

# DISSERTAÇÃO INAUGURAL

**PARA O ACTO DE CONCLUSÕES MAGNAS  
NA FACULDADE DE DIREITO**

**DA**

**UNIVERSIDADE DE COIMBRA**

# ESTUDO

# SOBRE A SUCCESSÃO LEGITIMARIA

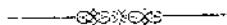
POR

JOÃO MARCELLINO ARROYO

LICENCIADO EM DIREITO  
E SOCIO EFFECTIVO DO INSTITUTO  
DE COIMBRA

You shall see anon; 'tis a knavish  
piece of work.

Shakspeare, *Hamlet*, acto 3.º,  
scena 2.ª.



PORTO  
LIVRARIA PORTUENSE DE CLAVEL & C.ª  
119—RUA DO ALMADA—123  
EDITORES  
1884

A MEU PAE

## PREAMBULO

A materia das successões, e mais particularmente a da legitima, é a que offerece maior variedade nas legislações. O problema da transmissão hereditaria dos bens moveis e immoveis, e sobretudo o da restricção do direito de dispor d'elles em vida ou para depois da morte, tem importancia capital, importancia que augmenta com o progresso da individualisação da propriedade.

Tendo-nos proposto levar a effeito a composição de uma serie de estudos sobre a successão legitimaria, tentámos esboçar primeiramente o desenvolvimento da ideia da legitima, desde o seu apparecimento nas antigas civilisações e atravez do direito romano, visigothico e patrio até á promulgação do Código Civil Portuguez. Todos os elementos d'este genero que podemos colleccionar de interesse verdadeiro e immediato, todos os reunimos e coordenámos, como auxilio para a resolução das questões da jurisprudencia actual e comprehensão segura das disposições da moderna lei civil.

Não vae, portanto, n'este intento a monomania tão frequente, para desgraca nossa, de basear no antigo direito, com especialidade no direito romano, qualquer instituição juridica dos novos codigos, e de



procurar ahi a solução forçada das duvidas da jurisprudencia.

O auctor declara considerar o direito romano unica e simplesmente como elemento historico de interpretação, tal qual o direito castelhano ou 'outro que exercesse influencia na constituição do direito patrio; não vê n'elle a personificação da razão escripta, e não o acceita como elemento classico, auctoritario, que exerça dominio completo e constante na interpretação legal.

No entendimento dos textos de lei, é impossivel collocar os diversos elementos da interpretação n'uma ordem determinada de importancia, por forma a attribuir-se sempre a cada um d'elles o mesmo valor no estudo dos phenomenos juridicos, garantidos pela legislação: o principio verdadeiramente scientifico da arte de interpretar consiste em conferir a cada um dos seus elementos a proeminencia que o genero da materia, redacção, antecedentes e comparação dos textos, e altos motivos de utilidade publica por si mesmo assignalarem. Tudo o que não fôr proceder d'esta maneira conduzirá ao romanismo chocho e bolorento, á exegese esteril e impertinente ou ao philosophismo reles e banal.

Na explanação do systema geral de calcular a legitima e quota disponivel, á face da moderna legislação civil, guiou-nos o mesmo espirito pratico.

A maior parte das questões da jurisprudencia proveem antes da má applicação dos principios juridicos que do seu desconhecimento; dependem mais da pouca clareza e precisão com que foram assentes as bases do problema que da complexidade da materia e má correlação entre as disposições da lei. Apurem-se com cuidado as noções fundamentaes do assumpto sobre que se disserta, e a resolução de

muita duvida apparecerá immediatamente. Lembrese sobre tudo o interprete de que, antes de iniciar a discussão, lhe cumpre averiguar se ella tem razão séria de existencia.

É mais para lastimar o trabalho gasto a lutar debalde contra a realidade dos factos, que o empregado a arrazoar sobre argumento não estudado ou materia que se não alcança: os escriptores da segunda maneira limitam-se a testificar nos escriptos a petulancia ou impotencia propria; mas o interprete que inutilisa a actividade em produções do primeiro genero contribue poderosamente para a anarchia da sciencia juridica e, o que é mais, contribue para o apparecimento do mesmo vicio em cerebros bem organizados.

Dominados pelo principio que nos permittiremos chamar—principio economico da discussão—e consciuos pela lição da historia, do sentido e alcance da actual lei civil, desenvolvemos, seguindo a ordem logica naturalmente estabelecida entre elles, os pontos fundamentaes do referido calculo, procurando ser claros e simples na definição dos termos, enunciado das proposições e discussão das difficuldades.

Propunhamo-nos fazer um estudo de direito constituido, e a esse intuito subordinámos o commentario que adeante se lê.

Nos trabalhos d'esta natureza produz pessimos resultados o exame dos diplomas legislativos, influenciado por uma tendencia irreprimivel, quer retrograda quer reformadora. A adopção de qualquer d'estes pontos de vista faz ver na lei o que ella não contem, pois, se o retrogrado lhe augmenta ou substitue aquillo que a vaga evolucionaria cuspiu ás paginas da historia, o idealista augmenta ou substitue-lhe concepções imaginosas, muito boas para

alimentar a chamma da sciencia sentimental, mas fúteis, mas estereis quando se trata de penetrar fundamentalmente o valor e o espirito dos textos de lei.

Esta, a lei, possui a força invencível da malleabilidade: podem-lhe destruir a forma e o sentido pelos processos mais extravagantes; terminado o exercicio gymnastico do *philosophobo*, desvanecida a impressão da sua palavra seductora, ella retomará o feitiço primitivo, e o contraste entre o aranzel e a realidade tornar-se-ha palpavel, evidente.

Outro perigo na interpretação é o do emprego dos aphorismos juridicos. A aspiração dogmatica, inherente ao espirito dos antigos sabios (e ainda a muitos dos actuaes), levou os velhos juriconsultos á fixação de certos principios que pela singeleza, vigor e precisão parecem condensar em formulas modestissimas os elementos precisos para bem resolver as duvidas da interpretação. Pois nada mais insidioso e traiçoeiro.

O caracter eminentemente complexo dos phenomenos juridicos só em casos rarissimos permite syntheses d'essa ordem, e estas ainda assim muito arriscadas a ser acompanhadas, de momento para momento, pelo sequito das excepções á regra geral. O emprego dos aphorismos juridicos deve por isso ser feito com a maxima cautella e circumspecção; d'outro modo, o interprete arrisca-se a commetter a peor das inexactidões—a que reveste a apparencia opposta, por forma a occultar o vicio interno de vistas perspicazes e experimentadas.

Mas não se conclua do que vimos dizendo a sujeição á letra das disposições legaes, como rumo por nós seguido no cumprimento d'esta tarefa; contra tal sujeição pugna a importancia que ligamos aos antecedentes historicos, o conhecimento, embora

imperfeito, que alcançámos das questões da jurisprudencia, levantadas em parte pela obediencia servil ás palavras da lei; pugna, n'uma palavra, a obrigação de realisar o entendimento correlacionado dos textos, não os isolando, mas tentando diminuir as asperezas das contradicções e os embaraços da combinação. Imperou sobre tudo em nós o proposito de ser coherentes com as noções e principios que resaltam immediatamente, necessariamente, da natureza do assumpto e dos preceitos legislativos; uma vez alcançadas estas noções e principios, não foi a letra estricta dos textos que nos empecceu á sua sensata applicação. Fizemol-a sempre, fizemol-a emquanto houve modos e ensejo de a effectuar, sem respeito nem desprezo exaggerados por essa letra.

Encontrámos por vezes, frente a frente com a nossa opinião, os juizos muito valiosos de illustres juriconsultos patrios. Tomamol-os como objecto de estudo, como advertencias prudentissimas que nos compelliam a analysar demoradamente os problemas juridicos; e, se na apresentação do nosso parecer imparcial não houve evitação de responsabilidade, por certo não faltou tambem o justo apreço das opiniões combatidas.

Por vezes topámos com preconceitos enraizados e mistura de noções naturalmente distinctas, que tanto perturbam a decisão nitida e singela de pontos aliás de levantada importancia. Quanto a isto, rompemos a direito pela verdade fóra e não titubiámos em lhe chamar confusão ou habito pernicioso.

A auctoridade dos commentarios e dos arestos é, como todas as auctoridades scientificas, a expressão vigorosissima d'um voto; desabroche no espirito do aprendiz a desconfiança da sua legitimidade, e o valor d'ella occasionará um estado de hesitação,

mais ou menos longo segundo a grandeza do valor e o numero dos pareceres harmonicos. Durante o dominio d'essa força, é que o bom senso do principiante tem de se dedicar todo á apreciação tranquillida dos motivos de decidir.

Se do exame reflexivo conclue contra o juizo que formára, abandone-o sem demora, pois no campo especulativo é estulto o orgulho ou amuo não estado com factos ou experiencias; mas se o exame robusteceu a opinião propria, é obrigação moral do escriptor atirar para o papel a franca exposição do seu pensar, ataque ella embora obras e nomes veneraveis. Sigamos abertamente esta norma salutar, para que a applicação da glosa, da opinião commum dos doutores e do caso julgado, esse vicio, por emprego e auctoridade abusivos, que recommçou a lavrar entre nós, não chegue a estancar de vez a originalidade de muitas intelligencias.

Quanto á legislação e jurisprudencia estrangeiras, fomos, no seu uso, d'uma parcimonia verdadeiramente homeopathica; lançámos mão d'ella, quando, na realidade, a sua intervenção auxiliava ou esclarecia a exposição da doutrina.

Nós professamos pelo emprego immoderado, ainda que erudito e bem intencionado, d'essas leis e jurisprudencia no estudo do nosso direito constituido, a mesma admiração que nos inspiram os primores d'arte portuguezes que são copias litteraes da arte estrangeira: temol-o como enxerto infecundo, capaz de vir a transformar a jurisprudencia portugueza em jurisprudencia *debric-à-brac*, mas improprio para avigorar os elementos originaes do nosso direito, que bastantes possuíamos e alguns possuímos ainda. Use-se das lições fornecidas pelas leis e jurisprudencia estrangeiras, mas use-se sabiamente d'isso, quando

esse uso fôr exigido, quer pelas deficiencias do direito patrio, quer pela superioridade d'aquellas indicações, em casos identicos ou semelhantes.

Diremos por ultimo que a grande chaga da jurisprudencia portugueza, o vicio que a degrada na actualidade e ameaça ridicularisal-a no futuro, é o predominio do espirito falsamente chamado praxista, sob cuja influencia raream as largas e sãs doutrinas juridicas, a applicação rasgada dos salutaes principios do direito.

A jurisprudencia tornou-se geralmente casuistica; o official de diligencias substituiu o advogado; a costumeira tradicional chamou-se pratica, e o jurista, novo e vigoroso, com a intelligencia aberta ao progresso da legislação, prostra-se reverente e idiota diante d'uma pseudo-ciencia, feita de inutilidades e de caruncho.

Não entrará de vez no entendimento dos nossos jurisconsultos que se não faz sciencia, á força de se fazerem velharias? que o estudo da hypothese juridica é simplesmente o alicerce para a construcção das induções experimentaes? que, se a pratica do foro é a grande escola onde se palpa o verdadeiro alcance e valor dos estudos theoricos, a estes pertence vigial-a e iniciar as reformas que o adiantamento scientifico fôr exigindo? Submettida á acção destructora de um tal veneno, uma boa parte da jurisprudencia portugueza *achineizou-se*: estamos repletos de pequeninas curiosidades juridicas, de pequeninas partidas de xadrez em que o rei é o artigo tantos e a rainha o artigo quantos; superabundam os escriptos-catalogos, muito tolos, sem razão de ser como a tendencia que os produziu.

