste momento e é menor) da sobrinha Luísa, como legatários que são;

e

— o interesse geral dos restantes interessados na sucessão dos bens que foram do casal, de não permanecerem na indivisão, interesse este legalmente tutelado pelo direito de exigir partilhas (art. 2101.º).

O facto de o testamento de António legar — como se viu — sob condição que consideramos resolutive, sucessivamente ao filho nascituro da sobrinha Manuela não gerado e ao filho da sobrinha Luísa, *parece poder e dever* subsumir-se ao estatuído no art. 2236.º, que atribui ao *Tribunal* o poder de impor ao, ou aos herdeiros, a obrigação de prestar caução no interesse daqueles a favor de quem o legado será deferido, caso a condição se verifique; caução que, nos termos do art. 623.º, revestirá uma das formas previstas (depósito em dinheiro, títulos de crédito,

pedras ou metais preciosos, penhor, hipoteca ou fiança bancária, ou, na sua impossibilidade, qualquer espécie de fiança, desde que o fiador renuncie ao benefício da excussão), cabendo ao *Tribunal* apreciar a idoneidade da caução, caso não haja acordo dos interessados.

Se se considerar a condição aposta ao legado, não como resolutiva, mas como suspensiva (tese que não perfilhamos) a solução não é muito diferente (art. 2237.º) havendo, porém, a necessidade de pôr a herança em administração (n.º 1 do art. 2237.º e arts. 2238.º e segs., *maxime* art. 2240.º).

VI — *Conclusão*

É possível, sendo até aconselhável, proceder-se à partilha dos bens do casal.

Tal, porém, só é viável mediante a intervenção do poder judicial, através de inventário que, aliás, é obrigatório.

Na partilha judicial haverá que:

a) Deferir aos herdeiros habilitados de António a propriedade dos bens correspondente à *sua quota disponível* (10 750 contos).

b) Estes pagarão os legados, depois de rateados na forma atrás indicada, sendo que, no que toca ao valor do legado correspondente à Quinta da Tapada e, dada a indeterminação actual da pessoa a quem deverá ser pago, o Tribunal determinará a prestação de uma *caução* sob uma das formas indicadas, a favor do filho nascituro não gerado ainda da sobrinha Manuela ou, na sua falta, do filho mais velho da sobrinha Luísa; caução que garanta o pagamento. Ou (na hipótese que não perfilhamos) porá *essa quota* dos bens, e só *essa*, em administração.

Pode o valor dos legados ser pago em espécie, se houver acordo.

c) Aos herdeiros testamentários da D. Belmira, será deferido o remanescente dos bens do casal, que corresponde à sua herança.

Assim se fará cessar a indivisão actual, salvaguardando todos os interesses em presença, nomeadamente os do filho nascituro não gerado da sobrinha Manuela e os do existente filho varão mais velho da sobrinha Luísa.

Duas notas finais de carácter prático:

1. Para um JUSTO pagamento dos legados, haverá necessidade de se reavaliarem os bens, efectuando-se o rateio em conformidade.

2. Estando os legatários restringidos a *exigir o valor* dos legados, nada impede, como se disse, o seu pagamento em espécie, se houver acordo.

E, se tal acontecer, dois inconvenientes serão ultrapassados:

a) Os herdeiros habilitados de António não terão de «desembolsar» os valores correspondentes, efectuando o pagamento com as propriedades mesmas;

b) Os legatários usufruirão dos próprios bens, com valores actualizados, e não apenas de valores improdutivos.