

O HERDEIRO LEGITIMÁRIO (*)

Pelo Prof. Doutor J. Oliveira Ascensão

SUMÁRIO:

1. Introdução; A — O *de cuius* dispôs por morte da quota disponível mas dispôs dela na totalidade; 2. O legitimário é herdeiro; B — O *de cuius*, não dispôs de nada; 3. O legitimário é herdeiro; C — O *de cuius* fez em vida liberalidades em benefício dos legitimários; 4. O legitimário é herdeiro e não legatário; D — O *de cuius* dispôs de tudo em benefício de terceiros; 5. A redução das liberalidades; 6. O destino dos bens após a redução; 7. O conflito de direitos; 8. O legitimário é herdeiro; E — O chamado legado por conta da legítima; 9. A imputação; 10. A negação da figura do «legado por conta da legítima»; 11. A intangibilidade da legítima; 12. Qualificação como herdeiro ou como legatário; F — Legado em substituição da legítima; 13. O problema; 14. O fundamento da cláusula de substituição; 15. A qualificação como herdeiro; 16. CONCLUSÃO.

1. Introdução

Agradeço esta oportunidade que me é dada de participar numa homenagem ao Dr. João António Lopes Cardoso. Pouco dialoguei pessoalmente com ele; mas o diálogo estabeleceu-se através dos seus escritos. Tenho a consciência de estar integrado numa corrente em que recebi muito dos que me precederam, tal como procuro deixar algo acrescentado aos que me sucederem.

(*) Texto da conferência proferida em 6.XII.96 no Ciclo de Homenagem ao Dr. João António Lopes Cardoso, promovido pela Ordem dos Advogados (Porto).

No caso, o espaço de diálogo foi o Direito das Sucessões. Logo este domínio meio abandonado, que vive tempos de um certo desconforto. Há uma paragem que indicia uma crise.

A função do Direito das Sucessões é a de servir a continuidade através das gerações. Mas muito frequentemente, pelo contrário, a sucessão não significa continuidade, significa ruptura.

À volta da herança suscitam-se dramas familiares; assiste-se à dissolução precoce da coesão da família de sangue; e criam-se bloqueios no próprio fluir das relações patrimoniais.

A lei não se mostra adequada para atalhar a este estado de coisas; talvez não esteja sequer interessada em fazê-lo. As soluções mais simples não são facilitadas. Tudo para gáudio da burocracia.

E se assim se passa na sucessão em geral, mais ainda se acentua na sucessão legitimária. A complexidade desta desmotiva. Para o leigo, é um domínio misterioso. Mesmo o jurista não está muito seguro da verdadeira posição que ele ocupa no fenómeno sucessório.

De facto, diz-se que as modalidades de sucessão (ou, com preferimos dizer, de vocação) são três:

- voluntária
- legítima
- legitimária.

Mas logo esta afirmação não é segura. A sucessão legitimária será verdadeiramente uma figura autónoma? Não será uma mera excepção à sucessão testamentária? ⁽¹⁾ Ou quiçá um aspecto da sucessão legítima?

E mais ainda, como conjugar a posição do legitimário com a instituição de herdeiro testamentário, ou o chamado legado por conta da legítima, ou o legado em substituição da legítima?

Haverá títulos diversos de herdeiro testamentário e legitimário? Ou de herdeiro e legatário, na cabeça do mesmo legitimário?

⁽¹⁾ Ou a outros tipos de liberalidades. Assim, para L. Mengoni, a sucessão legitimária é uma sucessão *ex lege* que pressupõe a lesão da legítima e se determina por efeito da declaração de ineficácia (redução) das liberalidades lesantes: *Successioni per causa di morte, Parte speciale, Successione necessaria* (no «Trattato» de Cicu/Messineo), Giuffrè (Milão), 1967, n.º 21.

Podemos falar em concorrência de títulos? E, nesse caso, como ao título estão associados regimes diversos, como conciliar esses regimes?

É objectivo desta análise determinar qual a posição jurídica do legitimário.

Para isso, numa abordagem tópica, vamos distinguir sucessivamente várias situações.

Na realidade, a dúvida poderia recair logo na própria admissibilidade de se falar de um herdeiro legitimário ⁽²⁾.

A dúvida será porém varrida se, na abordagem tópica a que vamos proceder, detectarmos ao menos uma situação que só pudesse ser caracterizada justamente como a de um herdeiro legitimário.

A — O de cuius dispôs por morte da quota disponível, mas dispôs dela na totalidade

2. O legitimário é herdeiro

É uma hipótese extrema. Na sua máxima simplicidade, surge quando o *de cuius* instituir um terceiro herdeiro na medida da quota disponível, e houver um só legitimário.

O legitimário é herdeiro?