Contra este estado pathologico da sciencia do direito e da arte de o applicar, chamamos o bom

senso lusitano, a antiga qualidade nacional que n'um dia de plena expansão se lembrou de reprimir energicamente os excessos da classe dos advogados. As circumstancias actuaes não fazem necessario o emprego de canterio semelhante; mas o que ellas requerem instantemente é a união dos cultores do direito com o fim de o estudar segundo um methodo verdadeiramente scientifico, e com a coragem sufficiente para ver no descobrimento das leis que o regem e na applicação logica e firme dos seus principios o cumprimento d'um dever imperioso: o de velar pela conservação da nossa saude cerebral.

Coimbra, junho de 1884.

## PARTE I

---

### ESBOÇO HISTÓRICO DA SUCCESSÃO LEGITIMÁRIA

# CAPITULO I

---

## SUMMARIO

1.—Apparecimento da noção de testamento.—A successão intestada precede a testamentaria. 2.—Direito de primogenitura masculina. 3.—Apparecimento da noção de legitima. 4.—Direito romano antes das Doze Taboas. 5.—Lei das Doze Taboas.—Introducção, por costume, da *querella do testamento inofficioso*. 6.—Epocha em que foi introduzida. 7.—A legitima romana deriva da Falcidia. 8.—Medida da legitima estabelecida a favor dos filhos, antes e depois de Justiniano. 9.—Outros herdeiros legitimarios segundo o direito romano. 10.—*Querella da doação e dote inofficiosos*.—Reforma de Justiniano quanto aos effeitos das referidas querellas. 11.—Direito privilegiado a favor da Igreja Catholica; subsistencia da instituição da legitima. 12.—Operações do calculo da legitima, segundo o direito romano; epocha, patrimonio do fallecido e deducções obrigatorias.—13. Os bens doados em vida pelo auctor da herança eram conferidos? Exposição do parecer d'Ortolan. 14. e 15.—Rejeição de este parecer: confusão entre a noção de collação e a de conferencia dos referidos bens para o effeito do calculo da legitima; se a dita conferencia se verificava só no caso de a doação ser inofficiosa. 16.—Invasão dos barbaros; a successão entre os germanos primitivos.—Introducção do testamento n'estes povos; influencia da Igreja Catholica.—A plena liberdade de testar entre os visigodos. 17.—Legitima visigothica.—Legitima dos descendentes; instituição do terço e quinto.—Legitima paterna e irmãos. 18.—Operações do calculo da legitima—Codigo Wisigothico. Especialidade da legislação visigothica. Regras

sação <sup>1</sup>, mas é certo que antigos monumentos da história nos fornecem prova do seu uso, sendo impossível descobrir a epocha em que começou <sup>2</sup>.

Teve logar entre os egypcios <sup>3</sup>. Prohibido na primitiva Grécia, que considerava o patrimonio dos cidadãos como deposito posto nas suas mãos pelo Estado, foi permittido mais tarde em Athenas por Solon. Ignorado ou prohibido em Sparta, só foi ali auctorisado em epocha posterior á guerra do Peloponeso; e Emilio de Laveleye, seguindo a Fustel de Coulanges, informa-nos de se ter conservado a recordação do tempo em que o mesmo aconteceu em Coryntho <sup>4</sup>.

Entre os chinezes só apparece n'um periodo adiantado da sua vida social <sup>5</sup>, e não foi conhecido do direito indio, nem do zendo, nem do hebreu. As Gallias, essas

<sup>1</sup> Gomersindo de Azcárate, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad*, tomo I, pag. 17 e 18.

<sup>2</sup> F. Bigot-Prémeneu, *Exposé des motifs du titre des donations entre-vifs et des testaments* (do Cod. Civ. Fr.) na collecção dos —*Motifs, rapports et opinions des orateurs qui ont coopéré à la rédaction du Code Civil*, etc., revista por M. Poncelet, tomo 1.º, pag. 374.

<sup>3</sup> Esta é a opinião de Bigot-Prémeneu na obra e logar citados; mas Azcárate (obra e tomo citados, pag. 34) aponta a falta de dados concretos e positivos quanto á materia das successões entre os egypcios. Veja-se Emilio de Laveleye (*De la propriété et de ses formes primitives*, pag. 171), o qual, seguindo a Fustel de Coulanges, refere a existencia do testamento em Thebas, depois de certa epocha.

<sup>4</sup> Plutarco, vida de Solon, pag. 30, verso, da traducção latina de Bate (edição de 1554)—Bigot-Prémeneu, obra e logar citados—Laveleye, obra citada, pag. 170, 171 e 178—Azcárate, obra e tomo citados, pag. 49, e 53 a 58.

<sup>5</sup> Azcárate, obra e tomo citados, pag. 40.

conheceram-n'o antes da introdução do direito romano <sup>1</sup>.

A tardança no apparecimento da successão testamentaria, precedida na ordem chronologica pela successão legitima ou intestada—lei historica esta universalmente comprovada—explica-se pelo estado da evolução da propriedade, a qual, partindo de formas collectivas, caminha incessantemente para a individualisação <sup>2</sup>.

2. — Tambem antigos costumes e diplomas historicos apontam o direito de primogenitura masculina como regra seguida nas transmissões da propriedade por via de successão <sup>3</sup>.

As leis de Manou <sup>4</sup> dizem: «O filho mais velho toma posse de todo o patrimonio e os outros irmãos vivem debaixo da sua auctoridade, como viveram debaixo da do paê». Na Sparta primitiva, o filho mais capaz, a maior parte das vezes o filho mais velho, dirigia a comunidade e intitulara-se o conservador do lar. Em Athenas, onde vigorou tambem esta instituição, acabou por desaparecer com a reforma de Solon <sup>5</sup>. Na Roma primitiva, não se achava estabelecido privilegio algum de primogenitura <sup>6</sup>; pelo menos não-se conhece lei alguma que o consagre <sup>7</sup>.

A existencia do referido direito de primogenitura,

<sup>1</sup> Laveleye, obra citada, pag. 68 e 170—Azcárate, obra e tomo citados, pag. 38 e 41—Levitico, cap. xxv, vers. 8 a 11, e 23 a 31—Bigot-Prémeneu, obra e logar citados.

<sup>2</sup> Laveleye, obra citada, pag. 4 a 7, 65 a 69 e 170 a 172—Azcárate, obra e tomo citados, pag. 18, 23, 106 e seg., e 214.

<sup>3</sup> Azcárate, obra e tomo citados, pag. 17 e 18.

<sup>4</sup> Citadas por Azcárate na mesma obra e tomo, a pag. 28.

<sup>5</sup> Laveleye, pag. 177 e 178—Azcárate, obra e tomo citados, pag. 55 e 58.

<sup>6</sup> J. Ortolan, *Législation romaine* (edição 40.ª) vol. I, n.º 126.

<sup>7</sup> Azcárate, obra e tomo citados, pag. 106 e 108.

consequência do culto dos antepassados desenvolvido por povos primitivos <sup>1</sup>, assignala a vigencia da transmissão exclusiva da propriedade por meio de successão legitima; é portanto uma poderosa indicação scientifica contra a existencia, n'essas epochas e nos povos que desenvolveram essa instituição, da successão testamentaria, e portanto d'um limite, quer consuetudinario, quer escripto, á livre testamentifacção.

3—Segundo expõe Azcárate na obra e tomo já citados <sup>2</sup>, o testamento, tal qual se mostra entre os chinezes, tem um character secundario e contingente isto é, apparece quando não ha dentro da familia membros de certo gráu, em relação com os sacrificios funebres devidos aos antepassados.

Já se encontra n'esta restricção á faculdade de dispor da propriedade o primeiro rudimento d'uma quota de successão, garantida pelo direito a certos herdeiros, mas tão occulta no fundamento religioso que a exigia, tão velada pelo interesse colectivo da familia que não devemos considerá-la como forma definida da legitima, a qual suppõe que a propriedade entrou n'um periodo avançado de individualisação.

Em Athenas é que vemos desabrochar claramente a noção d'uma quota parte da herança, reservada por lei a certos herdeiros do auctor d'ella <sup>3</sup>. Depois das reformas de Solon, introduzido o testamento e destruido o antigo direito de primogenitura, apresenta-nos a civilisação atheniense as duas especies de successão—a

<sup>1</sup> Herbert Spencer, *Principes de Sociologie*, traducção franceza de M. E. Cazelles, tomo 1.º, pag. 388 e seg.—Azcárate, obra e tomo citados, pag. 17 e 18.

<sup>2</sup> Pag. 40.

<sup>3</sup> Plutarco, obra e logar citados—Laveleye, obra citada, pag. 170 e 171.

legitima, fundada nos laços de sangue, e a testamentaria; para que esta pudesse ter logar, era necessario não existirem herdeiros naturaes do auctor da herança—filhos e mais descendentes legitimos, ou que estes fossem validamente desherdados.

O encargo do pagamento das dividas do auctor da herança encontra-se já n'esta legislação, não limitado, pelo valor dos bens herdados: os filhos d'um cidadão fallecido, devedor insolavel para com o thesouro publico, e por consequencia em estado de *atimia*, eram obrigados a acceitar a successão onerada; por isso mesmo se tornavam responsaveis pela divida do pae para com o thesouro, e a *atimia* d'este rocalha n'elles. A legitima atheniense absorvia portanto a totalidade dos bens paternos, livres do referido encargo, e era destinada a herdeiros em linha recta descendente.

4.—No seu trabalho—*La cité antique*—diz Fustel de Coulanges <sup>1</sup>: «Antes da lei das Doze Taboas, não temos texto algum de lei que prohiba ou permita o testamento, mas a lingua conservava a recordação d'um tempo em que elle não era conhecido; pois chamava ao filho *herdeiro seu e necessario*». <sup>2</sup> A observação de Fustel de Coulanges precisa entendida em termos habeis. A classe de herdeiros *sui et necessarij* acompanha o direito romano até ao ultimo periodo <sup>3</sup>, ao lado da facul-

<sup>1</sup> Passagem transcripta por Laveleye, a pag. 171 da obra citada.

<sup>2</sup> Com a observação de Fustel de Coulanges harmoniza-se o escripto por G. A. Chabot (de l'Allier) no *Rapport fait au tribunal sur le titre des successions* (do Cod. Civ. Fr.)—pag. 342 do tomo 1.º da collecção citada: «Os romanos admitiram as instituições testamentarias por uma disposição da lei das Doze Taboas»...

<sup>3</sup> Veja-se o n.º IV da Taboa v. nos fragmentos da lei das Doze Taboas—obra e volume citados de Ortolan, pag. 108—Dig. liv. 29, tit. 2, lei 6, § 5—Inst., liv. 2, tit. 19, pr. e §§ 1 a 3; liv. 3, tit. 1, §§ 1 e 2—Cod., liv. 6, tit. 31, lei 6.

dade de testar, porquanto as duas instituições não se destruíam, mas antes se combinavam sem difficuldade.

Os herdeiros *sui et necessarii* eram os que, na occasião do fallecimento do auctor da herança, estavam sob o patrio poder do fallecido, a quem succediam, quer *ab intestato*, quer em consequencia de instituição testamentaria <sup>1</sup>; assim, estes herdeiros eram verdadeiros herdeiros legitimos, que podiam ter sido beneficiados por testamento; mas a faculdade da testamentifacção, longo de ser irreconciliavel com a reforida instituição, foi pouco a pouco, depois da lei das Doze Taboas, regulada e diminuida, á face dos direitos dos herdeiros em cujo favor os costumes e a lei estabeleceram a *portio legitima*, entre os quaes se contam herdeiros que podiam ser *sui et necessarii* <sup>2</sup>. Por outro lado, sem entrar na discussão da these—se houve epocha na primitiva civilisação romana em que não fosse conhecido o testamento, questão que nos parece dever resolver-se affirmativamente, baseando-se a origem das palavras *suis et necessariis* n'um estado colectivo da propriedade—é certo ser já usado entre os romanos, no tempo correspondente áquelle a que se refere a existencia dos reis de Roma, este meio de transmissão da propriedade, constituindo até, pelas diversas maneiras de se pôr em execução, uma das differenças caracteristicas entre o patriciado e a plebe.

