

O preenchimento pelo autor da sucessão da quota do herdeiro¹

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO

Sumário: 1. A continuidade sucessória: o fim e o resultado; 2. Entre as legítimas e a liberdade de testar; 3. A especificação de bens deixados a herdeiros testamentários; 4. A composição da legítima pelo autor da sucessão; 5. Meios técnicos de determinar em vida o destino dos bens: a doação; 6. A partilha em vida; 7. A atribuição ao testamenteiro ou a outro terceiro do encargo da partilha da herança; 8. A cautela soci-niana; 9. Meios de satisfação da expectativa do legitimário: a herança; 10. Pré-legado; 11. Legado em substituição da legítima; 12. Legado por conta da legítima; 13. A herança toda distribuída em legados; 14. O princípio da intangibilidade qualitativa da legítima; 15. Avaliação do sistema vigente.

1. A continuidade sucessória: o fim e o resultado

O Direito das Sucessões realiza a finalidade institucional de dar a continuidade possível ao descontínuo causado pela morte.

Mas se esse é o fim do Direito das Sucessões, esse não é frequentemente o seu resultado.

¹ Conferência proferida nas *Jornadas de Direito Civil e Comercial: o Código Civil e o Código Comercial de Macau*, em Macau, Setembro de 1999.

Antes, vemos que frequentemente a sucessão, em vez de proporcionar a continuação pacífica e harmónica das relações em certo agregado, provoca pelo contrário querelas e fracturas, por vezes irremediáveis, entre os herdeiros.

A disputa dos bens faz despertar ambições que falam frequentemente mais alto que a solidariedade familiar. Uma comunidade harmónica transforma-se numa zona de conflito.

O vértice do conflito encontra-se, em geral, não propriamente na afirmação do direito à herança, mas na partilha dos bens. A morte do titular deixa um património em estado de indivisão. Da indivisão sai-se tipicamente pela partilha. Mas os herdeiros não se entendem sobre o modo de partilhar. As divergências chegam a ir ao ponto de arruinar o património familiar, frustrando a intenção de continuidade que orientou a lei e a vontade do autor da sucessão.

É este o problema que nos propomos afrontar: à luz do Código Civil actual (daqui por diante CCA) e do novo Código Civil de Macau (daqui por diante CCM), a que meios recorrer para procurar ultrapassar esta convulsão?

E particularmente: se a indivisão dos bens, com a indistincção do conteúdo dos quinhões hereditários que implica, acarreta tais custos, que possibilidades são dadas ao autor da sucessão de designar os bens que a cada herdeiro ficarão a pertencer? Porque, por esta via, se reduziriam os problemas a resolver por meio de partilha. No limite, poderiam fazer-se atribuições de modo tal que suprimissem a própria necessidade de partilha.

2. Entre as legítimas e a liberdade de testar

Todos os sistemas sucessórios oscilam entre a prevalência dada às legítimas ou à liberdade de testar.

Afastados os antigos sistemas de estrita continuidade na comunhão familiar, o que está em causa agora é saber se se dará mais relevo a finalidades de defesa familiar, ou às finalidades próprias do autor da sucessão.

As soluções a que se chega são muito variadas. Vão desde sistemas de quase ilimitação na faculdade de disposição por morte a sistemas de ampla reserva de bens em benefício de familiares.

Os objectivos últimos destes sistemas não se deixam descrever com simplismo. A prevalência da liberdade de testar é também de-

fendida por razões de defesa familiar, pelo menos quando esta é atribuída para produzir efeitos limitados ao interior do círculo dos familiares. Consideram alguns que a família é mais salvaguardada pelo critério do autor da sucessão que pela divisão igualitária entre vários herdeiros.

Tende-se para soluções de equilíbrio entre as duas orientações, buscando-se a conciliação das duas finalidades. Mas os limites e até a técnica utilizados para esse fim variam muito.

O sistema actualmente vigente, bem como o sistema do Código Civil de Macau de 1999, conciliam a sucessão familiar e a voluntária. Estabelece-se uma *legítima*, ou de todo o modo uma quota que reverte fatalmente em benefício de familiares mais próximos; e ao mesmo tempo a possibilidade de disposição voluntária de outra quota.

Neste domínio há a anotar uma diferença entre a lei actual e o CCM. Continuam a ser sucessíveis legitimários o cônjuge², os descendentes e os ascendentes; mas as quotas legitimárias são reduzidas:

1. Para 1/3, no que respeita à legítima do cônjuge (art. 1996), à do filho, único concorrente à herança (art. 1997) e à dos pais (art. 1999/2): em vez de ser de metade, como no direito actual;

2. Para 1/2, no caso de concurso de cônjuge e descendentes (art. 1997/1), de vários filhos (art. 1997/2) e de cônjuge e ascendentes (art. 1999/1): em vez de ser de 2/3, como no direito actual;

3. Para 1/4, na sucessão dos ascendentes do 2.º grau e seguintes (art. 1999/2): em vez de ser 1/3, como no direito actual.

Há assim uma redução generalizada das legítimas. Isto limita quantitativamente o problema enunciado: passa a ser menor a quota da herança que fica em indivisão hereditária. Mas apenas o limita quantitativamente. Sobre essa quota, mesmo reduzida, podem na divisão suscitar-se afinal os mesmos problemas.