Não se vê que outra qualificação lhe atribuir.

Ele é sem dúvida chamado à sucessão como herdeiro. E sendo herdeiro, é um herdeiro legitimário.

Não é um herdeiro legítimo. Não só o estatuto legal que lhe corresponde é distinto como há uma diferença fundamental: o objecto da sucessão que lhe cabe é diverso do da sucessão legítima.

O herdeiro legítimo é chamado à *herança*. Portanto, ao património deixado pelo falecido.

O herdeiro legitimário tem direito à *legítima*. Esta, nos termos do art. 2162.º ⁽³⁾, é calculada, não só sobre o valor do *relictum*,

⁽²⁾ Como pareceria resultar da afirmação de Pamplona Corte-Real, *Direito da Família e das Sucessões*, II — *Sucessões*, Lex, 1993, n.º 514, de que o herdeiro legitimário, «tal como o legatário, surge como um credor da herança relativamente ao valor da sua quota legitimária».

⁽³⁾ *Todo o preceito cuja origem não for especificada pertence ao Código Civil.*

como sobre o dos bens doados e o das despesas sujeitas à colação. Vemos que nesta hipótese tão simples, em que se não abre a sucessão legítima, o objecto da sucessão legitimária não coincide com o que seria o objecto da sucessão legítima.

Temos portanto, com esta primeira hipótese, demonstrado que a sucessão legitimária é autónoma e o legitimário é chamado como herdeiro.

B — O de cuius não dispôs de nada

3. O legitimário é herdeiro

Nesta outra hipótese radical, o *de cuius* de nada dispôs. Nem mesmo em vida; nem há despesas sujeitas à colação.

Há porém que perguntar se se justifica distinguir sucessão legítima e legitimária: uma vez que o acervo é completamente idêntico. É só a herança que está em causa.

A prática não sente a necessidade de distinguir uma sucessão legítima e uma sucessão legitimária. Tudo se passa como se o título legítimo abrangesse tudo. O título legitimário surgiria como de intervenção meramente potencial.

Mas isso não impede que falemos numa concorrência de títulos. Apenas, o título legitimário fica como que dormente. Uma vez que as regras aplicáveis são as mesmas (art. 2157.º) só há na prática que referir o título legítimo.

C — O de cuius fez em vida liberalidades em benefício de legitimários

4. O legitimário é herdeiro e não legatário

Vamos supor que essas liberalidades estão sujeitas à colação, sendo feitas a descendentes, e que não há inoficiosidade.

Essas liberalidades irão preencher a quota indisponível, salvo determinação em contrário. Estão dependentes da aceitação do legitimário: mas a aceitação dirige-se ao benefício em que consis-

tem, e não à imputação na quota indisponível ou na legítima subjectiva, que é um efeito legal.

Podemos ainda distinguir consoante a quota do legitimário ficou preenchida:

- parcialmente
- totalmente.

a) No primeiro caso, o beneficiário não perde a qualidade de herdeiro. Mas não tem nenhuma outra qualidade, e nomeadamente a de legatário. Os bens recebidos em vida não se integram na herança, e portanto o único título sucessório que lhe pode caber é o de herdeiro.

b) O segundo caso é mais difícil. Parecerá anómala a figura de um herdeiro que nada tem a receber da herança, pois a sua parte foi totalmente preenchida com liberalidades em vida.

Mas não é seguramente um legatário. E nenhum motivo haverá para o considerar riscado do número dos herdeiros, pelo simples facto de a sua expectativa ter sido satisfeita mais cedo. Não se indiciaria nomeadamente nenhuma intenção de o excluir por parte do autor da sucessão. Pelo contrário, haverá muito mais facilmente uma manifestação de preferência na outorga daquelas liberalidades.

Isto nos põe no encalce de uma figura muito significativa: a figura do herdeiro, que não obstante não tem parte na herança.

Veremos, na análise de figuras subsequentes, como essa situação se configura.

Por agora, deixamos apenas ressaltado que, não o considerando herdeiro, quem provavelmente foi objecto de preferência do *de cuius* acabaria por ficar afinal postergado perante os legitimários não beneficiados em vida.

D — O de cuius dispôs de tudo em benefício de terceiros

5. A redução das liberalidades

Numa hipótese oposta igualmente radical, o *de cuius* dispôs de tudo, sem contemplar os legitimários.

Surge-nos agora a figura da inoficiosidade.

A lei responde com a previsão da «redução das liberalidades» (arts. 2168.º e seguintes).

Mas a redução de liberalidades não é autónoma nem funciona oficiosamente. Ela depende de requerimento dos legitimários (art. 2169.º).

Para apurar a natureza jurídica do acto de impugnação de liberalidades, temos de distinguir as liberalidades:

- em vida
- por morte.