Reduzida a opinião de Fustel de Coulanges a limites rigorosos, isto é, distinguida a questão de saber se em Roma a successão intestada precedeu a testamentaria <sup>3</sup> da

questão de se negar a existencia do testamento romano antes das Doze Taboas, fixar-nos-hemos n'este ultimo ponto, reportando-nos ás palavras de Ortolan <sup>4</sup>: «Ao passo que para o testamento do patricio era convocadas as curias, o ellas decidem se esta perturbação na ordem da familia aristocratica deve ser auctorisada, se deve admittr-se o proposto pelo testador como seu herdeiro, quer dizer, a tomar, depois da sua morte, o logar d'elle na corporação, enquanto o testamento dos patricios nada menos é do que uma lei curial, o plebeu, o qual não pode, senão de direito, pelo menos de facto, aspirar a uma forma tão elevada, alcança menos nobremente mas mais facilmente o mesmo resultado, por meio d'uma ficção, vendendo o seu patrimonio futuro pela solemnidade *per aes et libram*.» Com a opinião de Ortolan concorda a de muitos outros illustros romanistas.

Mas qual a amplitude da liberdade de testar antes da lei das Doze Taboas? A opinião menos provavel em vista do character absoluto do patrio poder n'este periodo do direito romano <sup>5</sup>, é a que suppõe necessaria a auctorisação dos filhos para o fazer o chefe da familia; todavia, a mancipação punha ao alcance do testador um meio que o dispensava de pedir esta auctorisação, se d'olla havia mister em consequencia do estado coevo da propriedade: podia, em vida, mancipar o seu patrimonio a um amigo que elle encarregava, simultaneamente, de executar as suas ultimas vontades.

Vigoraria esta formalidade, se porventura existiu, só para a classe plebea, ou tambem para a classe patricia, cumulando-se á da approvação do testamento em

<sup>1</sup> Inst., liv. 2, tit. 19, § 2; liv. 3, tit. 1, § 2.

<sup>2</sup> Ortolan, obra citada, vol. 2.º, n.º 807—*Infra*, n.º 8 e 9.

<sup>3</sup> No sentido affirmativo, veja-se a obra e tomo citados de Azcárate, pag. 406 e 409.

<sup>4</sup> Obra citada, vol. 1.º n.º 90; veja-se tambem n.º 127.

<sup>5</sup> F. Meckeldecy, *Manuel de droit romain*, §§ 557 e 558—Ortolan, obra e volume citados, n.º 91.—Vejam-se os n.ºs 5 e 9, *infra*.



lei curial? E' mais de erer que vigorasse unicamente para a classe plebea, pois, com respeito á classe patricia, a passagem dos bens para outras pessoas que não os herdeiros legitimos, podia pôr em perigo a conservação da *gens*; interessava portanto a esta collectividade que a livre faculdade do dispor estivesse independente da vontade dos herdeiros legitimos, e exclusivamente sujeita á decisão affirmativa ou negativa da curia, uma collectividade superior.

Seja qual fôr o valor d'estas affirmações, e ainda mesmo no caso menos provavel de ellas procederem, eram antes as mencionadas restricções á liberdade do testar formalidades necessarias á validade do testamento do que preceitos tendentes a estabelecer quota disponível ou legitimaria <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Azcárate (obra e tomo citados, pag. 106 e 109 a 114) de accordo com Sumner Maine, ataca a opinião, segundo a qual existiu em Roma, antes da lei das Doze Taboas e sob esta lei, absoluta liberdade de testar. Quanto á solução apresentada, relativamente á epocha em que ella dominou, parece-nos resumir-se a argumentação de Azcárate na affirmação de que, segundo a lei das Doze Taboas existia perfeitamente nítida a successão intestada, e que a opinião sustentada pelo notavel escriptor provem da confusão entre successão legitima, a qual pode existir simultaneamente com a mais ampla liberdade de testar (comparem-se os n.ºs iv e v da Taboa v da citada lei com o n.º iii da mesma Taboa—em Ortolan, obra e volume citados, pag. 108), e successão legitimaria, a qual nos não conseguiu demonstrar ter existido nos primeiros tempos posteriores á lei das Doze Taboas. Concordamos com Azcárate em que o povo romano se submette, como todos os povos, á lei historica apontada no n.º 4, *supra*, e em que é de erer terem as antigas nacionalidades italianas conhecido primeiramente a successão intestada; mas não attingimos á contradicção entre esse facto e a regra ampla e clara sobre liberdade de testar expressa na referida lei, pois as duas especies de successão—legitima e testamentaria—não se excluem, mas antes se combinam e completam.

5. — Com o apparecimento da lei das Doze Taboas, a *lex* por excellencia dos romanos, dominou no seu direito a doutrina da completa liberdade de testar: «*Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus est*» <sup>1</sup>. Tal é o conciso dizer d'este codigo romano, em que o elemento plebeu triumphou do elemento patricio <sup>2</sup>; tal é o poder que a lei collocava nas mãos do *paterfamilias*. E não era de estranhar que o pae podesse desherdar livremente seus filhos, sobre quem tinha o direito, ainda mais terrivel, de vida e morte <sup>3</sup>.

Qual a duração da epocha em que dominou a regra ampla da lei das Doze Taboas, impossivel dizel-o; o exacto é que a alteração dos costumes motivou a alteração das leis, e que o Jeto. Pomponio, o qual viveu no seculo 2.º da era christã, no tempo de Adriano, falla d'esta faculdade como de coisa pertencente á historia—*sed id interpretatione coangustatum est, vel legum, vel auctoritate jura constituentium* <sup>4</sup>.

Que a lei das Doze Taboas, adaptada á simplicidade dos costumes nas primeiras epochas da republica romana, se tornou cada vez mais impropria para regular o direito de testar, ao passo que a corrupção foi invadindo aquelle organismo social, attestam-n'o os esforços continuos dos prudentes para modificar o texto acima transcripto. Se as medidas por elles empregadas eram ou

---

<sup>1</sup> N.º iii da Taboa v, em Ortolan, obra e lugar citados.

<sup>2</sup> Ortolan, obra e volume citados, n.º 127—Azcárate (obra e tomo citados, pag. 39 e 60) nota uma transformação analogo no testamento atheniense.

<sup>3</sup> Diz Paulo: «*Nec obstat, quod licet eos exheredare, quod et vocellere libet*» (Dig. liv. 28, tit. 2, lei 14).

<sup>4</sup> Dig., liv. 50, tit. 16, lei 120—Bouto Gutierrez y Fernandez, *Códigos ó estudios fundamentales sobre el derecho civil español*, tomo 3.º pag. 321 e 322.

não as mais adequadas para debellar a enfermidade, não vem para aqui discutil-o; tomemos nota do remedio ideado pelos juriconsultos, pois n'elle se encontra a garantia fundamental do direito legitímario de certos herdeiros.

Não era permitido aos prudentes fazer leis novas, nem annullar as antigas; mas vendo que os paes abusavam do preceito das Doze Taboas, cuidaram de inventar um recurso para favorecer os filhos desherdados: fingiram *piadosamente* que não dava grande prova de estar em seu juizo aquelle que, sem causa alguma, atropellava os sentimentos e deveres naturaes. Com esta côr se introduziu, por costume, a *querella do testamento inofficioso* (*in officium*) <sup>1</sup>, em harmonia com outro logar das Doze Taboas que requeria no testador a qualidade *sanae mentis* <sup>2</sup>, querella pela qual os filhos podiam reclamar a herança de seus paes contra os herdeiros instituidos, fazendo annullar o testamento que os desherdava ou omittia injustamente <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Dig., liv. 5, tit. 2, lei 8, §§ 2 a 5.—Inst., liv. 2, tit. 18, pr.—Florencio García Goyena, *Concordancias, notas y comentarios del Código Civil Español*, tomo 2.º pag. 88 e 326.—Antonio R. de Líz Teixeira, *Curso de Direito Civil Portuguez* (edição 3.ª), parte 1.ª, tit. VI, § 3 (pag. 323), e parte 2.ª, divisão 1.ª, tit. V, § 40 (pag. 276) e § 52 (pag. 350)—Gutiérrez y Fernandez, obra e logar citados.—Ortolan, obra citada, vol. 2.º n.º 802.

<sup>2</sup> Refere-se a essa disposição Líz Teixeira no primeiro dos logares citados, mas não a encontrámos nos fragmentos que Ortolan apresenta da lei das Doze Taboas (obra e vol. citados, pag. 402 e seg.), embora se deduza indirectamente do n.º VII da Taboa V (pag. 409 do logar citado d'Ortolan).

<sup>3</sup> Dig., liv. 5, tit. 2, lei 8, § 16. Heinzeio, *Elementa juris civilis, secundum ordinem Pandectarum*, ao liv. 5.º (§ 33.)—Ortolan, obra citada, vol. 2.º n.º 802.—E. Lagrange, *Manuel de droit romain*, pag. 300 e 304.

6.—Introduzida pouco a pouco nos habitos do povo romano a querella do testamento inofficioso, offerece-nos o primeiro exemplo de estar fixada uma quota de successão paterna a favor dos filhos por ministerio da lei e independentemente da vontade do testador uma epistola de Plinio, o Moço <sup>1</sup>. Plinio havia sido instituido herdeiro por Pomponia Gratilla, e tendo-se queixado Assudio Curiano, filho da testadora, d'aquella disposição, Plinio responde-lhe que as suas queixas não teriam fundamento, se sua mãe lhe tivesse deixado um quarto da successão: «*Si mater te inquam ex parte quarta scripsisset haeredem, num queri posses? Quid si haeredem quidem instituisset ex asse, sed legatis ita exhausisset, ut non amplius apud te, quam quarta remaneret? Igitur sufficere tibi debet, si exhaeredatus a matre, quantam partem ab haereditibus ejus accipias, quam tamen ego augeo*»; o Curiano conveio em receber a parte da legitima correspondente á porção de bens deixada a Plinio, como se conclue da mesma carta.

Os termos usados por este escriptor provam que, no seu tempo tinham os filhos direito legitímario ao quarto da successão, ainda mesmo materna <sup>2</sup>; ora Plinio, o Moço, nasceu no anno 62 da era christã e falleceu provavelmente cerca do anno 120 da mesma era; é portanto de crer, dando tempo a que o costume se enraizasse na sociedade romana, que a sua introdução pelos prudentes, date, *pelo*

<sup>1</sup> Liv. 5, epist. 1.ª.—Cujaccio (*Paratitla in lib. 3 Cod., tit. 28*), levado pela inscripção da lei 4 do tit. 2, do liv. 5 do Dig., attribuiu a origem da querella do testamento inofficioso a uma certa lei Glicia, inteiramente desconhecida. Veja-se o volume 2.º da obra citada de Ortolan na nota (4) ao n.º 793, onde se diz que a inscripção da dita lei do Digesto foi provavelmente alterada.

<sup>2</sup> Líz Teixeira, obra citada, parte 2.ª, div. 4.ª, tit. V, § 40 (pag. 277).

menos, do século anterior á nossa era. Com isto se harmonisa a observação de Goyena <sup>1</sup> e de Gutierrez y Fernandez <sup>2</sup> de que a querella do testamento inofficioso se praticava no tempo de Cicero, como principio de direito consuetudinario, porquanto o celebre orador nasceu 106 annos antes de Christo.