Se houvesse maneira de o autor da sucessão preencher os quinhões legitimários, o problema referido ficaria também qualitativamente alterado: pelo menos, o autor da sucessão disporia dos instrumentos necessários para conseguir superá-lo, se entendesse fazê-lo. Neste sentido, se

² A posição sucessória do cônjuge continua a ser muito exagerada. Talvez por isso, faz-se uma previsão heterodoxa (arts. 1995, 1571 e 1578/3 CCM): admite-se, com carácter de reciprocidade, a renúncia à qualidade de herdeiro legitimário dos cônjuges em convenção antenupcial ou pós-nupcial.

a redução quantitativa das legítimas, constante do CCM, tivesse tido como um dos fundamentos resolver o problema enunciado – o que de todo ignoramos – esse fundamento caducaria, se houvesse outros meios de resolver mais radicalmente a questão.

3. A especificação de bens deixados a herdeiros testamentários

Quais são os meios de que o autor da sucessão dispõe para evitar que por sua morte se crie uma situação de indivisão hereditária?

Temos de distinguir duas situações fundamentais, consoante o autor:

– não tem herdeiros legitimários (também chamados necessários ou forçados)

– tem esses herdeiros.

A primeira situação é a mais simples. A herança está sujeita ao império da vontade do autor da sucessão. Pode assim este, por testamento, dispor da totalidade dos bens (tal como pode dispor dessa totalidade em vida). De facto, se o não fizer, a herança será atribuída por sucessão legítima e, havendo vários herdeiros, cria-se entre eles a situação de indivisão. Se fizer testamento, é livre de excluir a constituição dessa indivisão.

E pode fazê-lo, note-se, sem embargo de nomear herdeiros testamentários. O autor da sucessão pode nomear herdeiros e, simultaneamente, especificar os bens que lhes ficam a pertencer.

De facto, e contra o que poderia inferir-se de uma primeira leitura do art. 2030/3 e 5 CCA e do art. 1870/3 e 5 CCM, o autor da sucessão pode designar as pessoas que quer que sejam os seus herdeiros e ficam consequentemente sujeitas ao regime destes, e ao mesmo tempo especificar os bens que integrarão as respectivas quotas.

O que é necessário é distinguir a especificação de bens como conteúdo de uma autónoma atribuição patrimonial e a que se faz a título de discriminação dos bens que preencherão as quotas.

Se o testador atribui um bem determinado, quem o recebe é legatário; e não é o facto de o testador usar a palavra «herdeiro» que altera o sentido da disposição. Uma qualificação errada não é juridicamente relevante.

Mas se o autor da sucessão quiser que certas pessoas sejam seus herdeiros, com o regime próprio destes, também não é o facto de especificar depois os bens que preencherão a quota destes que lhes retira a condição de herdeiros. Haverá o que se chama tecnicamente o herdeiro *ex re certa*.

E essas pessoas são mesmo herdeiros, não obstante receberem bens previamente determinados: têm o regime próprio dos herdeiros.

Por exemplo: suponhamos que o autor da sucessão designou dois herdeiros. Um dos co-instituídos não pode ou não quer aceitar. O outro co-instituído cujos bens foram especificados, como é herdeiro, não deixa de beneficiar do *acrescer* em relação à parte que ficou vaga. Surge assim a variabilidade, própria da posição de herdeiro.

Resulta pois que o autor da sucessão que não tem herdeiros legitimários dispõe dos instrumentos necessários para evitar que à sua morte se crie uma situação de indivisão hereditária; e que pode usar deles mesmo que designe herdeiros, pois pode preencher total ou parcialmente as quotas dos herdeiros designados.

Uma situação paralela encontra-se afinal *quando o autor da sucessão tiver herdeiros legitimários; neste caso, porém, não em relação à totalidade da herança, mas em relação à quota disponível.*

O autor da sucessão pode fazer uso da quota disponível como quiser, evitando nesse domínio uma situação de indivisão. Pode, na medida desta, fazer as disposições que entender; e pode fazê-lo, sem prejuízo da qualidade de herdeiro das pessoas beneficiárias.

Pode nomeadamente designar naquela quota herdeiros testamentários diferentes dos herdeiros legitimários. Aplica-se então tudo o que dissemos sobre a designação de herdeiros com especificação dos bens. O autor da sucessão conserva, enquanto não prejudicar quantitativamente a legítima, total faculdade de disposição.

Pode também o autor da sucessão designar como herdeiros testamentários os próprios legitimários. Enquanto não exceder os limites da sua quota disponível, fará as especificações livremente, como se de outras pessoas se tratasse. Os legitimários têm então dois títulos: são legitimários e são testamentários. Como testamentários, estão sujeitos ao regime de qualquer herdeiro testamentário.

De tudo resulta que o autor da sucessão tem amplas possibilidades de orientar o destino dos bens através da quota disponível.

Os problemas transitam assim para a especificação de bens no que respeita às quotas legítimas. É o que passamos a examinar.

4. A composição da legítima pelo autor da sucessão

A legítima representa, na noção corrente, uma quota de bens de que

o autor da sucessão não pode dispor. É necessário verificar então se isso é compatível com uma disposição específica de bens pelo autor da sucessão.

Antes de analisar quais os meios ao seu alcance, é necessário interrogar-nos porém sobre o que justifica a determinação da composição da legítima pelo autor da sucessão.

É verdade que desta maneira ele pode manifestar preferências entre os herdeiros, e assim discriminá-los.

E, se não pode ultrapassar os limites do valor das quotas, pode com isto canalizar bens particularmente apetecidos para certos sucessores.

Este poder do autor da sucessão será compensado pelo objectivo de evitar a indeterminação das posições hereditárias, ou terá inconvenientes que o não recomendem?

Pensamos que as vantagens superam largamente os inconvenientes.