A lei fala em qualquer caso de redução, como sabemos.

No que respeita a liberalidades em vida, a lei regula especificamente as doações (arts. 2174.º a 2177.º).

A inoficiosidade verifica-se à data da abertura da sucessão. Assim sendo, as doações, mesmo que se venha a verificar que violam o direito do legitimário à quota disponível, não são como tais ilícitas ou inválidas. São válidas, embora os seus efeitos possam cessar por facto superveniente. Por isso, nunca se pode falar em nulidade ou anulação das doações, porque o que é válido nunca se torna supervenientemente inválido. E o regime do art. 2168.º é totalmente incompatível com a destruição retroactiva que é própria da invalidade.

Da mesma forma, há que negar um carácter de simples apreciação à acção de redução. As doações, mesmo inoficiosas, só são atingidas se o legitimário quiser: tem o direito potestativo de as impugnar. Se o fizer, a acção tem carácter constitutivo, pois só com ela os bens podem ser reclamados para satisfazer a legítima. Se o não fizer, a situação persiste sem defeito.

Tão-pouco há uma *resolução*. Não há como pôr em causa a situação passada. Isso traduz a lei, ao determinar que o donatário é considerado, quanto a frutos e benfeitorias, possuidor de boa fé até à data do pedido de redução (art. 2177.º). Com isto quer-se acentuar a regularidade da situação do donatário, que beneficia de efeitos favoráveis análogos aos relativos ao possuidor de boa fé.

Também nada adianta falar de uma *ineficácia*. É um conceito amplíssimo, que abrange praticamente todas as formas de invalidade e extinção dos actos e contratos; e não há que falar de ineficácia em sentido restrito, pois a própria fonte daqueles efeitos é atingida.

Poderíamos falar de uma causa de *rescisão* da doação. Esta, que teria já uma causa de vulnerabilidade originária, tornar-se-ia inoficiosa quando se produzisse a situação superveniente de ferir a legítima do herdeiro legítimo. Na terminologia cientificamente preferível, diríamos que há dissolução e não resolução. E que essa dissolução pode ser total ou parcial.

Mas nem isso nos parece verdade. O legítimo não põe propriamente em causa o acto de doação. Ele pede simplesmente uma entrega de bens ou do seu valor, na medida necessária para preencher a sua legítima.

Como isso pode ser juridicamente conciliado, teremos oportunidade de ver de seguida.

6. O destino dos bens após a redução

Para nos situarmos, convém apurar qual o destino dos bens, uma vez operada a redução.

Reverterão esses bens para a herança?

E ficarão sujeitos à responsabilidade pelas dívidas desta?

Aparentemente, a resposta seria afirmativa. Dir-se-ia que doutro modo se criaria uma situação de puro acaso. Se o *de cuius* não tivesse feito a doação inoficiosa, os bens teriam continuado na herança e teriam respondido pelas dívidas; tendo havido doação inoficiosa, ficariam imunes.

A realidade é porém a contrária. Os credores da herança apenas podem atingir o *relictum*.

Os meios de defesa dos credores contra os actos dos devedores estão estabelecidos por lei. Podem estes recorrer à acção de simulação, à acção de nulidade, à acção pauliana...

Mas se não se preenchem os pressupostos destas acções, o credor não tem possibilidade de reagir contra os actos do devedor. O que significa que, pelo que lhes respeita, se o devedor dispôs do que lhe pertencia, dispôs bem.

Quando a lei admite a redução das doações, fá-lo em benefício exclusivo do herdeiro legítimo. O acaso alegado vira-se agora ao contrário: não se compreenderia que o credor, que não

tinha direito de impugnar a doação, passasse a poder recair sobre os bens pelo puro acaso de aquela doação ser inoficiosa!

Diremos assim que a redução das doações se processa em benefício exclusivo do herdeiro. Os bens não reverterem para a herança; reverterem para o herdeiro ou herdeiros que requereram a redução. Não estão assim sujeitos à administração do cabeça de casal e muito menos à responsabilidade pelas dívidas da herança.

7. O conflito de direitos

Com estes dados, perguntemos então directamente qual a natureza da «redução de liberalidades». Começemos pela doação inoficiosa.

Como dissemos, o legitimário não põe em causa propriamente a doação. Ele invoca um direito a bens: o direito de perceber do donatário os bens ou valores necessários para perceber a sua legítima.

Como é isto possível? Resulta do conflito, que logo em vida do autor da sucessão se estabelece, entre herdeiro legitimário e donatário.

O herdeiro legitimário tem uma expectativa juridicamente tutelada, como vimos. Isso significa que qualquer liberalidade do autor da sucessão provoca o conflito de direitos, entre herdeiro legitimário e donatário.