7.—Como foi introduzida a noção da legitima na jurisprudencia romana, posterior á lei das Doze Taboas? como creação nova e original, sem parallelo n'outra instituição da mesma jurisprudencia, ou derivando d'outra instituição? A versão mais razoavel é a que a faz derivar da Falcidia <sup>3</sup>.

A Falcidia, ou a *quarta*, prohibia que os legados absorvessem mais de tres quartos da totalidade dos bens deixados pelo testador; o que queria dizer: houvesse um ou muitos herdeiros instituidos, era-lhes sempre reservado o quarto por disposição da lei <sup>4</sup>.

Quer a lei Falcidia contivesse uma disposição analogá, relativamente á successão intestada, quer (o isto é mais provavel) a jurisprudencia tivesse estendido a estes herdeiros a garantia que a referida lei concedera só aos instituidos, sob pena de annullação do testamento como inofficioso, é facto ter-se attribuido ao herdeiro *ab intestato* o direito inviolavel á quarta parte da quota

da herança que lhe teria pertencido se o testador fallecesse sem testamento <sup>5</sup>.

Provam ser esta a origem da legitima romana os documentos seguintes: um texto do Ulpiano <sup>6</sup>, uma constituição de Theodosio e de Valentiniano <sup>7</sup>, outra de Arcadio e Honorio <sup>8</sup>, duas de Justiniano <sup>9</sup> e a lei romana dos Burguinhões <sup>10</sup> em que se lhe dá o nome de Falcidia; prova-o igualmente uma Novella de Majoriano, na qual se lhe chama—a quantidade da lei Falcidia (*sola Falcidia quantitas*) <sup>11</sup>; prova-o por ultimo o testemunho de Savigny de ter sido applicada a palavra *Falcidia* para designar a legitima no direito romano entre os francos <sup>12</sup>. Parece-nos, por consequente, poder afirmar-se que a quota legitimaria, garantida pela querella do testamento inofficioso, a qual os textos denominam *debitum naturale* <sup>13</sup>, *portio legitima* <sup>14</sup>, *pars legitima* <sup>15</sup>, o que nas mãos dos commentadores se transformou na simples expressão — legitima, deriva, senão directamente da lei Falcidia, ao menos por extensão da instituição da *quarta* estabelecida n'essa lei.

<sup>1</sup> Ortolan desenvolve lucidamente este ponto no citado n.º 794 do volume 2.º da obra citada.

<sup>2</sup> Dig., *cod. tit.*, lei 8 § 9.

<sup>3</sup> Cod. Theod., liv. 16, tit. 8, lei 28.

<sup>4</sup> Cod., liv. 9, tit. 8, lei 5, §§ 3 e 5.

<sup>5</sup> Cod., liv. 3, tit. 28, leis 6 e 31. Veja-se tambem a Novella 92.

<sup>6</sup> Citada por Ortolan na nota (4) ao n.º citado.

<sup>7</sup> D. Majoriani A. legum novellarum liber, tit. 8.

<sup>8</sup> Histoire du droit romain au moyen-âge, tomo 2.º, cap. 9, § 41 no fim.

<sup>9</sup> Cod., liv. 3, tit. 28, lei 36, § 2.

<sup>10</sup> Cod. Theod., livro 2, tit. 19, lei 2.º—Cod., *cod. tit.*, leis 28, 30 e 31.—Nov. 18, cap. 2; 39, cap. 1.º.

<sup>11</sup> Inst., liv. 2, tit. 18, § 3—Cod., *cod. tit.*, lei 36, pr.—Nov. 39, cap. 1; 123, cap. 38.

<sup>1</sup> Obra e tomo citados, pag. 327.

<sup>2</sup> Obra e tomo citados, pag. 322.

<sup>3</sup> Liz Teixeira, obra citada, parte 1.ª, tit. VI, § 3 (pag. 322)—Heineccio, lugar citado, § 48—Mackeldy, obra citada, § 656 e nota [2]—Goyena obra e tomo citados, pag. 334—Ortolan, obra citada, vol. 2.º, n.º 794—Gutierrez y Fernandez, obra e tomo citados, pag. 322.

<sup>4</sup> Inst., liv. 2, tit. 22, pr.

8.—Faltava ainda a declaração expressa na lei do direito inviolável que os filhos tinham a uma quota parte da herança paterna. Apresenta-nos o Digesto textos claríssimos e, assigualmente, fixam a quota legitima-ria, a dividir pelos filhos deixados pelo testador, na quarta parte da herança, os §§ 6 e 8 da lei 8 do tit. 2 do liv. 5 d'esta compilação <sup>1</sup>.

Diz o § 6: «*Si quis mortis causa filio donaverit quartam partem ejus, quod ad eum esset perventurum, si intestatus paterfamil. decessisset, puto secure eum tes-*

<sup>1</sup> Manuel de Almeida e Sousa no § 2 da *Dissertação 5.ª* em appenso ás *Ações Summarias*, adverte que Justiniano foi o primeiro a declarar especificadamente, na lei 31, Cod., de *inoff. testam.* (liv. 3, tit. 28) e no fim das Inst., *cod. tit.* (liv. 2, tit. 18), que a legitima dos filhos, ou fossem muitos ou poucos, era a quarta parte da herança paterna ao tempo da sua morte, pois antes não havia lei positiva que assim o declarasse, como adverte Vinnio ao § 3 Inst., *cod. tit.*, n.º 2. A citação do Código foi feita, evidentemente, por mero equívoco, em vez da citação correspondente do Digesto. É exacto que a citada lei do Código, assim como muitas outras das suas leis (por exemplo as leis 6 e 29 do mesmo título, a lei 1.ª do tit. 29 do mesmo livro e a lei 20 do tit. 20 do livro 6, se referem a quarta, a qual desapareceu com a reforma de Justiniano; mas também é exacto que os textos citados do Digesto são anteriores aquelle, devendo ser os apontados para o fim alludido, porquanto preferem na ordem chronologica a lei do Código que acabámos de transcrever em parte.

Quanto a affirmar-se que os referidos textos do Digesto (entendendo favoravelmente as expressões de Almeida e Sousa) foram os primeiros a reconhecer expressamente os direitos legitimarios dos filhos, parece-nos isso demasiado arrojado, attento o conhecimento imperfeito que possuímos da legislação e compilações romanas, mormente antes de Justiniano. O proprio Vinnio, no lugar citado por Almeida e Sousa, contradiz sensatamente a affirmação d'este juriconsulto: «*Quo primum tempore aut qua lege modus hujus portionis (referindo-se á legitima segundo o direito antejustiniano sic definitus sit, non liquet.*

tari.» Diz o § 8: «*Quoniam autem quarta debita portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum erit, an exheredatus partem faciat, qui non queritur: ut puta, sumus duo filii exheredati? et utique faciet, ut Papinianus respondit, et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere. Proinde si sint ex duobus filiis nepotes; ex uno plures, tres puta, ex uno unus: unicum, sescuncia; unum ex illis, semuncia quere-la excludit*» <sup>1</sup>.

Não foi esta sempre a medida da legitima romana, Justiniano tentou graduar a legitima dos filhos segundo o numero d'estos, e, com tão pouco acerto se houve no commettimento que lhes attribuiu maior quota no caso de existirem cinco do que no caso de existirem quatro: segundo o disposto por este imperador no cap. 1 da Novella 18, a quota legitima dos filhos era igual a um terço do que receberiam *ab intestato*, se o numero d'elles não excedesse a quatro; e a metade da mesma porção, no caso contrario.

Diz a citada Novella <sup>2</sup>: «*Haec nos moverunt corrigere legem, et non eam despicere semper erubescens: talique modo determinare causam, ut si quidem unius est filii pater aut mater: aut duorum, vel trium, vel quatuor: non triuncium eis relinqui solum, sed etiam tertiam propriae substantiae partem: hoc est, uncias quatuor: et hanc esse definitam mensuram usque ad predictum numerum. Si vero ultra quatuor habuerint filios, mediam eis totius substantiae relinqui partem, ut secuncium sit omnino quod debetur, singulis ex aequo quadriuncium vel secuncium dividendo.*» .....

<sup>1</sup> Inst., *cod. tit.*, §§ 3 e fin.—Cod., *cod. tit.*, lei 6 e 31.

<sup>2</sup> Veja-se também a Nov. 22, cap. 48, e a Nov. 39, cap. 1.º

9.—O direito romano reconheceu o principio da legitima unicamente a favor dos filhos e seus descendentes <sup>1</sup>. As ultimas palavras do citado capitulo da Nov. 18, e que parecem abranger o todo, são as seguintes—*hoc observando in omnibus personis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioso lege decreta est.* » Quaes eram as pessoas a cujo favor se havia decretado a querella do testamento inofficioso, na hypothese de serem herdeiros *ab intestato* do fallecido?

Em primeiro logar, os paes do testador <sup>2</sup>.

Escusado será fallar d'esta legitima pelo direito das Doze Taboas; mais do que esse remedio valia o patrio poder, o qual dava ao pae verdadeira omnipotencia sobre a pessoa e bens dos filhos <sup>3</sup>.

Introduzido o peculio castrense, alcançaram os filhos o direito de dispor a favor de extranhos dos bens que o compunham, sem pertencer ao pae acção para annular o testamento do filho, como consequencia do patrio poder <sup>4</sup>; e, quanto aos bens que compunham o peculio quasi-castrense, embora, até Justiniano, o filho só de elles podesse dispor por testamento em casos oxepcionaes, é preciso notar que este imperador permittiu a sua livre disposição, assimilando d'esta maneira os dois peculios—castrense e quasi-castrense <sup>5</sup>.

Ainda em vista do cap. 4 da Nov. 115 <sup>6</sup> se podia contestar que o direito de disposição dos bens castrense

<sup>1</sup> Dig., *cod. tit.*, lei 8, § 3—Cod., *cod. tit.*, lei 7 e tit. 29, lei 5—Nov. 118, cap. 1.<sup>o</sup>

<sup>2</sup> Dig., *cod. tit.*, leis 1, 14, 15 e 30—Inst., *cod. tit.*, § 1 e final.

<sup>3</sup> Gutierrez y Fernandez, obra e tomo citados, pag. 326.

<sup>4</sup> Alberto Carcassone, *De la condition juridique des filifamilias en droit romain*, pag. 56, 57 e 59.

<sup>5</sup> Cod., liv. 12, tit. 36, lei ult.—Obra citada, pag. 62 e 63.

<sup>6</sup> *Quae sint justae causae parentum exheredationis.*

o quasi-castrense, tivesse tão grande amplitude; mas a fixação da legitima paterna pelas citadas leis do Digesto e das Institutas na quarta parte dos bens do testador, legitima que os auctores consideram como havendo sido comprehendida na reforma justinianca <sup>1</sup> (e tal affirmação parece-nos sensata á face das ultimas palavras do cap. 1.<sup>o</sup> da Nov. 18, acima referidas), varreu qualquer duvida que sobre este ponto se podesse levantar. Vigorava, para o caso, a regra—*quem admodum a patribus liberis, ita a liberis patribus deberi legitimum.*

Pertencia igualmente a querella do testamento inofficioso aos irmãos e irmãs do testador, sendo estes os unicos parentes da linha collateral a quem a lei a concedia <sup>2</sup>. Esta especie de legitima, fixada como as anteriores na quarta parte dos bens do testador <sup>3</sup>, passou por diversas phases <sup>4</sup>.

O antigo direito romano não distinguia, para tal effeito, os irmãos uterinos dos germanos e consanguíneos <sup>5</sup>.

Constantino nogou a principio a dita querella aos uterinos, e aos germanos e consanguíneos que tivessem perdido o direito de agnação, admittindo-a em favor dos

<sup>1</sup> Goyena, obra e tomo citados, pag. 338—Gutierrez y Fernandez, obra e tomo citados, pag. 326.