O poder atribuído ao autor da sucessão permite direccionar para cada sucessível os bens que particularmente lhe sejam adequados, sem quebrar a igualdade quantitativa básica entre eles.

Poderá assim atribuir bens ligados a certa profissão àquele que efectivamente a exerce.

Bens com significado afectivo especial àqueles que dele participem.

E, no que respeita a empresas económicas, não só lhe permite determinar quem é mais qualificado para as gerir, como torna possível manter a unidade dessas explorações, evitando a consequência maltusiana de elas terem de ser liquidadas ou alienadas por falta de acordo entre os herdeiros quanto à sua atribuição.

Todas estas vantagens, que são muito efectivas, superam os inconvenientes que possam resultar de um eventual arbítrio do autor da sucessão. Em termos simples, mais vale o risco do arbítrio do testador que o do arbítrio da partilha. É melhor seguir a orientação de quem está na origem no património, conhece os herdeiros e se presume que lhes tem igual afecto, que abandonar tudo às contingências da liquidação sucessória.

5. Meios técnicos de determinar em vida o destino dos bens: a doação

Poderá, no direito actual, o autor da sucessão determinar, tendo herdeiros legítimos, o destino dos bens que hão-de compor a quota legítima após a sua morte?

Tem vários meios técnicos ao seu alcance.

A distinção fundamental é entre formas de atribuição:

– em vida

– por morte.

Entre as formas de atribuição em vida avulta a *doação*.

Cada pessoa pode, ilimitadamente, doar os seus bens. Pode fazê-lo, mesmo tendo sucessíveis legitimários.

O limite não está na medida abstracta da quota legitimária. Está na medida subjectiva da quota de cada sucessível legitimário.

O autor da sucessão pode até desfazer-se de todos os seus bens por meio de doações. Mas, se tiver sucessíveis legitimários, terá de contemplá-los de maneira que cada um veja satisfeito o valor que lhe corresponde como legitimário.

Aberta a sucessão, dá-se a imputação dos bens doados. Se dessa imputação resultar que as quotas legitimárias não foram prejudicadas, tudo está bem. Só haverá *inoficiosidade* se se verificar que, nem por doações em vida, nem através da herança, um ou mais sucessíveis legitimários vêem satisfeitas as suas expectativas.

A doação em vida é um meio em extremo eficaz de o autor da sucessão determinar o destino dos bens depois da morte, de acordo com o seu critério de divisão. A doação é um contrato: supõe pois a concordância do sucessível legitimário que é beneficiado. Mas, na medida em que seja de imputar na legítima, o legitimário fica impedido de, uma vez aberta a sucessão, pôr em causa a atribuição que lhe foi feita. Ainda que todo o seu quinhão hereditário tenha sido preenchido com doações em vida, isso foi regularmente feito. A expectativa satisfez-se e o herdeiro não entrará na partilha, salvo se beneficiar por herança de bens de que o autor da sucessão não dispôs, compreendidos na quota disponível.

A doação em vida, porém, oferece também fragilidades. Não só pela alteração de posições que podem sobrevir, até ao momento da morte, como sobretudo pela situação de desamparo em que pode deixar o autor da sucessão. Por isso, e porque as pessoas que se aproximam de uma fase terminal da vida necessitam mais de amparo patrimonial do que os seus sucessíveis, na normalidade dos casos, a doação só dá solução parcial. É remédio insuficiente, perante a vastidão dos problemas implicados.

6. A partilha em vida

O art. 2029 CCA e o art. 1869 CCM regulam a partilha em vida.

Trata-se de uma verdadeira doação, com ou sem reserva de usufruto, de todos ou de parte dos bens. É especificada por os destinatários serem algum ou alguns dos sucessíveis legitimários, mas sobretudo por exigir o consentimento de todos os legitimários. Assim, o acto torna-se definitivo, e daí a sua relevância sucessória: a lei pressupõe que a atribuição não poderá ser posta em causa, uma vez aberta a sucessão. Este é o efeito sucessório específico, que justifica que a matéria seja incluída no Livro das Sucessões. Surgem porém problemas muito relevantes na determinação de qual seja exactamente esse efeito sucessório, que não podemos neste momento examinar³.

No esquema da lei, há um contrato global entre autor da sucessão e legitimários, pelo qual se faz uma disposição total ou parcial dos bens. Àqueles a quem não foram atribuídos bens, ou o forem em menor proporção, cabem tornas. Essas, quando não forem logo satisfeitas, estão sujeitas a actualização, nos termos gerais.

A partilha em vida oferece a vantagem, sobre a doação comum, de representar um acto global de disposição, em que intervêm todos os legitimários. É de supor que a intervenção destes lhe dê uma solidez particular, em relação à doação comum.

Mas oferece também fragilidades. Algumas são comuns à doação: o próprio preceito prevê, no n.º 2, a superveniência de outro sucessível legitimário. Por outro lado, é de realização mais difícil, porque exige o consenso de todos os legitimários.

A desprotecção do autor da sucessão é aqui mais evidente. Os termos amplos da lei englobam a doação da totalidade dos bens, sem reserva de usufruto.

Pelo que a partilha em vida também apenas pode representar um meio localizado e parcial de afrontar o problema proposto.

³ Cfr. o nosso *Direito Civil – Sucessões*, 5.ª ed., Coimbra Editora, 2000, n.º 310. Diríamos todavia que o efeito sucessório mínimo da partilha em vida consiste na atribuição de relevância sucessória às tomas pagas por uns legitimários a outros.