Esse conflito, salvo hipóteses extremas, é meramente potencial até à abertura da sucessão. Só nessa altura se verifica se o conflito eclode, como conflito actual, ou se pelo contrário se desfaz, consolidando-se definitivamente a liberalidade em vida.

Se o conflito potencial degenera em conflito actual, vai ser legalmente resolvido nos termos do que tecnicamente se chama prevalência ⁽⁴⁾. O legitimário, como o titular preferente, tem o direito de perceber bens, sejam quais forem as consequências que

⁽⁴⁾ Cfr. o nosso *Direito Civil — Reais*, 5.ª ed., Coimbra Editora, 1993, n.º 130. É o que se passa tipicamente no conflito entre o direito do credor hipotecário e o do titular dos bens gravados.

isso tiver em relação ao donatário. Se para satisfazer o seu direito se tiver de apoderar de todo o objecto, o donatário fica sem nada. Mas fica sem nada por razões que podemos dizer de facto: o seu título não é atingido, os bens é que não chegaram para satisfazer simultaneamente os dois titulares em conflito.

A situação é totalmente diferente havendo disposição testamentária (herança ou legado) que atinja a legítima.

Há um acto que, logo quando deveria produzir efeito, é impugnável, por atingir o direito dos legitimários. A disposição testamentária está inquinada. Basta então provocar a chamada caducidade da disposição testamentária (cfr. o art. 2317.º). A disposição não produzirá efeitos, no todo ou em parte, desde a abertura da sucessão.

A situação também é diferente quanto aos efeitos produzidos. A posição do legitimário é idêntica à de qualquer beneficiário da caducidade de uma disposição testamentária. Os bens nunca foram juridicamente do beneficiário da disposição. Por isso, aqui os bens pertencem à herança e são adquiridos pelo legitimário por via hereditária. Logo, estão sujeitos, nos termos gerais, à responsabilidade por dívidas.

8. O legitimário é herdeiro

Com estes elementos, vejamos então se o legitimário, cujo direito foi satisfeito integralmente pela redução de liberalidades feitas em vida pelo autor da sucessão, é ou não um herdeiro.

O problema surge com gravidade muito particular quando o *de cuius* dispôs de tudo por liberalidades em vida. Como pode o legitimário, que não recebe a herança, ser ainda um herdeiro?

Mas a verdade é que, se o legitimário pode pedir a redução das doações, é porque é herdeiro. Se não tivesse o título de herdeiro, não o poderia fazer. Os arts. 2168.º e seguintes são categóricos ao atribuir a faculdade de redução aos «herdeiros legitimários».

Na realidade, temos de distinguir, dentro das faculdades que cabem ao herdeiro, aquelas que têm como fundamento a indivi-

são, ou contitularidade da herança, e as que são independentes desta.

Se o legitimário se satisfaz exclusivamente por redução de liberalidades em vida, ele não é titular de nenhuma das faculdades que se fundam naquela contitularidade. Não pode pedir o inventário divisório, não tem preferência havendo alienação do quinhão hereditário por um co-herdeiro, não é responsável por dívidas da herança e assim por diante.

Mas, pelo contrário, tem as faculdades que da herança são independentes. Assim, cabem-lhe as faculdades pessoais atribuídas ao herdeiro. E beneficia igualmente do crescer. As modalidades em que este se pode verificar são nesta hipótese reduzidas, porque por definição não há herdeiros ou legatários testamentários cujas posições possam ser objecto de crescer: só se passa à redução de liberalidades feitas em vida se esgotadas ou inexistentes as disposições testamentárias. Mas o crescer manifesta-se ainda em relação a outros herdeiros legitimários, por natureza igualmente não participantes da herança, que vierem a sair daquela sucessão.

Enfim, é justamente porque ele seria herdeiro, mesmo quando não há herança, que o legitimário pode ainda neste caso ser deserdado. O autor da sucessão, mesmo que não tenha bem nenhum de que dispor, pode em testamento «deserdar o herdeiro legitimário, privando-o da legítima» (art. 2166.º).

Em conclusão, temos que neste caso o legitimário tem ainda um título de herdeiro, que nenhuma razão há para excluir. Apenas se lhe não aplicam as disposições justificadas por uma contitularidade ou indivisão da herança.

E — O chamado legado por conta da legítima

9. A imputação

Uma figura que tem sido versada ente nós, particularmente em consequência dos estudos de I. Galvão Telles, é a do «legado por conta da legítima».

Como porém a figura está dependente do entendimento da *imputação* de liberalidades, na legítima ou na quota disponível, comecemos por uma referência a esta.