<sup>2</sup> Dig., *cod. tit.*, leis 1 e 24—Inst., *cod. tit.*, § 1 e final—Cod., liv. 3, tit. 28, leis 21 e 27—A. Vinicio, *In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius*, ao primeiro logar citado das Institutas—Heineccio, obra e logar citados, § 54—Mackelday, obra citada, § 655.

<sup>3</sup> Vejam-se os textos citados na nota anterior.

<sup>4</sup> Veja-se sobre este ponto a exposição feita por Liz Teixeira na obra citada, parte 2.<sup>a</sup>, div. 1.<sup>a</sup>, tit. V, § 42 (pag. 284 a 286).

<sup>5</sup> Combinação das leis 1, 24, e 31 (§ 1) do citado titulo do Digesto e da lei 21 do citado titulo doCodigo.

outros irmãos, quando o defuncto tivesse instituido pessoa torpe ou notada com mancha leve <sup>1</sup>. Mais tarde o mesmo imperador admittiu-a em favor de todos os irmãos, menos dos uterinos, se os herdeiros instituidos eram infames ou torpes, ou notados com mancha leve, ou libertos não merecedores dos grandes beneficios que receberam do patrono, com excepção do caso em que o herdeiro instituido fosse escravo e portanto herdeiro necessario <sup>2</sup>. Quanto aos uterinos, parece tambem ter-lhes pertencido o mesmo direito, depois de publicada a Nov. 118 do Justiniano, *de agnorum jure sublato*. Tambem nos parece que esta especie de legitima foi comprehendida na reforma do Justiniano, pelas palavras finais do cap. 1.º da Nov. 18.

10.—Garantidos os direitos legitimarios de certos herdeiros por meio da fixação legal da quota respectiva, restava, contudo, ao auctor da herança uma maneira facil de illudir os preceitos legislativos, porque a querella do testamento inofficioso só impedia que as disposições testamentarias absorvessem a quota legitima por lei estatuida; o auctor da herança podia facilmente illudir a lei, dispondo em vida, por doação, de parte ou da totalidade dos seus bens. Contra isto foram redigidos os titulos 29 e 30 do liv. 3 do Codigo—*das doações e dotes inofficiosos*, os quaes admittiram, á semelhança da querella do testamento inofficioso, as *querellas da doação e dote inofficioso* <sup>3</sup>, cujos effeitos eram exactamente os

<sup>1</sup> Cod. Theod., liv. 2, tit. 49, leis 1 a 3.

<sup>2</sup> Cod., *cod. tit.*, lei 27.

<sup>3</sup> A lei 4 do citado titulo do Codigo Theodosiano já se referia á querella *super donationibus*, contrapondo-a á querella *super testamento*, e os titulos 20 e 21 do citado livro do mesmo codigo inscrevem-se—*De inofficiosis donationibus e de inofficiosis dotibus*. Dos citados titulos dos Codigos Theodosiano e Justiniano se conclue que a legislação romana havia já anteriormente curado d'este assumpto.

mesmos da primeira, o que se conclue da lei 9 do primeiro dos titulos, e do segundo que acabámos de citar.

Como vimos na introdução da querella do testamento inofficioso, a annullação do testamento por esta causa era total <sup>4</sup>. Segundo a Nov. 115 de Justiniano <sup>5</sup>, a inofficiosidade do testamento só produzia a nullidade da instituição de herdeiro, ficando validos os legados, fideicommissos e libertações <sup>6</sup>.

11.—Antes de passar adeante, tocaremos em um ponto que prende immediatamente com a doutrina expendida.

Deixando de parte o periodo de lucta, em que foi progressivamente reconhecida á Igreja Catholica a capacidade de adquirir bens, reportemo-nos á epocha immediatamente posterior ao edicto de Licinio e Constantino (anno de 313), com o qual desapareceram os ultimos vestigios da incapacidade de aquisição pela Igreja.

D'aqui data a formação, a seu favor, de direito privilegiado, na parte relativa á propriedade; d'elle separemos a prerogativa concedida por Constantino no anno de 321, pela relação estreita que tem com a materia d'este estudo <sup>7</sup>. Constantino, n'uma constituição

<sup>4</sup> *Supra*, n.º 5.

<sup>5</sup> Cap. 3 e 4, *in fine*.

<sup>6</sup> Heinccio, obra e logar citados, § 53—Ortolan, obra citada, volume 2.º n.º 802—Lagrange, obra citada, pag. 304.

<sup>7</sup> Sobre este ponto, veja-se: Pr. Francisco Brandão, *Monarchia Lusitana*, parte 5.ª, liv. 17, cap. 7, pag. 488 e verso—Paschoal de Mello Freire, *Historia juris civilis lusitani*, § 55, nota—Francisco Manuel Trigo d'Aragão Morato, *Memoria em que se pretende mostrar, que até ao tempo d'El-Rei D. Diniz não existio Lei alguma em Portugal, que prohibisse geralmente ás Igrejas e Mosteiros a aquisição de bens de raiz*, parte 1.ª, no tomo 7.º da *Historia e Memorias da Academia*—Azcarate, obra e tomo citados, pag. 267 e seg.

d'este anno <sup>1</sup>, concedeu á Egreja a testamentificação passiva, por forma tão illimitada que todos lhe podiam deixar livremente quanto quizessem, *porque a nada tem os homens direito como a ser respeitada a sua ultima vontade*, diz a citada constituição <sup>2</sup>.

Mostraram-se bem depressa as consequencias funestas d'este privilegio, do qual um dos effeitos devia ser a destruição dos direitos legitimarios, até então garantidos pelos costumes em vigor. Era o consentimento da instituição ampla, illimitada, da alma por herdeira, que Sebastião José de Carvalho e Mello havia de prohibir 14 seculos mais tarde, seguindo as pisadas dos legisladores precedentes <sup>3</sup>. Assim foi que subsistiu a querella do testamento inofficioso, não obstante a constituição de Constantino, sendo depois reformada e completada por Justiniano <sup>4</sup>. Mas este imperador não se limitou a reconhecer tacitamente, pela attenção especial que dedicou á materia da legitima, a inviolabilidade dos direitos legitimarios de certos herdeiros, sancionando d'esta maneira as deixas a favor da Egreja, comtanto que não offendessem os referidos direitos, caso elles existissem; Justiniano reconhece-os e salva-os expressamente no cap. 38 da Nov. 123, na hypothese de o varão ou mulher,

<sup>1</sup> Cod., liv. 4.º, tit. 2, lei 1.

<sup>2</sup> S. Agostinho (Sermão—*Propter quod volui—De diversis*, n.º 49 *ordine antiqua*, seu 355 *ordine nova*, no tomo 8.º das suas obras—edição parisiense de 1683) pronunciou-se contra esta doutrina por uma forma energica e elegante: «Quem quizer nomear herdeira a Egreja, desherdando um filho seu, busque outro que o aceite, pois não o conseguirá de Agostinho, nem de ninguém que obre como Deus manda»—S. Jeronymo falla no mesmo sentido (Epist. 52.ª, n.º 6, no tomo 1.º das suas obras—edição veneziana de 1766).

<sup>3</sup> *Infra*, n.º 23 e 28.

<sup>4</sup> *Supra*, n.º 8 a 10.

que tem filhos, entrar na vida monastica. Este texto demonstra bem claramente, a nosso vêr, que a amplitude das deixas a favor da Egreja nunca foi tão grande que chegasse a destruir a instituição da legitima.

12.—As necessidades da exposição obrigaram-nos a investigar a origem, destino e medida da legitima romana, antes de nos informarmos das regras seguidas por este direito no seu calculo <sup>1</sup>. Diremos agora d'essas regras.

A primeira consistia em que o calculo era referido á epocha do fallecimento do testador—*mortis tempus inspiciatur* <sup>2</sup>, *quia nulli viventis successio, nulla haere-ditas est* <sup>3</sup>.

A segunda consistia em que o calculo era referido ao estado da fortuna do defuncto na epocha indicada <sup>4</sup>.

A terceira consistia em que da massa dos bens que constituia o espolio, se deduziam as despezas funerarias, as dividas e o valor dos escravos libertados por testamento <sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Mais adeante verificaremos que a applicação da medida da quota indisponivel ou disponivel constitue, em regra, a ultima operação do seu calculo (*infra*, n.º 102), e que o calculo d'uma d'essas quotas traz consigo, indispensavelmente, o calculo da outra (*infra*, n.º 103).

<sup>2</sup> Dig., liv. 18, tit. 4, lei 1; liv. 28, tit. 1, lei 1; liv. 29, tit. 3, lei 2, § 4, e liv. 43, tit. 5, lei 1. § 40—Cod., liv. 3, tit. 28, lei 6; tit. 29, lei 9; tit. 30, e liv. 4, tit. 11—Mackeldey, obra citada, § 57, n.º 1.

<sup>3</sup> Passagem transcripta por Goyena, na obra citada, tomo 2.º, ao art. 618.

<sup>4</sup> Cod., liv. 3, tit. 28, lei 6—Mackeldey, obra e lugar citados—Goyena, obra e lugar citados—Ortolan, obra e volume citados, n.º 798.

<sup>5</sup> Paulo, *Sentenças*, liv. 4, tit. 5, § 6—Dig., liv. 5, tit. 2, lei 8, § 9; liv. 11, tit. 7, lei 45; liv. 35, tit. 2, lei 36, § 2, e liv. 50, tit. 16, lei 39, § 1—Inst., liv. 2, tit. 23, § 3.

- 1.º) *res alienum* — deduzia-se como bens que são d'outrem e não do auctor da herança;
- 2.º) *funeris impensa* — deduziam-se, pois constituem uma divida de gratidão e consideração, contrahida para com o bemfeitor *communis*.
- 3.º) *pretia servorum manumissorum* — no momento da morte, os escravos achavam-se ainda comprehendidos nos bens do testador; estas libertações eram verdadeiras liberalidades praticadas pelo fallecido, mas tornava-se necessario deduzir o referido valor da massa dos bens por elle deixados, pois a natureza d'estas liberalidades não admittia a possibilidade da redução <sup>1</sup>.

De resto, tudo o que era objecto de legados, doações *causa mortis* e outras liberalidades testamentarias, ainda a favor dos herdeiros a quem os costumes e a lei destinaram a *portio legitima*, tudo se comprehendia na massa, visto existir no espolio do testador, por occasião do seu fallecimento <sup>2</sup>.

Construiu o direito romano regras de calculo da legitima que vigoram na actualidade, como havemos de

<sup>1</sup> Mackelley, obra e lugar citados, n.º 2.—Goyena, obra e lugar citados—Ortolan, obra e volume citados, n.º 798 e nota 3, e n.º 946—Lagrange, obra citada, pag. 344 e 345.—É bem de ver que, se a natureza das libertações não admittia a redução por inofficiosidade, admittia a revogação total; mas parece que o direito romano, mandando deduzir da somma total dos bens deixados pelo fallecido o valor dos escravos libertados por testamento, tinha em vista prevenir, por meio d'uma regra geral a favor d'estes, as duvidas que as diversas hypothese podiam levantar na pratica.

<sup>2</sup> Arg. do § 6 do tit. 18 e do § 3 do tit. 22 do liv. 2 das Institutas, e do cap. 1 da Nov. 18.—Ortolan, obra e volume citados, n.ºs 798 e 800.

verificar. Este facto demonstra a justeza d'esses preceitos, que, seguidos n'uma epocha relativamente atrasada da historia juridica, se sustentaram nos codigos e na jurisprudencia até aos tempos presentes <sup>1</sup>.

Continuemos na investigação historica.