7. A atribuição ao testamenteiro ou a outro terceiro do encargo da partilha da herança

Passamos aos modos de atribuição *mortis causa* dos bens do autor da sucessão.

Antes de mais, haverá que perguntar se o *de cuius* pode confiar a um terceiro a partilha da herança. Estará particularmente em causa o *testamenteiro*, como figura institucional prevista por lei.

O caminho pareceria promissor, partindo de ordens jurídicas como a alemã. O § 2204 do BCG atribui expressamente ao executor testamentário a função de efectuar a partilha, havendo vários herdeiros⁴. A lei portuguesa e o Código Civil de Macau não o prevêem, mas não poderá o mesmo resultado ser obtido por cláusula testamentária que o autorize? Assim se conseguiria na prática ultrapassar as dificuldades emergentes da partilha entre os herdeiros.

Esta solução não é porém transponível para as ordens jurídicas agora em apreciação.

Em primeiro lugar, porque o executor testamentário de outros direitos não é o correspondente do nosso testamenteiro. Este é uma figura apagada, cuja função se resume essencialmente a fazer cumprir o testamento. Mas não é um verdadeiro executor testamentário, porque o executor testamentário, segundo a opção do CCA e do CCM, é o herdeiro⁵.

Mas aquela solução não é também aplicável, porque a ordem jurídica alemã e outras têm da partilha dos bens entre os herdeiros uma ideia muito diferente. O § 2048 do BCG permite ao *de cuius* regular a partilha por disposição de última vontade. Nada tem assim de anómalo que possa também confiar a um terceiro essa função.

Outra é a concepção do art. 2182 CCA e do art. 2019 CCM. É verdade que se não contempla expressamente esta hipótese, mas a proibição de confiar sem limite a terceiro a partilha da herança está implícita naquelas previsões.

⁴ Cfr. por exemplo KIPP/COING, *Erbrecht*, no *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts* de ENNECERUS/KIPP/WOLFF, vol. V, J.C.B. Mohr (Tubinga), 1955, § 125 II, que referem o princípio sem lhe colocar nenhuma restrição, e observam que também lhe pode ser confiada pelo *de cuius* a partilha segundo juízos de equidade.

⁵ Cfr. as nossas *Sucessões* cit., n.º 284.

Diz-se com efeito que o testamento é um acto pessoal, que não pode ser deixado ao arbítrio de outrem: e especifica-se o que respeita ao objecto da herança ou do legado. Admite-se (n.º 2) que seja cometida a terceiro a repartição da herança ou do legado, mas isto quando o testador nomeie uma generalidade de pessoas. Embora *a contrario*, resulta daqui que, sendo os herdeiros pessoas determinadas, já assim não poderá proceder.

Em todo o caso, ainda nos parece dever fazer uma distinção, entre a vocação legitimária e as restantes formas de vocação.

O que a lei exclui é a remessa ao *arbítrio* de terceiros. Isso exclui nomeadamente a atribuição de poderes equitativos a alguém para realizar a partilha. O arbítrio ou a equidade só pelo autor da sucessão podem ser exercidos.

Mas não exclui a realização da partilha de harmonia com as regras legais. Não há aqui arbítrio: tal como o juiz, quando é chamado a realizá-la, não é arbitrário, nem equitativo.

Diremos então que, naqueles casos em que o autor da sucessão poderia, ele próprio, realizar a atribuição concreta de bens, pode confiar a partilha da herança a um terceiro – *maxime*, ao testamentário. Mas essa partilha só pode ser feita na observância das regras legais⁶.

Já não assim, porém, nos casos em que o autor da sucessão o não poderia fazer – ou seja, quando a vocação é legitimária.

Mas esta matéria ficará melhor esclarecida a seguir.

8. A cautela sociniana

Devemos perguntar se é possível o preenchimento de quinhões legitimários pelo autor da sucessão.

Foi afirmado, para aliás ser a seguir combatido, um princípio da integridade ou intangibilidade qualitativa da legítima⁷.

Queria-se com este significar que, além da intangibilidade quantitativa, que se cifraria no limite representado pela quota legitimária, have-

⁶ Cfr. já as nossas *Sucessões* cit., n.º 283 I.

⁷ Cfr. C. PAMPLONA CORTE-REAL, *Da Imputação de Liberalidades na Sucessão Legitimária*, Centro de Estudos Fiscais, 1989, n.º 59 e segs. e *passim*, com amplos desenvolvimentos.

ria um princípio da intangibilidade qualitativa, que impediria a determinação dos bens que preencheriam a quota legítima pelo autor da sucessão.

Posto porém nestes termos absolutos semelhante princípio não existe, nem foi nunca afirmado pela doutrina relevante.

No centro da polémica estarão os arts. 2163 e 2164 CCA, que foram fundidos no art. 2001 CCM.

Aparentemente, estabelecer-se-ia de facto uma intangibilidade qualitativa, que estaria assegurada ao legitimário. Mas a posição tem de ser mais matizada.

No que respeita a encargos sobre a quota, a lei realmente quer evitá-los. E isto ainda que o encargo seja de valor pouco significativo. Fá-lo porque o encargo, mesmo reduzido, pode desvalorizar a herança toda.

Mas o que é mais importante é o facto de, pelo art. 2001/2 CCM e pelo art. 2164 CCA, a restrição se traduzir por uma alternativa aberta ao herdeiro.

O encargo estabelecido não é inválido. Mas o herdeiro tem então uma opção. Ou aceita o encargo, mesmo que onere todo o seu quinhão; ou não o aceita e, guardando o quinhão legitimário, entrega ao beneficiário do encargo tão-somente a quota disponível.