A imputação foi objecto de uma dissertação de Pamplona Corte-Real ⁽⁵⁾. O autor desenvolve vastas indagações sobre a natureza do instituto. Expressamos porém o nosso cepticismo sobre os resultados. Imputar é simplesmente *referir*, quando muito *atribuir*. É um fenómeno geral do pensamento, aplicável no Direito como em qualquer outro domínio. No Direito das Sucessões, pergunta-se simplesmente se certas liberalidades se integram na legítima ou na quota disponível.

Esta questão não tem resposta directa na lei. Resolvem-se situações típicas, mas não se dá um princípio geral de solução E tão-pouco o dá a doutrina, que evita recorrer a critérios gerais.

Mas não poderá deixar de o fazer, ao que pensamos. Nada adianta remeter para a vontade do autor da sucessão ou para fórmulas semelhantes, porque terá de ser sempre confrontada com a interrogação: se num caso concreto não se encontrar nenhuma específica determinação aplicável, a deixa deverá ser imputada na legítima ou na quota disponível?

Se nenhum outro princípio parcelar trazer a solução, a deixa deve ser imputada na legítima.

E isto porque se deve presumir que o autor da sucessão não pretende desigualar os legitimários. Por isso, qualquer liberalidade que lhes fizer deve-se entender como destinada a integrar a legítima do legitimário. Neste sentido, não levará tendencialmente a uma desigualação.

Pode porém acontecer que o valor da deixa exceda o da quota legitimária do beneficiário. O art. 2165.º/4 diz-nos que, no excesso, é imputada na quota disponível. Trata-se de uma preocupação legal pelo aproveitamento da disposição, mas que não põe em causa o critério fundamental acima proposto.

⁽⁵⁾ *Da Imputação de Liberalidades na Sucessão Legitimária*, Centro de Estudos Fiscais, 1989.

10. A negação da figura do «legado por conta da legítima»

O legado por conta da legítima seria integrado, no entender da doutrina, na quota indisponível. Isto por definição, por ser um legado por conta *da legítima*.

Mas supomos que há antes de mais há que questionar a admissibilidade da figura.

O Código Civil fala em legado por conta da legítima. Mas, curiosamente, não o faz no Direito das Sucessões: fá-lo em matéria de Direito da Família, nos arts. 1678/2 *b* e 1733/1 *a*. Na disciplina das Sucessões, onde a responsabilidade técnica é maior, a expressão é omitida.

Na realidade, pensando bem, não há «legados por conta da legítima». Trata-se apenas da forma, que se vulgarizou, de exprimir uma realidade diferente.

Temos de distinguir antes de mais dois tipos de disposições do autor da sucessão:

- a designação dos bens que devem preencher a legítima dum legitimário
- o pré-legado.

a) A designação dos bens que hão-de preencher a legítima subjectiva dum legitimário é válida: prevê-a o art. 2163.º. Simplesmente, essa designação não pode ser imposta ao herdeiro. Se o legitimário não quiser, a disposição não tem efeito.

Em princípio, qualquer atribuição de bem determinado a um legitimário tem este sentido.

b) O pré-legado.

Há porém que entrar em conta também com o pré-legado, previsto no art. 2264.º: «O legado a favor de um dos co-herdeiros, e a cargo de toda a herança, vale por inteiro».

O pré-legado não é figura específica da sucessão legitimária: manifesta-se também na sucessão legítima. Mas pode haver pré-legados mesmo em casos em que não seja aberta a sucessão legítima.

Dizendo que *vale por inteiro*, a lei indica justamente que o pré-legado desiguala. Aquele herdeiro recebe, mais que os outros,

aquele legado. O que significa também que terá de ser imputado na disponível: é pago pelas forças desta.

O pré-legado desequilibra as posições dos herdeiros. Mas esse desequilíbrio só se pode verificar na disponível. As quotas legítimas são intocáveis.

O pré-legado nunca é de presumir. Ainda que o testador fale em legado, deve-se entender que pretende preencher as quotas dos herdeiros, se forem estes os beneficiários, e não desigualá-los. A presunção de que não há desnivelção funciona também aqui.

11. A intangibilidade da legítima

A «intangibilidade da legítima» é relativa. Mas tem uma expressão forte nos arts. 2163.º e 2164.º

A conjugação destes dois preceitos não é fácil. Supomos poder dar um critério da conjugação dividindo assim os campos:

- o art. 2163.º prevê limitações que não implicam direitos de terceiros
- o art. 2164.º prevê limitações em benefício de terceiros.

Mas há outro elemento distintivo, igualmente importante. O art. 2163.º limita-se à consideração da legítima. O art. 2164.º pressupõe que ao legitimário caberia ainda a quota disponível; por isso a pode «entregar».