13.—*Quid juris* relativamente á conferencia dos bens doados em vida? Ortolan <sup>2</sup> distingue duas hypothese, conforme o donatario era ou não herdeiro de sangue: na primeira hypothese, o donatario só excepcionalmente estava obrigado a fazel-os entrar na massa e a imputal-os na sua legitima — em certos casos que o § 6 do tit. 18 do liv. 2 das Institutas indica summariamente; na segunda hypothese, vigorava a mesma regra geral em contrario, e o donatario só os conforia no caso de as doações serem inofficiosas. Dá Ortolan como fundamento da regra geral o facto de não se acharem as doações em vida no patrimonio do testador, por occasião do seu fallecimento.

Pondo de parte esta razão, que nada mais é do que o fundamento da duvida discutida—pois a presente averiguação é exactamente produzida pelo facto com que Ortolan a pretende esclarecer—analysaremos a opinião do illustre romanista.

Diz o citado § 6 das Institutas: *Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit, sive jure hereditario sive jure legati vel fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit; vel inter vivos, in iis tantummodo casibus quorum mentionem facit nostra constitutio, vel aliis modis qui constitutionibus continentur. Quod autem, etc.*

<sup>1</sup> É evidente que não nos referimos a deducção do valor dos escravos libertados.

<sup>2</sup> Obra e volume citados, n.ºs 799 e 801.



Os casos notados por Ortolan no logar citado são os seguintes:

*In iis tantummodo casibus quorum mentionem facit nostra constitutio:*

- 1.º) quando a doação em vida foi feita com a condição expressa de ser imputada na legitima, porque a acceitação d'esta condição obriga o herdeiro á dita imputação e a não reclamar senão o complemento da sua quota legitimaria <sup>1</sup>;
- 2.º) quando a doação em vida teve por fim a compra d'um posto militar <sup>2</sup>;

*Vel aliis modis qui constitutionibus continentur:* quando a doação revestiu o character de dote ou doação *ante nuptias* <sup>3</sup>.

14.—Adeante havemos de ver como uma das causas que mais obscurece a materia do calculo da legitima e da quota disponivel, é a confusão entre as noções de collação e a da conferencia ficticia dos bens doados em vida pelo auctor da herança para o effeito d'esse calculo <sup>4</sup>.

Na affirmação de Ortolan, que se baseia fundamentalmente nas palavras transcriptas das Institutas, existe a mesma confusão de principios <sup>5</sup>, embora pareça que

a imputação das doações em vida na legitima era a causa determinante da vinda d'essas doações ao cumulo da herança para o effeito do calculo da legitima, (porquanto, se a imputação se realisa, devia a quota, na qual se imputava a doação, ser calculada sobre esta <sup>1</sup>); a imputação na legitima das doações em vida nada tinha com a vinda d'estas doações ao cumulo, em ordem a conhecer-se da sua inofficiosidade <sup>2</sup>.

Uma doação, não obrigada á collação, podia ser inofficiosa, e uma doação, obrigada á collação, podia não o ser; na primeira hypothese, a doação seria conferida para o effeito do calculo da legitima, como mais abaixo explicaremos, embora não fosse imputavel n'esta quota; na segunda hypothese, a doação, imputavel na legitima, entraria na massa para o effeito do referido calculo, não pelo facto da imputação, mas porque assim o exigia a natureza da *querella da doação* ou *dote inofficioso*. Antes de passarmos a justificar as affirmações contidas no periodo anterior, que respeitam á regra fornecida por Ortolan para a hypothese de a doação em vida ter sido feita a pessoa que não fosse herdeiro de sangue, deter-nos-hemos ainda sobre os motivos que nos forcem a não acceitar a doutrina de Ortolan, relativamente á conferencia das doações em vida na hypothese contraria.

Parece-nos que o logar transcripto das Institutas, o qual concorda com os outros logares citados no n.º anterior do Digesto e do Codigo, não teve em vista deter-

<sup>1</sup> Dig., liv. 3, tit. 2, lei 25, pr.—Cod., liv. 3, tit. 28, lei 35, § 2.

<sup>2</sup> Cod., *ead. tit.*, lei 30, § 2; liv. 6, tit. 20, lei 20, pr.

<sup>3</sup> Cod., *ead. tit.*, lei 29; liv. 6, tit. 20, lei 20, § 1.º O que fica dito no texto era applicavel, pela ultima d'estas leis, ás simples doações feitas pelos paes aos filhos.

<sup>4</sup> *Infra*, n.º 80 e seg.

<sup>5</sup> A materia das collações acha-se tratada nos tit. 6 e 7 do liv. 37 do Dig., e no tit. 20 do liv. 6 do Codigo.

<sup>1</sup> *Infra*, n.º 72.

<sup>2</sup> *Infra*, n.º 80 e seg. O que ali dizemos relativamente ao Codigo Civil Portuguez, de forma a distinguir as duas operações, tem applicação ao direito romano, como se verificará, confrontando-o com a doutrina dos titulos citados na nota 5 da pag. 40 e n.º anterior.

minar os casos em que os bens doados em vida ao herdeiro de sangue entram ou não entram na massa, para o calculo da legitima, mas indicar simplesmente os casos em que não procede a acção do testamento inofficioso; ora, entre estes casos, deviam estar comprehendidos aquelles em que a clausula da collação obrigava esse herdeiro a preencher a sua legitima com a doação que lhe fôra feita em vida pelo testador, sempre que o valor da dita doação não fosse inferior ao da quota legitimaria do donatario.

N'estas hypothèses, satisfeitos os direitos legitimarios do referido herdeiro, não tinha cabimento a acção do testamento inofficioso, a qual suppunha, como condição de existencia, o caso contrario.

Tal interpretação, que deriva da letra e do espirito do § 6, acima citado, das Institutas, e que se harmonisa perfeitamente com os textos citados no n.º anterior e n'este n.º do Digesto e do Codice, tira a força legal á opinião de Ortolan que estamos combatendo, e evidencia a confusão entre as duas operações—da collação e da conferencia ficticia das doações em vida para o effeito do calculo da legitima.

15.—Figuremos agora a hypothese em que o donatario não é herdeiro de sangue, e avaliemos o parecer de Ortolan, n'esta parte.

Advertiremos, antes de tudo, que este parecer supõe a existencia previa da *querella de doação e dote inofficioso*<sup>1</sup>, pois antes d'ella nenhum remedio possuia o herdeiro legituario contra as liberalidades feitas em vida pelo auctor da herança.

Notaremos ainda que, da forma empregada por Ortolan na exposição d'esto ponto, se conclue a affirmação

restricção indicada no § 13—que a inofficiosidade das doações em vida só determinava a sua vinda ao cumulo para o effeito do calculo da legitima, quando o donatario não fosse herdeiro de sangue. Tal restricção não se pode concluir dos titulos em que o Codice trata das referidas querellas<sup>2</sup>; pelo contrario, em vista da maneira como elles se exprimem, deveriamos regeitar a restricção que deriva da exposição feita por Ortolan<sup>3</sup>, se acceitassemos o principio por elle defendido. E o proprio Ortolan, dando como razão d'esto—que o facto da inofficiosidade tenderia a illudir a querella do testamento inofficioso—estriba esse principio n'um motivo que cabe egualmento para todos os donatarios em vida.

Dever-se-ha admittir a regra formada por Ortolan, sem a referida restricção? Adiante verificaremos detidamente os erros e absurdos que esta regra encerra, e quanto se torna indispensavel a vinda dos bens doados em vida ao cumulo, em todos os casos, admittida que seja a redução e revogação das doações inofficiosas feitas em vida pelo testador<sup>3</sup>.

Por agora, para que este ponto de direito romano

<sup>1</sup> Cod., liv. 3, tit. 29 e 30. Veja-se tambem o cap. 1.º da Nov. 92—Ortolan cita na nota 4 ao n.º 799, como textos que estatuiam sobre a querella das doações inofficiosas, os §§ 270, 271 e 280 a 282 dos *Vatic. Jur. Fragm.*; mas não pudemos consultal-os, pois foi-nos impossivel alcançar a referida collecção.

<sup>2</sup> O citado tit. 29, nas leis 1, 2, 5 e 8, refere-se expressamente ás doações feitas a filhos; é esta, até, a hypothese prevenida com mais enuidado n'este titulo. Quanto aos dotes, é indubitavel que a expressão geral do citado tit. 30 comprehendia os destinados aos filhos ou netos.

<sup>3</sup> *Infra*, n.º 61 e seg.—É util conhecer desde já esta difficil e importante duvida, para bem podermos apreciar mais tarde a opinião d'aquelles que, á face do actual Codice Civil, defendem a mesma opinião de Ortolan.

não fique duvidoso, limitar-nos-hemos a dizer que, dependendo o conhecimento da inofficiosidade d'estas doações da comparação entre o seu valor e o da massa, á qual se havia de applicar a medida da legitima romana, ou esta comprehendia esse valor em todos os casos, ou a inofficiosidade das doações em vida seria determinada unicamente á face dos bens liquidos existentes no espolio do testador, d'onde resultaria muitas vezes tomar-se por inofficiosa uma doação que, conferida á massa, se verifica não o ser exactamente pelo facto da sua conferencia; o que demonstra claramente o absurdo da opinião de Ortolan <sup>1</sup>.

Embora não conheçamos texto onde se leia a regra que defendemos—a conferencia ficticia das doações em vida verificava-se em todos os casos—<sup>2</sup>, deriva tão immediatamente este principio da existencia das *querellas da doação e dote inofficioso* que não duvidamos indicalo

<sup>1</sup> Seja, por exemplo, o valor dos bens liquidos deixados pelo testador igual a 8, o da doação em vida igual a 4, e seja a medida da legitima a da terça parte. Pela regra de Ortolan, que ainda hoje tem partidarios entre nós, verificava-se primeiro que a doação em vida era inofficiosa, pois 4 é mais do que a terça parte de 8. Vinha portanto a doação ao cumulo; mas, composto este, reconhecia-se que a doação não era inofficiosa, porque 4 é exactamente o terço de 12. Parece-nos evidente que a operação da vinda das doações em vida ao cumulo da herança precede na ordem logica a verificação da inofficiosidade ou não inofficiosidade d'estas doações, e que o principio opposto, cujo vigor e duração difficilmente se explica, é erroneo e absurdo. Para maior desenvolvimento, veja-se o n.º 76, *infra*.

<sup>2</sup> A conferencia a que se referem os logares citados nos n.ºs 13 e 44, *supra*, do Digesto e do Código, e o capitulo 4.º da Nov. 92 tem por fim, evidentemente, a operação da collação—Veja-se a nota 2 da pag. 41.

como devendo ter regido a jurisprudencia romana no calculo da legitima <sup>1</sup>.

16.—Eis-nos na epocha da invasão dos barbaros, essa transfusão do sangue novo nas arterias do velho organismo greco-romano, e factor do progredimento da civilisação occidental.

E' curioso verificar a falta do testamento entre os germanos primitivos, verificação que comprova a lei historica enunciada no n.º 1, *supra*. Esta falta, accusada por Tacito <sup>2</sup>, é apontada, sem discussão, pelos modernos escriptores <sup>3</sup>. Goyena, referindo-se a este facto <sup>4</sup>, presumo que, quando os germanos se assebhorearam do imperio romano do occidente e despojaram os vencidos, como aconteceu em Hespanha, de duas terças partes da propriedade, adoptaram dos mesmos o meio de a transmittir por testamento, mas reservando-se a absoluta liberdade de transmissão.

Qual o valor da ultima parte da affirmação de Goyena? A admissão do testamento verificou-se sem opposição? A admissão foi completa em todos os povos germanicos? <sup>5</sup>

A reluctancia que os germanos oppozeram á adopção do testamento é nitidamente caracterizada por Az-

<sup>1</sup> *Infra*, n.ºs 68, 69 e 71.