Vê-se que a lei permite desta maneira que seja exercida sobre o herdeiro uma pressão muito forte. Se a quota disponível é valiosa, o herdeiro tenderá a aceitar encargo. Com isto a vontade do autor da sucessão sobre a conformação da quota acaba por ter poder persuasivo.

Pensamos que semelhante regra é extensiva a todo o encargo estabelecido sobre a herança, e não somente ao usufruto ou pensão vitalícia⁸, embora a lei não seja transparente neste domínio. Com isto se alarga a possibilidade de o autor da sucessão influir sobre o conteúdo da quota.

E quando há a determinação directa de que certos bens pertencerão a um herdeiro?

Aqui o problema ganha maior complexidade. Temos de compulsar vários processos técnicos de disposição testamentária e perguntar até que ponto são admissíveis, e se lhes é ou não oponível um princípio da intangibilidade qualitativa da legítima.

Só após isso teremos determinado o verdadeiro sentido do que o art. 2001 do CCM chamou a «proibição de encargos».

⁸ Cfr. o nosso *Direito Civil – Sucessões*, 5.ª ed. cit., n.º 219 II.

9. Meios de satisfação da expectativa do legitimário: a herança

A forma normal de o legitimário satisfazer a sua expectativa está no seu chamamento *mortis causa*, como herdeiro legal. Também pode o autor da sucessão, por testamento, designar os legitimários como herdeiros testamentários.

Mas pode o *de cuius*, designando em testamento os legitimários herdeiros, indicar simultaneamente os bens que devem preencher as respectivas quotas?

Vamos supor que *A* tem três filhos, *B*, *C* e *D*. Atribui-lhes em testamento toda a herança, de maneira a abranger, quer a legítima, quer a quota disponível. Cada um recebe mais do que lhe caberia a título de legitimário.

Poderá qualquer deles não aceitar a designação, invocando o art. 2001/1 CCM (art. 2163 CCA)?

A disposição não é inválida, dissemos. Está porém sujeita à aquiescência dos herdeiros.

Se estes aceitam simplesmente a herança, tudo se consolida.

Suponhamos porém que recusam e querem receber a quota legitimária líquida.

Não vemos como, à luz do art. 2163 CCA (art. 2001/1 CCM), poderão ser impedidos de o fazer.

Mas há que assinalar uma importante consequência.

Os filhos seriam neste caso herdeiros testamentários. De facto, são seguramente chamados à herança por testamento – não interessando nesta altura verificar se *também* são herdeiros legitimários, no caso de aceitarem a designação.

Imaginemos que algum dos filhos não aceita o chamamento testamentário, por não concordar com a especificação de bens realizada, e exige a legítima líquida. A lei é expressa em conceder-lhe esse poder, afastando o princípio tendencial da unidade da vocação sucessória: o sucessível legitimário que é chamado por testamento e por lei pode repudiar a herança quanto à quota disponível e aceitá-la quanto à legítima (arts. 1893/2 CCM e 2055/2 CCA).

Se algum dos herdeiros instituídos não aceitar, a sua parte acresce aos outros herdeiros instituídos (arts. 2130/1 CCM e 2301/1 CCA) ⁹.

⁹ O art. 2301 CCA sofre alterações no CCM, que não são relevantes para o ponto que nos ocupa.

Daqui resulta que o filho que repudiar a designação testamentária perde qualquer participação na quota disponível. Esta reverte exclusivamente para seus irmãos. O repudiante pode apenas concorrer à sucessão como herdeiro legitimário, reclamando a sua legítima.

Como o repúdio acarreta assim uma perda, em relação a um benefício que seria de esperar da herança, o legitimário tem nesse caso um estímulo muito significativo para aceitar a disposição de bens que tenha sido feita pelo autor da sucessão.

Isto já não acontece se o legitimário em causa for o único herdeiro testamentário designado. Mas a resultados semelhantes se chegará em relação ao repúdio, pois privará o legitimário da quota disponível.

Assim acontecerá sempre que houver, além da especificação de bens a título de legítima, alguma atribuição imputável na quota disponível – e sobreem ainda bens que revertam em benefício de terceiro. E pode até o autor da sucessão determinar essa consequência – mesmo quando designa herdeiro testamentário um só dos legitimários e especifica os bens que lhe cabem, de maneira a cobrir, quer a legítima, quer a quota disponível, desde que sobre ainda algo em benefício de terceiro. Pode estabelecer que, se o designado exigir a legítima líquida, ficará excluído da quota disponível.

E pode fazê-lo porque, como dissemos, a disposição especificada de bens não é inválida. Como não é, o autor da sucessão pode associar as consequências que entender à não aceitação da especificação de bens. Como tem a liberdade de dispor de tudo, excepto da legítima, pode determinar que, nesse caso, aquele legitimário não participará da quota disponível.

Vemos assim que, mesmo na disposição a título de herança, o autor da sucessão, não obstante a restrição legal, tem possibilidades efectivas de encaminhar os bens para os destinatários que entender.

10. Pré-legado

Outra figura que ocorre a este propósito é o pré-legado. Importa sobretudo demarcá-la das que nos ocupam aqui.

O pré-legado é um legado atribuído a um herdeiro pelo autor da sucessão. Nesse caso o herdeiro passa a ter dois títulos naquela sucessão: o de herdeiro e o de legatário. Assim sucederá se *T* designar *H* seu herdeiro, e além disso lhe atribuir uma jóia, uma quantia em dinheiro, ou

outro enriquecimento determinado. É a figura prevista no art. 2264 CCA (art. 2094 CCM).