Vejamos então como funcionam estes preceitos.

a) O art. 2163.º prevê limitações qualitativas resultantes, quer da designação dos bens que devem preencher a legítima, quer de encargos instituídos a que não corresponda um beneficiário: encargos pela alma, actividades culturais a cargo do herdeiro e assim por diante.

A lei é radical. Na medida em que esses encargos limitem a legítima, o legitimário não tem que os aceitar. O legitimário tem direito à legítima «limpa». Os encargos ou limitações só o vinculam se quiser.

b) O art. 2164.º prevê onerações em que há um terceiro beneficiário.

Estamos no domínio tradicionalmente abrangido pela *cautela sociniana*. A lei fala em «deixar usufruto ou constituir pensão vitalícia que atinja a legítima». Podemos generalizar: está em causa qualquer encargo que atinja a legítima — um fideicomisso, por exemplo.

Não se dispõe aqui que o encargo não pode ser imposto ao legitimário, como no art. 2163.º Mas isto por dois motivos: por um lado porque se quer preservar quanto possível a disposição do autor da sucessão em benefício de terceiros, por outro porque se pressupõe que ao legitimário couberam mais bens que os necessários para perfazer a sua legítima.

A lei dá então ao legitimário a alternativa de cumprir o legado ou de entregar ao legatário tão-somente a quota disponível.

Para compreendermos a disposição, vamos suscitar três hipóteses diferentes:

- i) ao legitimário cabe também a totalidade da quota disponível
- ii) ao legitimário cabe apenas parte da quota disponível
- iii) O testador dispôs da quota disponível em benefício de terceiros.

i) Na primeira hipótese, o legitimário, se não quiser cumprir o encargo, abre mão da quota disponível.

Fica então com a legítima limpa.

ii) Pode porém acontecer que o testador tenha disposto já parcialmente da quota disponível.

O espírito do art. 2164.º abrange também esta hipótese. O legitimário abre mão do que lhe couber na quota disponível, e do mesmo modo tem direito à legítima limpa.

iii) Que acontece porém se o testador tiver disposto da quota disponível em benefício de terceiros?

O art. 2164.º não pode funcionar.

Mas o legitimário terá de aceitar o encargo?

Não: o princípio mais forte é o de que o legitimário tem direito à legítima limpa.

O que acontece é que então estamos numa situação análoga à do art. 2163.º: o testador, considerando a mera legítima, impôs-lhe

encargos. O elemento de diversificação está em esses encargos serem em benefício de um terceiro.

A analogia com o art. 2163.º funciona. O legitimário tem direito à legítima limpa e não é obrigado a cumprir o encargo.

12. Qualificação como herdeiro ou como legatário

Tiremos agora uma conclusão sobre estas hipóteses. O legitimário é então herdeiro ou legatário?

Vamos distinguir as duas situações-base.

a) A designação dos bens

No caso do art. 2163.º, o legitimário é sem dúvida um herdeiro.

Será um legatário também? Será um legatário-herdeiro, como diz por exemplo João António Lopes Cardoso ⁽⁶⁾?

Pensamos que não, porque não há verdadeiramente legado. O chamado legado por conta da legítima é preenchimento de quota, e não sobreposição de atribuições diferentes.

Não obstante, na afirmação de que este legitimário é um legatário há algo de verdade.

O legitimário não tem título de legatário: não há uma concorrência de títulos. Mas está numa situação em que há uma clara analogia com a do legatário.

Por força dessa analogia, pode lançar mão de preceitos relativos ao legatário, na medida em que lhe sejam úteis.

Assim, pode pedir imediatamente a entrega dos bens, sem ter de esperar pela partilha.

Há pois a possibilidade de um recurso limitado às regras do legado por parte de um herdeiro legitimário.

b) Pré-legado

Aqui, pelo contrário, é clara a cumulação de títulos. O legitimário beneficiado por um pré-legado é herdeiro e é legatário.

⁽⁶⁾ *Partilhas judiciais*, I, 3.ª ed., Almedina, 1979, n.º 32.

Mas não há conflito ou contradição dos títulos, porque os objectos são diferentes. O título de herdeiro refere-se à quota legitimária e o título do legatário ao enriquecimento determinado que é outorgado pelo pré-legado.

F — Legado em substituição da legítima

13. O problema

Esta figura é objecto do art. 2165.º. A lei coloca o herdeiro perante uma alternativa, de que resulta que, se aceita o legado, perde o direito à legítima (n.º 2). Mas resulta também que a perda do direito à legítima está dependente da vontade do legitimário. O princípio não se altera pelo facto de a lei retirar do silêncio do legitimário a conclusão de que aceita o legado.

Em todo o caso, a manifestação de vontade não vai propriamente no sentido da perda do direito à legítima, mas no da aceitação do legado. A perda do direito à legítima é mero efeito legal.