<sup>2</sup> *De moribus Germ.*, 20: «*Haeredes successoresque sui cuique liberi: et nullum testamentum.*»

<sup>3</sup> Goyena, obra e tomo citados, pag. 327—Gutiérrez y Fernandez, obra e tomo citados, pag. 335 e 336—Laveleye, obra citada, pag. 68, 98 e 171—Azcarate, obra e tomo citados, pag. 158, 159 e 214.

<sup>4</sup> *Idem* citado.

<sup>5</sup> Note-se que do periodo seguinte parece concluir-se que Goyena tinha em vista referir-se, n'esta affirmação, aos godos, povo germanico.

cárate na obra já por varias vezes citada. Adverte este escriptor que a instituição do testamento foi penetrando lentamente entre estes povos, e não sem ser precedida pelos pactos successorios, tão avessos ao espirito do direito romano; nota ainda que a introdução se operou com mais ou menos difficuldades, segundo as tribus, pois não estiveram todas ellas igualmente dispostas a recebel-o, a exemplo do direito romano, nem a escutar os conselhos da Igreja Catholica, tendentes a estender e propagar esse meio de transmissão de bens, que lhes era inteiramente desconhecido e até contrario ao estado em que a propriedade se achava n'estes povos <sup>1</sup>.

É a segunda vez que encontramos a intervenção religiosa na materia das successões; da primeira vez, esta influencia pôz em perigo o principio da successão legitimaria; d'esta vez, é ainda consequencia d'ella o estabelecimento da successão legitimaria, levado a tal extremo entre os wisigodos que a affirmação de Goyena alcança plena confirmação, relativamente a este povo, mesmo na sua parte final.

Duas foram as causas que conduziram a Igreja a promover a adopção do testamento pelos barbaros. Promoveu-a para tornar effectivos os legados a seu favor; assim, excommungava quem deixasse de entregar as cousas que lhe haviam sido doadas ou deixadas, como fizeram o 4.º concilio de Orleães, do anno de 541 <sup>2</sup>, e o concilio de Reims, do anno de 625 <sup>3</sup>. Promoveu-a tambem porque os clérigos, seguindo o direito romano, faziam com muita frequencia testamento, em harmonia com elle <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Tomo citado, pag. 214, 215 e 217.

<sup>2</sup> Canon 49.º—Veja-se a compilação de Philippe Labbé e Gabriel Cossart, tomo 5.º, pag. 1367.

<sup>3</sup> Canon 10.º—Compilação citada, tomo 6.º, pag. 1434.

<sup>4</sup> Sobre este ponto, veja-se a obra e tomo citados de Azéarate, pag. 297 e 298.

Abram-se as leis barbaras <sup>1</sup>, e ver-se-ha a difficuldade com que ia penetrando n'estes povos a instituição do testamento: algumas nem d'elle fallam <sup>2</sup>, outras permitem a disposição de bens por meio de tradição real ou de *affatomia* <sup>3</sup>, sendo para notar que em algumas d'essas leis apparecem textos cujo fim especial é auctorisar doações a favor da Igreja <sup>4</sup>.

Azcárate cita uma constituição de Clothario 2.<sup>o</sup>, do anno de 595, onde se diz que, se alguém fallecer intestado, seus herdeiros lhe succederão conforme a lei; o que demonstra ter-se já admittido, ao lado da *affatomia*, o testamento <sup>5</sup>. Cita ainda Azcárate, como o povo ger-

<sup>1</sup> Veja-se o *Codex legum antiquarum*—edição de Francfort do anno de 1613.

<sup>2</sup> Nada se encontra na *Lex salica*, na *Lex alamanorum*, na *Lex saxonum*, na *Lex anglorum et werinorum*, na *Lex frisionum*, e nas *Constitutiones sicutae sive neapolitanae*. Referem-se á instituição do testamento o *Edictum Theodorici Regis* (cap. 23, 26 a 33, e 72 a 90), a *Lex burgundionum* (cap. 43 e 53), a *Lex baiuvariorum* (tit 14, cap. 9, n.º 3), a *Lex ripuariorum* (cap. 60 e 67), a *Lex longobardorum* (liv. 2, tit. 18) e as *Capitulare Caroli Magni et Ludovici Pii* (liv. 7, cap. 247).

Observa o juriconsulto francez Chabot (de l'Allier), na obra e lugar citados: «As instituições testamentarias eram d'uso universal nas provincias da França regidas pelo direito romano; só foram admittidas n'um pequenissimo numero dos nossos costumes.»

<sup>3</sup> *Lex salica*, cap. 48.—*Lex ripuariorum*, cap. 48 e 67.—*Lex anglorum et werinorum*, cap. 13. *Affatomia* era um contracto solenne, pelo qual se operava a transmissão real da herança (Azcárate, obra e tomos citados, pag. 230).

<sup>4</sup> como na *Lex alamanorum* (cap. 1.<sup>o</sup>) e na *Lex baiuvariorum* (tit. 1.<sup>o</sup> cap. 1).

<sup>5</sup> Que o testamento era desconhecido entre os francos e a sua introdução foi devida a influencias extranhas, conclue-se da observação feita por Laveleye (obra citada pag. 77 e 78) de que existe um edicto de Chilperico 1.<sup>o</sup> do anno de 561, o qual demonstra ser esta a data da introdução da propriedade hereditaria entre aquelles

mano que admittiu o testamento em toda a sua amplitude e com as varias formas reconhecidas pelo direito romano imperial, os wisigodos <sup>1</sup>. Admittido por este povo; não se impoz limitação alguma á faculdade de testar; os paes tinham direito de dispor livremente por morte de todos os seus bens <sup>2</sup>. A demonstração d'esta verdade sae claramente da principal compilação wisigothica, na qual um texto de lei bem expresso se encarrega de derrogar a lei mais antiga, ou costume antigo com força de lei que legalizara a plena liberdade de testar <sup>3</sup>. É pela transcripção de parte d'esse texto de lei que começaremos o rapido exame da legislação hespanhola a tal respeito.

Correlacionemos agora mais estreitamente os factos indicados com a doutrina exposta até este n.º

A legitima romana, por occasião da invasão barbara, topou com a falta da noção de testamentifacção nos povos germanos; entre estes, as noções de quotas legitima e disponivel, que se correspondem e completam, não existiam, nem sequer em esboço, e a successão tinha uma regra fatal a seguir, por isso mesmo que era subordinada a interesses collectivos, attento o estado coevo da propriedade nos referidos povos. Não se confunde, portanto, o estado da successão entre os germa-

---

barbaros. A introdução do testamento, como producto de evolução gradual, só difficilmente poderia ter tido logar até ao anno de 595, data da citada constituição do Clothario 2.º

<sup>1</sup> Em apoio d'esta proposição, vejamos as restricções que constam do *Edictum Theodorici Regis* (cap. 28), da *Lex baiovariorum* (tit 14, cap. 9) e da *Lex ripuariorum* (cap. 67).

<sup>2</sup> Gutierrez y Fernandez, obra e tomo citados, pag. 335 e 336.

<sup>3</sup> Sr. Visconde de Seabra (Antonio Luiz de Seabra), *A propriedade*, pag. 310, nota (a 8)—Goyena, obra e tomo citados, pag. 327 e 329 — Gutierrez y Fernandez, obra e tomo citados, pag. 333 e 334.

nos ao tempo da invasão, assim como o estado analogo de outro qualquer povo, com o de um periodo adiantado em que a propriedade se acha completamente individualisada, e a legitima absorve, para casos determinados, a totalidade dos bens do testador. A ideia de legitima suppõe a de propriedade hereditaria, e essa não existia nos germanos primitivos, como não existe nas epochas correspondentes da evolução dos outros povos.

A introdução do testamento, impulsionada pela Igreja Catholica, fez-se com difficuldade, tão incompativel era ella com o estado social dos germanos primitivos; mas, entre os wisigodos, foi completa a faculdade de testar durante certa epocha, e mais tarde coarctada, como passamos a ver.

17.—Eis a passagem do Codigo Wisigothico (anno de 693), de tão grande importancia para o estudo do nosso direito primitivo sobre a instituição da legitima, em que se reconhece a existencia d'uma lei anterior, a qual permittia a livre disposição de todos os bens por morte, e se fixa a medida da legitima dos filhos e descendentes.

Diz a lei 1 do tit. 5 do liv. 4 = *«Sed ne sub hac occasione aut utilitati publicae quandoque depercat, quod perire non debet; aut naturalis pietas suspendatur à filiis vel nepotibus, quam circa eos exerceri competenter oportet: ideo abrogata legis illius sententia, qua pater vel mater, avus sive avia, in extraneam personam, facultatem suam conferre si voluissent, potestatem haberent; aut etiam de dote sua mulier facere quod elegisset, in arbitrio suo consisteret: ista magis servetur à cunctis moderata censura, qua nec parentibus nec avis adimatur judicandi de rebus suis ex toto licentia, nec filios aut nepotes a successione avorum, vel genitorum ex omnibus repellat indiscreta voluntas. Igitur pater aut mater, avus aut avia, quibus quempiam filiorum vel*

*nepotum meliorandi voluntas est, hanc servant omnino censuram: ut super tertiam partem rerum suarum meliorandis filiis aut filiabus, vel nepotibus, atque neptibus, ex omnibus rebus suis amplius nihil impendant, neque facultatem suam ex omnibus in extraneam personam transducant, nisi fortasse provenerit eos legitimos filios vel nepotes non habere superstites. Hoc tamen rationis intentu praelucente observandum adjicimus: ut pater vel mater, avus vel avia, de supradicta tertia parte rerum suarum, si in nomine filiorum suorum atque nepotum aliquid specialiter scriptis conferre decreverint, iuxta testationis eorum ordinem cuncta erunt observanda perenniter, qualiter testatio talium de eadem tertia portione, juxta quod eam in singulos voluerit praelargiri, plenam et inconvulsibilem obtineat firmitatem. Nec liceat filiis ipsis atque nepotibus, qui de hac tertia portione aliquid meruerint à parentibus suis vel avis peripere, quodcumque aliud judicare, excepto si a parentibus vel avis nulla adfutura videatur pro collatis rebus testationis conditio intercessisse. Sanè si filios sive nepotes habentes, ecclesiis vel libertis aut quibus elegerint, de facultate sua largiendi voluntatem habuerint extra illam tertiam portionem, quae superius dicta est, quinta iterum pars separabitur: de qua quinta parte, judicandi potestas illis indubitata manebit.» —*

Tal é a lei fundamental que, seguida pelas lei 10 do tit. 5 e lei 7 do tit. 12 do liv. 3 do Fôro Real (anno de 1252 ao de 1284) e esclarecida depois nas leis do Touro (anno de 1505), regulou a medida da legitima hespanhola, desde a vigencia do Codigo Wisigothico: relativamente a outras pessoas que não sejam os herdeiros legitimarios descendentes, a quota disponivel é de um quinto dos bens do testador, quinto de que este podia dispor livremente, mesmo a favor da Egreja <sup>1</sup>; mas,

---

<sup>1</sup> De resto, parece não terem existido leis de amortisação no



alem d'esta quota da qual o testador pode dispor, ainda a favor de extranhos, introduziu o Codigo Wisigothico a instituição da *mejora*, permittindo que o testador podesse dispor d'um *terço* dos seus bens <sup>1</sup> a favor d'algun ou d'alguns dos seus herdeiros legitimarios—filhos e descendentes <sup>2</sup>. É esta a celebre instituição do *terço e quinto*, de que os auctores hespanhoes tanto se ufanam <sup>3</sup>, e que foi applicada entre nós, com modificações, até nos primeiros tempos da monarchia.