O herdeiro que aqui se prevê não é apenas o herdeiro testamentário: pode ser também o herdeiro legal, nomeadamente o legitimário. Por isso nos interessa equacionar esta figura, uma vez que o autor da sucessão pode determinar o destino de bens concretos, atribuindo-os em legado aos legitimários.

Mas então temos um legado verdadeiro e próprio, como atribuição testamentária autónoma. Nada tem que ver com o preenchimento da legítima.

Esta autonomia reflecte-se na posição do beneficiário. Nos termos do art. 2250/2 CCA (art. 2080/2 CCM), o herdeiro que for ao mesmo tempo legatário pode aceitar a herança e repudiar o legado; ou aceitar o legado e repudiar a herança. As suas vocações são independentes. Só o pode fazer, porém, caso a deixa repudiada não estiver sujeita a encargos.

Façamos a ligação com o nosso tema. O pré-legado permite ao autor da sucessão um direccionamento especificado de bens, atribuindo-os ao herdeiro que o autor da sucessão melhor entender. Mas nada tem que ver com a problemática do preenchimento da legítima. O pré-legado é um enriquecimento *a mais*, além do que resulta do título de herdeiro.

Não se pode pois encontrar no pré-legado um legado por conta da quota de um determinado herdeiro. E curiosamente, há até no Código Civil de Macau um elemento que o confirma.

O art. 2264 CCA determina que «o legado a favor de um dos co-herdeiros, e a cargo de toda a herança, *vale por inteiro*». Esta última expressão tem alguma ambiguidade, embora todos a tenham entendido no seu verdadeiro sentido.

O art. 2094 CCM traz neste domínio um esclarecimento. Acrescenta: «e não como legado por conta da quota desse herdeiro».

Temos assim perfeitamente esclarecido que o «valer por inteiro» significa que atribui um enriquecimento independente, além do que resultar do título de herdeiro. No caso de se tratar de um herdeiro legitimário significa, quase literalmente, que não deve ser entendido como um legado por conta da quota legitimária. Portanto, que é matéria exclusivamente testamentária, nada tendo que ver com a discriminação dos bens atribuídos a título de legítima.

11. Legado em substituição da legítima

Passemos então a outras figuras, que se integram já na vocação legítima.

O autor da sucessão pode, por testamento, atribuir a um legitimário um legado em substituição da legítima (arts. 2165 CCA e 2002 CCM).

Nestes casos, o legitimário é colocado perante a alternativa:

- ou aceita o legado, e perde o direito à legítima
- ou prefere a legítima, mas então perde o direito ao legado.

Os motivos que podem levar o autor da sucessão a colocar o legitimário perante este dilema podem ser de espécie muito variada. Pode pretender afastar da comunhão hereditária um elemento perturbador, comprando a sua retirada através de uma oferta tentadora: o bem atribuído deverá ser então de valor superior ao da quota legítima, para proporcionar o êxito daquele objectivo. Mas pode ter também a finalidade de favorecer o legitimário, quantitativa ou qualitativamente: por exemplo, atribuindo-lhe a casa de família, que seja o bem mais desejado da herança, em substituição do comum quinhão legitimário.

A lei considera que o normal (e possivelmente o desejável também) é a aceitação do legado. Por isso, se o beneficiário nada declarar, ter-se-á por aceite o legado.

O benefício representa um verdadeiro legado. O titular tem assim o estatuto de legatário¹⁰. Mas o legado é imputado na quota indisponível do autor da sucessão, e apenas o excesso será imputado na quota disponível.

Basta esta ligeira descrição para aquilatar do significado que esta figura pode ter para a problemática que nos ocupa.

Permite direccionar bens determinados para um herdeiro determinado, considerando eventualmente a adequação daqueles bens às qualidades daquele herdeiro.

Reduz a situação de indivisão em que se recairia, havendo vários herdeiros. É até um elemento muito valioso neste sentido, porque permite afastar, se for o caso, alguém que for indesejável naquela comunhão.

¹⁰ Mas há ainda que verificar se por outro lado se pode considerar *também* herdeiro. A lei determina que perde o direito à legítima, mas não que perde a qualidade de herdeiro. Cfr. sobre esta matéria as nossas *Sucessões*, 5.ª ed. cit., n.º 215.

Não tem em si incidência sobre o preenchimento da quota legitimária pelo autor da sucessão, porque neste caso não há, mais radicalmente, nenhuma quota legitimária a preencher, se o legado for aceite.

Tem porém o limite de depender do consentimento do legitimário, o que cria sempre uma situação de incerteza quanto ao desfecho daquela deixa.

12. Legado por conta da legítima

Finalmente, temos a última figura, também controversa: o legado por conta da legítima.

Ao contrário de outras figuras de legado, que seriam imputadas na quota disponível, e à semelhança do legado em substituição da legítima, este legado seria atribuído *por conta* da legítima – o que significa exactamente que seria imputado nesta.

Não há seguramente nada que impeça ao autor da sucessão atribuir bens específicos aos legitimários. Pode legar a um uma casa, a outro um anel, a outro um quadro... Não deixam de ser herdeiros; mas cumula-se o chamamento para aquela atribuição determinada.

Porém, neste caso, diferentemente do pré-legado, o autor da sucessão determina que se proceda por imputação na legítima, dentro da preocupação natural de não desigualar os legitimários.

Que atitude pode tomar o herdeiro perante esta disposição? O art. 2055/2 CCA (art. 1892/2 CCM) não é aplicável neste caso; não há possibilidade de repúdio da quota disponível, porque a deixa se vai imputar afinal na legítima. Não há a pluralidade de títulos que funda a previsão daquele artigo.