O beneficiário é sem dúvida um legatário e tem o estatuto que a este corresponde.

Também sem dúvida, a aceitação do legado implica a perda do direito à legítima. Afirmam-o expressamente o art. 2165.º/2.

Pamplona Corte-Real qualifica o legado como legitimário, até por dever ser imputado na quota indisponível (7).

Mas não há sucessão legitimária, há sucessão voluntária. A imputação na quota indisponível é fenómeno de cálculo, que não transformaria por si o herdeiro em legitimário.

Não obstante, o beneficiário de semelhante legado não poderá ser considerado legitimário? *

Em dissertação recente, Jorge Duarte Pinheiro nega resolutamente a qualidade de herdeiro legitimário, porque o legatário em

(7) Cfr. *Sucessões* cit., pág. 304. O título voluntário seria consumido pelo legitimário.

substituição não chega a adquirir a legítima. Não participa pois do estatuto próprio do herdeiro ⁽⁸⁾.

Porém, o que o art. 2165.º determina é que a aceitação do legado implica a *perda do direito à legítima*. Ora, a perda do direito à legítima pode não equivaler à perda da qualidade de herdeiro.

Há pouco, ao estudar o «legado por conta da legítima», vimos que o legitimário é herdeiro mas que para certos aspectos pode beneficiar da analogia com a situação do legatário.

Aqui, há que perguntar se a perspectiva não é a inversa: o beneficiário é legatário, mas para certos aspectos não deverá ser considerado herdeiro?

E isto porque não há incompatibilidade entre os títulos. Os regimes jurídicos podem completar-se.

O beneficiário que aceitou o legado perdeu direito à legítima. Começemos por perguntar se apesar disso poderá concorrer à sucessão legítima. Uma vez que a sucessão legitimária é desta distinta.

O sentido normal do legado em substituição da legítima é incompatível com esta composição. O autor da sucessão quer mesmo excluir um legitimário de toda a sucessão legal, e para isso avança uma atribuição que é substitutiva daquela intervenção. Normalmente será mesmo avantajada em relação ao benefício dos restantes, para estimular o destinatário a aceitar aquela exclusão. Não teria então sentido que este viesse, não obstante, concorrer à sucessão legítima ⁽⁹⁾.

O problema poderá apenas suscitar-se na hipótese de decorrer do testamento a vontade de que o beneficiário concorra ainda à sucessão legítima.

É uma hipótese difícil. Pode dizer-se que é incompatível com o princípio da indivisibilidade da vocação ⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ *Legado em Substituição da Legítima*, Cosmos, 1996, nomeadamente nas Conclusões 7 e 10, págs. 293 e 294.

⁽⁹⁾ Não se esqueça que se o autor da sucessão afastasse um herdeiro legítimo e lhe fizesse apenas uma atribuição determinada, a alternativa deste seria apenas a de renunciar à herança ou aceitar a posição assim demarcada pelo autor da sucessão.

⁽¹⁰⁾ A única saída seria dizer que haveria implícita na disposição a instituição de um herdeiro testamentário, na quota correspondente à sucessão legítima. Mas então o beneficiário seria legatário e herdeiro testamentário, e não legatário e herdeiro legítimo.

14. O fundamento da cláusula de substituição

Para saber se o legitimário que aceitou é herdeiro, haverá antes de mais que verificar se os traços distintivos do herdeiro se lhe ajustam ou não.

Do que dissemos até agora, resulta que a presença de algumas características não é relevante. Elas derivam da contitularidade ou indivisão da herança, que por natureza não se verifica aqui.

Assim, não admira que o legitimário:

- não necessite de intentar inventário divisório ⁽¹¹⁾
- não tenha preferência na alienação da quota de um co-herdeiro
- não tenha responsabilidade por dívidas.

Não obstante, pode a qualidade de herdeiro manifestar-se noutros aspectos.

Podia ser muito relevante a atribuição ao legitimário de faculdades pessoais.

Infelizmente, neste caso a demonstração da relevância pessoal da qualidade de herdeiro torna-se difícil.

É que a categoria de legitimário resulta de relações familiares. E, ao menos nos casos mais significativos, os atributos pessoais que cabem aos herdeiros cabem, antes de mais, aos familiares.

Mas, se esta característica se torna dificilmente operacional, outras não o são.

Assim, o legitimário tem, em relação aos bens legados, a sucessão na posse, própria do herdeiro. Continua sobre esses bens a posse do autor da sucessão: não se constitui uma posse nova.

Pode perguntar-se porém se esta análise tem sequer sentido, quando a lei determina categoricamente que a aceitação do legado implica a perda do direito à legítima.

Mas é aqui que se toca o ponto crucial.