A questão respeita assim exclusivamente ao preenchimento da legítima — ao ponto de devermos pôr em causa a própria qualificação como legado.

De facto, no chamado «legado por conta da legítima» o testador não está propriamente a atribuir nada, mas a determinar como deverá ser preenchida a quota dum legitimário.

Por isso, será como herdeiro, no exercício dessa qualidade, que o beneficiário aceitará que o bem reverta para si¹¹.

¹¹ Isto não significa que não possa eventualmente recorrer também, se isso lhe convier, a regras de protecção do legatário – por exemplo, para reivindicar coisa certa e determinada cuja entrega lhe seja indevidamente recusada por terceiro.

Mas poderá o legitimário em causa recusar a disposição, fundando-se na regra de que é vedado ao autor da sucessão designar os bens que não-de preencher a legítima, contra a vontade do herdeiro?

Apesar da anomalia que pode acarretar, não vemos como evitar esta consequência. Imaginemos que o legitimário a quem foi atribuído um automóvel ou um livro recusa o bem designado e concorre à legítima limpa. Não se trata então de um repúdio, mas de uma exigência da entrega da legítima ainda não preenchida.

Podemos trazer alguma correcção a esta situação?

Não se pode afirmar sem mais que o legitimário que não aceitasse a composição da quota ficaria reduzido à legítima, perdendo quaisquer benefícios testamentários. Poderia invocar-se uma analogia com a solução dada por lei no caso de recusa pelo legitimário do legado em substituição da legítima. Mas a regra é excepcional, pelo que não poderá ser aplicada por analogia.

Outra poderá ser a solução se o *de cuius* fez ainda alguma disposição em benefício do legitimário a imputar na quota disponível.

Poderá dizer-se que nesse caso a rejeição do bem especificado por conta da legítima importa também a rejeição da deixa imputável na disponível. É invocável neste sentido o art. 2054/2 CCA (art. 1892/2 CCM), segundo o qual a herança não pode ser aceite só em parte. Haveria então que entender que, quando o art. 2055/2 CCA (art. 1893/2 CCM) refere o sucessível chamado *por testamento*, pretende incluir todas as disposições constantes de testamento.

Em qualquer caso, ainda que a perda da participação na disponível não fosse admissível como efeito legal, já o é se resultar de cláusula testamentária. Aplica-se o que dissemos sobre a faculdade de o autor da sucessão cominar com a privação da quota disponível a recusa pelo legitimário da atribuição concreta de bens realizada. O preenchimento da legítima subjectiva do legitimário pelo autor da sucessão é lícito. O «contra vontade do herdeiro» não acena para um acordo com o autor da sucessão. Se o houver configura-se um pacto sucessório, que seria inválido. O consentimento só pode surgir após a abertura da sucessão, condicionando a eficácia de uma disposição que é válida.

O autor da sucessão pode pois determinar que quem não aceitar o preenchimento da legítima por ele estabelecida ficará limitado à quota disponível.

13. A herança toda distribuída em legados

Na progressão, encontramos a hipótese de o *de cuius* distribuir tudo em legados pelos legitimários, mas com imputação na legítima. Seria portanto uma modalidade da herança toda dividida em legados, caracterizada porém por esses legados preencherem exaustivamente os quinhões legitimários.

Mas, ainda neste caso, não vemos razão para alterar a conclusão a que anteriormente chegámos. Também nessa hipótese, no que respeita ao quinhão legitimário, não há legado, mas sim determinação dos bens que hão-de compor a legítima. E portanto, o regime é o mesmo que corresponde ao «legado por conta da legítima».

Sendo assim, os beneficiários da «herança toda dividida em legados» não são legatários, são herdeiros. Vimos atrás que a qualificação de um sucessor como herdeiro não é prejudicada pelo facto de o autor da sucessão haver feito especificação dos bens. O mesmo critério se aplica, até por maioria de razão, aos legitimários. Não é por o autor da sucessão ter especificado os bens que se entende que quis afastar a qualidade de herdeiros. Eles têm o título mais forte de herdeiros – são legitimários – e beneficiam do regime respectivo. Simplesmente, nesta hipótese são herdeiros cuja composição da herança, no aspecto qualitativo, está à partida determinada – embora sujeita a variações em consequência de vicissitudes posteriores.

Poderão estes herdeiros recusar a atribuição que lhes foi feita pelo autor da sucessão e exigir a legítima limpa? Podem, nos termos gerais já assinalados. Mas aplicar-se-á, por prolongamento da sugestão atrás feita, o mesmo regime: é lícito ao autor da sucessão predispor que, se assim acontecer, perdem o direito a qualquer benefício a imputar na disponível. Ficam limitados à quota que puderem exigir a título de legítima.

14. O princípio da intangibilidade qualitativa da legítima

O exame que realizámos, de todas estas hipóteses pelas quais o autor da sucessão pode direccionar os bens, influenciando a composição das quotas dos herdeiros, permite-nos confirmar, ou pelo contrário infirmar, um princípio da intangibilidade qualitativa da legítima?

Nega-o Pamplona Corte-Real¹², considerando que os arts. 2163 a 2165 CCA trazem em si o estigma da sua própria contradição.

É uma conclusão *contra legem*. O princípio da intangibilidade qualitativa da legítima significa que o testador não pode «designar os bens que a devem preencher, contra a vontade do herdeiro». É isto, exactamente, que dispõe o art. 2163 CCA (art. 2001/1 CCM).