⁽¹¹⁾ Aspecto para o qual João António Lopes Cardoso chama a atenção: *Partilhas* cit., n.º 32. É sem dúvida correcto, mas pelas razões que aduzimos não nos parece suficiente para negar a qualidade de herdeiro.

A lei fala na perda do direito à legítima: não fala na perda da qualidade de herdeiro.

Temos de assentar na noção substancial de herdeiro de que partimos, na sua contraposição ao legatário. Não impede a qualificação como herdeiro a circunstância de o beneficiário do legado ter perdido o direito à legítima.

A solução tem de ser conjugada com a busca do fundamento que se possa encontrar para o legado em substituição da legítima.

Pode ter por fim beneficiar um sucessível.

Pode ter por fim assegurar a unidade de um determinado conjunto patrimonial.

Pode ter por fim antecipar doutros modos o preenchimento das quotas.

Mas pode ter também uma fundamentação negativa: excluir um elemento perturbador daquele conjunto, «comprando» o seu afastamento pela atribuição de um valor que, para cativar, será até superior ao que o herdeiro obterá em partilha normal.

Tirando este último caso — e ainda então, só quando se cumule com a hostilidade do próprio autor da sucessão —, os fundamentos possíveis não conduzem à negação da qualidade de herdeiro.

Parece assim que tipicamente a instituição de um legado em substituição da legítima não implica, se aceite, a perda da qualidade de herdeiro.

Só ficariam de fora as hipóteses em que houver a vontade do autor da sucessão de repelir um sucessível, podendo perguntar-se se lhes pode caber regime diferenciado.

15. A qualificação como herdeiro

Não vemos porém que a mera qualificação como herdeiro esteja na disponibilidade do autor de sucessão.

Ele dispõe. A lei qualifica.

E da lei resulta que a qualidade de herdeiro só pode ser retirada ao legitimário em dois casos:

- se repudiar
- se for afastado da sucessão.

E só pode ser afastado da sucessão em dois casos:

- por deserdação
- por indignidade.

São os únicos. Fora disto, não pode ser atingido o direito a ser herdeiro do legitimário.

Sendo assim, concluímos que o legitimário, por não participar da legítima, não perde a qualidade de herdeiro. Mantém-na, em tudo o que não for incompatível com aquela não participação.

No que respeita à responsabilidade por dívidas da herança, todos a excluem. E com razão: porque o critério de repartição do testador ficaria aniquilado se o legatário fosse responder ainda por dívidas.

Outra é a solução, porém, no que respeita ao acrescer.

Se outro sucessível legitimário for afastado da sucessão, o beneficiário do legado tem o direito de acrescer (não decrescer). O afastamento é um facto novo, que está fora do fundamento patrimonialístico da instituição. Há uma abertura de uma quota vaga, a que haverá que dar destino.

Suponhamos que concorrem três filhos. Um aceita um legado em substituição da legítima. Se um dos outros repudia ou é excluído como indigno, o beneficiário do legado concorre à quota deixada livre?

Parece que sim, se o fundamento do autor da sucessão se reconduzir a uma repartição *rebus sic stantibus*. Não há que presumir a intenção de excluir um dos legitimários do espaço que vier a ser aberto. Assim, o beneficiário, mesmo tendo perdido o direito à legítima, concorre com o irmão na quota deixada vaga ⁽¹²⁾.

Diríamos assim que a aceitação do legado em substituição da legítima não implica necessariamente a perda da qualidade do herdeiro. Para alguns aspectos, o beneficiário continua a desfrutar do regime inerente a essa qualidade.

⁽¹²⁾ Evidentemente que não está aqui em causa o acrescer de que o beneficiário pode desfrutar como legatário.

16. Conclusão

Que concluir então, sobre a posição jurídica do legitimário? Já em vida do autor da sucessão o legitimário beneficia de uma expectativa jurídica.

Essa expectativa jurídica não se limita a um direito a bens; nem sequer ao direito a uma quota.

É um direito, condicionado embora, a ser herdeiro.

Aberta a sucessão, concretiza-se o direito. Tem direito à quota legitimária, portanto a bens indeterminados da herança.

Mas mesmo não havendo herança não perde o direito à legítima, que pode satisfazer através de redução de liberalidades em vida.

E ainda que nem sequer houvesse legítima objectiva guardaria o direito a ser herdeiro, pois a sua qualidade não pode ser posta em causa.

A lei admite cedências na composição da legítima. Mas não as admite na qualidade de herdeiro.

Esta não é negociável. O legitimário prioritário só a perde se repudia, ou se for deserdado ou excluído por indignidade. Fora disso, é sempre um herdeiro.

Concluimos assim que a posição de legitimário se caracteriza simplesmente como *o direito de ser herdeiro*.

6 de Dezembro de 1996