Isto não significa que não tenha interesse a longa análise de casos em que este princípio se concretiza (ou não).

Do que dissemos anteriormente, algo parece resultar. Se o testador não pode, directamente, preencher a legítima contra a vontade do legitimário, não deixa de dispor de vários meios que lhe proporcionam, indirectamente, atingir aquele objectivo.

Mais razão nos parece ter Jorge Duarte Pinheiro, quando afirma que está consagrada «uma fórmula moderada do princípio da intangibilidade qualitativa»¹³.

Além do que atrás ficou referido, aparecem-nos aliás ainda meios indirectos de preenchimento da legítima por via negativa, digamos assim – mas ainda mais eficazes.

Por exemplo, se o autor da sucessão dispuser de todos os bens, excepto dos necessários para preencher quantitativamente a quota dum legitimário, a composição desta fica fatalmente determinada, sem possibilidade de oposição. O legitimário ou aceita ou repudia; ou aceita e fica com aqueles bens ou repudia e sai da sucessão.

Também é verdade que, se a herança for toda distribuída em legados, se um dos beneficiários, apenas, não aceitar, acabará por ficar afinal, a título de bens livres... exactamente com os bens que compunham o legado que repudiou¹⁴; porque o resto está validamente adquirido já pelos restantes contemplados.

São maneiras indirectas de fazer a atribuição; e maneiras extremamente efectivas, sobretudo a primeira, que nem sequer dá ao legitimário oportunidade de se rebelar contra a composição da quota, e conseguir a quota limpa.

¹² «Embora com reservas»: *Imputação* cit., n.º 62, *in fine*. Tenderia a ceder perante o princípio fundamental da «livre disposição a título gratuito, por morte (ou em vida)». Os argumentos que procura hoje retirar da situação anterior ao CCA parecem-nos irrelevantes, porque os dados normativos eram diferentes.

¹³ *Legado em Substituição da Legítima*, Cosmos, 1996, C.2.5 (*in fine*).

¹⁴ Como justamente observa a este propósito PAMPLONA CORTE-REAL.

Todavia, estes processos indirectos, por mais efectivos, podem também ser desvalorizados, considerando-se que a determinação dos bens feita é apenas *de facto*. Tudo resulta da circunstância contingente de não haver outros bens na herança, além daqueles que restaram para o legitimário; ou da circunstância, ainda mais contingente, de só aquele beneficiário ter repudiado. Isto não inquina o princípio estabelecido no art. 2163 CCA (art. 2001/2 CCM), que impede uma directa composição da quota, porque não há um negócio de especificação de bens cujos efeitos se imponham ao legitimário.

Portanto:

- verificamos que por vários meios o autor da sucessão pode direccionar os bens a um destinatário determinado
- mas isso não implica a negação do princípio de que não pode por negócio unilateral obter o efeito jurídico de designar os bens que preencherão a quota do legitimário, contra a vontade do herdeiro.

15. Avaliação do sistema vigente

O sistema vigente, no que respeita à possibilidade de o autor da sucessão compor o quinhão dos legitimários, é divisível em duas vertentes:

1. Por um lado, mantém o princípio de que a composição qualitativa da legítima pelo *de cuius* está sujeita ao consentimento do legitimário.
2. Por outro, oferece várias vias ao autor da sucessão de influenciar ou procurar influenciar a destinação concreta dos bens.

Parece-nos aliás que o legislador foi longe de mais, exigindo o consentimento do herdeiro. Dominou-o a concepção de uma intangibilidade abstracta da legítima que não se alicerça em interesses reais. Que vantagem há em a quota ficar vazia, em impedir o *de cuius* de a preencher, mesmo contra a vontade do herdeiro, desde que o valor da legítima fique assegurado? Que maior significado tem uma partilha posterior que a partilha determinada pelo autor da sucessão? Assim se evitavam muitas questões, se permitia que o *de cuius* escolhesse segundo as aptidões dos legitimários, e em nada se prejudicavam estes. Considerações da mesma ordem das que levaram à admissão de uma partilha em vida podiam ter levado também a uma rigidez menor neste sector.

O sistema poderia ser aperfeiçoado de vários modos. Um deles consistiria na introdução de um instituto semelhante à *mejora* espanhola.

Consistiria em estabelecer, entre a quota indisponível e a disponível, uma terceira quota, de que o autor da sucessão poderia dispor, mas apenas em benefício dos legitimários. Isso lhe permitiria por exemplo avançar o filho agricultor, havendo uma exploração agrícola, em relação aos outros; permitindo a continuidade da exploração e o aproveitamento das aptidões, e evitando a necessidade de alienação ou as quezílias resultantes de uma atribuição conjunta.

O instituto é porém complexo. Não está na tradição e não se aconselha que seja agora introduzido.

A faculdade de preenchimento pelo autor da sucessão das quotas dos herdeiros poderia ser encarada abertamente, eliminando ou suavizando a exigência de consentimento do herdeiro em relação à designação especificada dos bens que deverão compor a quota legitimária.

Se assim acontecesse, é possível que se revelasse ainda outra consequência. A ampliação quantitativa da quota disponível, que como vimos é prevista pelo CCM, poderia tornar-se desnecessária. Se o autor da sucessão tivesse uma liberdade acrescida de orientar a destinação dos bens, a vinculação resultante da legítima poderia manter a sua medida actual de $2/3$, $1/2$ ou $1/3$, consoante os casos. A faculdade de designação dos bens preencheria muitas das finalidades que se poderão ter tido em vista com o fortalecimento da liberdade de testar.