Não obstante a legislação característica do povo visinho, é certo que as leis das Sete Partidas, concluidas no anno de 1256 <sup>4</sup>, designaram aos filhos a mesma legitima que o cap. 1.<sup>o</sup> da Nov. 18 de Justiniano; mas semelhantes disposições affirmam Goyena e Gutierrez y Fernandez não terem tido vigor <sup>5</sup>.

As regras expostas, vigentes na corôa de Castella, não concordam com as seguidas nos reinos ou provincias foraes, que possuem legislação especial e caracteristica sobre a materia; varia de provincia para provincia, e ainda dentro da mesma provincia o direito de livre disposição dos bens proprios concedido aos paes,

direito wisigothico.—Veja-se a parte 2.<sup>a</sup> da citada Memoria de F. M. Trigoso d'Aragão Morato.

<sup>1</sup> O *quinto* extrahе-se antes do *terço*, a não ser que o auctor da herança tivesse disposto o contrario; veja-se Goyena, obra e tomo citados, ao art. 656—Gutierrez y Fernandez, obra e tomo citados, pag. 585.

<sup>2</sup> Cumpre exceptuar d'estas regras os bens recebidos do Principe, em paga de serviços, dos quaes tinha o testador a livre disposição, a face da lei citada do Codigo Wisigothico.

<sup>3</sup> Goyena, obra e tomo citados, pag. 327, 340 e seg.—Gutierrez

aptando-se a Navarra como aquella em que a liberdade de testar é mais amplamente garantida <sup>1</sup>.

A legitima estabelecida pelos romanos a favor dos pais do testador passou para as leis das Soto Partidas <sup>2</sup>, mas as leis do Touro <sup>3</sup> modificaram este direito, fixando a medida da referida legitima em dois terços da successão. Ella não foi reconhecida pelo Codigo Wisigothico <sup>4</sup>, nem pelo Fôro Real <sup>5</sup>, nem pelo direito foral, a não ser na provincia da Catalunha <sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Goyena, obra e tomo citados, pag. 89 e 328 — Gutierrez y Fernandez, obra citada, tomo 7.º, pag. 240 e seg., e nomeadamente pag. 304 a 306 — Em parte da Catalunha observou-se uma lei de origem gothica, segundo a qual o todo da herança devia ser dividido em quinze partes, e d'estas quinze partes pertenciam oito aos filhos do testador, a titulo de legitima. As sete partes restantes dividiam-se em duas porções, uma de cinco e outra de duas partes: as primeiras cinco constituíam a medida legal da *mejora*, destinada em favor dos herdeiros legitimarios descendentes; as duas partes restantes podiam ser livremente deixadas a qualquer pessoa. Differe esta instituição da do Codigo Wisigothico em que, segundo este, a quota disponível mesmo a favor de extranhos abrange  $\frac{3}{15}$  dos bens do testador, e a *mejora*  $\frac{4}{15}$  d'esses bens; segundo a referida instituição catalã, a quota disponível mesmo a favor de extranhos abrange  $\frac{2}{15}$  dos bens do testador, e a *mejora*  $\frac{5}{15}$  d'esses bens. (Veja-se Goyena no primeiro logar citado, e Gutierrez y Fernandez, na obra e tomo citados, pag. 242).

Esta modificação do Codigo Wisigothico nenhuma applicação teve entre nós.

<sup>2</sup> Partida 6.ª, tit. 8, lei 1; tit. 11, lei 1.

<sup>3</sup> *Notissima Recopilacion*, liv. 4, tit. 20, lei 10 (citada por Goyena na obra e tomo citados, pag. 338).

<sup>4</sup> Liv. 4, tit. 2, lei 20.

<sup>5</sup> Liv. 3, tit. 6, lei 1 (citado por Goyena no mesmo logar).

<sup>6</sup> Goyena, obra e tomo citados, pag. 90 e 338 — Gutierrez y Fernandez, obra e volume citados, pag. 253 e seg., e 305 especialmente.

A legitima castelhana varia, como se vê, conforme é destinada á linha recta descendente ou ascendente; relativamente a pessoas que não sejam os proprios herdeiros legitimarios, a dos descendentes é maior; relativamente aos herdeiros legitimarios, é maior a dos ascendentes, pois a *mejora* só tem cabimento a favor dos descendentes <sup>1</sup>.

Quanto á legitima na linha collateral, temos unicamente a accusar as leis das Soto Partidas <sup>2</sup> que a admittiram a favor do irmão do testador, quando o herdeiro instituido fosse homem de má fama ou tivesse sido servo do testador. É a obediencia cega ao direito romano <sup>3</sup> a dominar na compilação hespanhola.

Como garantia, as leis das Sete Partidas admittiram a redução das doações em vida por inofficiosidade, e as leis do Touro ordenaram-n'a até relativamente aos dotes e doações *propter nuptias* <sup>4</sup>.

18.—O Codigo Wisigothico formulou uma regra do calculo das quotas disponiveis por elle admittidas, mandando-as deduzir unicamente dos bens pertencentes ao testador; diz a citada lei 1 do tit. 5 do liv. 4: «*Sive tertia rerum pars... sive quinta... de propriis tantumdem rebus separabitur*».

A legislação castelhana offerece-nos uma especialidade, na materia do calculo da legitima, quanto á de-

<sup>1</sup> Goyena, obra e tomo citados, aos artt. 634 e seg., e pag. 340 e seg.—Gutierrez y Fernandez, obra citada, tomo 3.º, pag. 538 e 541. Conclue-se das leis que a estabeleceram e regularam, e do exposto por estes auctores.

<sup>2</sup> Partida 6.ª, tit. 8, lei 2.

<sup>3</sup> *Supra*, n.º 9.

<sup>4</sup> Partida 5.ª, tit. 4, lei 8—*Recopilacion*, liv. 40, tit. 3, lei 5 (citada por Goyena na obra e tomo citados, ao art. 974).

dução das despesas do enterro e de certas doações por morte (*mandas graziosas*) <sup>1</sup>.

Ensina-nos Gutierrez y Fernandez <sup>2</sup> que, em Castella, tendo o testador herdeiros legitimarios descendentes, dispõe sómente do quinto dos seus bens <sup>3</sup> e não em toda a extensão, pois d'essa quantidade, seja qual for a sua fortuna e o numero de filhos, hão-de se pagar, por declaração expressa da lei, os gastos do enterro <sup>4</sup> e as referidas doações, *differentemente do que antes se fazia, tirando-se por computo racional do acervo da fazenda*. Como veremos, o nosso direito, tanto antigo como moderno, concorda parcialmente com cada um d'estes principios juridicos <sup>5</sup>.

Quanto á provincia da Catalunha, apresenta o mesmo auctor as regras seguidas no calculo da legitima <sup>6</sup>, regras que se coadunam com as adoptadas pelo direito romano <sup>7</sup>:

- 1.ª contam-se todos os bens do testador ao tempo da sua morte, que não forem vinculados;
- 2.ª deduz-se o importe das dividas e das despesas do funeral;

<sup>1</sup> Quanto á significação da palavra *manda* veja-se Gutierrez y Fernandez, obra e tomo citados, pag. 475 a 477 (sobre as leis 1 e 2 do tit. 9 da Partida 6.ª).

<sup>2</sup> Obra citada, volume 7.º, pag. 304.

<sup>3</sup> Claro está que, n'este logar, Gutierrez y Fernandez se refere á quota de livre disposição a favor de qualquer pessoa, sem querer abranger a quota disponível do terço ou *mejora*.

<sup>4</sup> Sobre a deducção das despesas do enterro, pode ver-se ainda o mesmo auctor no tomo 3.º da obra citada, pag. 550 a 552.

<sup>5</sup> *Infra*, n.ºs 52, 53 e 57.

<sup>6</sup> Obra citada, tomo 7.º, pag. 252.

<sup>7</sup> *Supra*, n.º 12 a 15 — Gutierrez y Fernandez cita textos romanos na nota (4) á pagina indicada, a respeito das regras enunciadas no texto.

3.ª somma-se o importe das doações que o auctor da herança fizera em vida, embora a favor dos proprios filhos e por causa de matrimonio, incluindo-se igualmente o importe dos dotes.

O primeiro e segundo principios seguin-os o antigo direito portuguez e segue-os igualmente o moderno; o terceiro, adoptado pelo moderno, como procuraremos demonstrar, não era accoite pela antiga jurisprudencia, e ainda hoje tem impugnadores <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> *Infra*, n.ºs 64 e seg.

## CAPITULO II

---

### SUMMARIO

19.—Influencia do Codigo Wisigothico entre nós—Instituição do terço e quinto; quatro pontos fundamentaes a averiguar. 20.—Existencia da referida instituição; differenças e analogias entre esta instituição, tal qual a praticámos, e a correspondente instituição wisigothica. 21.—A instituição portugueza do terço indistincto derivou da instituição do terço e quinto. 22.—O direito moiro não influencion n'esta transformação. 23.—Destino das nossas quotas disponiveis primitivas. 24.—A quota disponivel da *quarta* nos bispados da Guarda e Portalegre. 25.—Outras excentricidades congeneres. 26.—Fixação da doutrina do terço indistincto nas nossas Ordenações — Terça d'alma. 27.—Individualidade da nossa terça. 28.—Legislação pombalina. 29.—Referencia geral á materia d'este capitulo; sua principal utilidade.

19.—São accordes os escriptores em que o Codigo Wisigothico teve auctoridade entre nós, ainda nos primeiros tempos da monarchia, variando apenas no gráo da auctoridade, directamente exercida como lei vigente no territorio lusitano, ou, indirectamente, por fixação nos costumes, a contar da fundação da monarchia <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Mello Freire, obra citada, § 41—João da Cunha Neves, *Memoria sobre a auctoridade que entre nós teve o Cod. dos Wisigodos*, na parte 2.<sup>a</sup> do tomo 6.<sup>o</sup> da *Historia e Memorias da Academia*—Antonio

Sob a sua influencia, tomou o nosso direito, quer escripto quer costumario, um certo sabor germanico que depois perdeu em grande parte pela volta, quasi completa, aos principios das leis e jurisprudencia romanas.

Vejamos, antes de tudo, qual o estado do nosso direito nas primeiras epochas da nacionalidade portugueza, com respeito ao assumpto d'este esboço historico.

João Pedro Ribeiro, no começo da sua 7.<sup>a</sup> *Observação Diplomatica*<sup>1</sup>, exprime-se pela forma seguinte: «Da quinta e terça da herança se faz a cada passo menção nos Documentos do nosso Reino, pelo seculo XII e XIV; porém vê-se bem que o costume tinha modificado, e substancialmente variado a disposição d'aquella Lei, (a lei 1.<sup>a</sup> do tit. 5.<sup>o</sup> do liv. 4 do Cod. Wis., acima citada) e he o que passo a mostrar com exemplos.»

Fr. Joaquim de Santa Rosa de Viterbo, sobre as palavras *terço e quinto*<sup>2</sup>, começa por lembrar «se em algum dos nossos Doc., particularmente nos do Grijó, se acha com frequencia a disposição da *Terça*, e *Quinta parte da herança* a beneficio das almas dos pios Testadores; e isto ainda que tivessem filhos de mulher *legítima*, e forçosos herdeiros.» Mais adiante observa o notavel escriptor que «El-Rei D. Affonso II no seu testamento dispôz só do *Terço*; o que depois de muitos

Caetano do Amaral, Continuação da *Memoria 5.<sup>a</sup>—Para a Historia da Legislação e Costumes de Portugal*, no tomo 7.<sup>o</sup> da collecção citada, pag. 357, nota (d)—João Pedro Ribeiro, *Dissertações Chronologicas*, tomo 2.<sup>o</sup>, appendice 7.<sup>a</sup>, pag. 222 — Manoel Coelho da Rocha, *Ensaio sobre a historia do governo e da legislação de Portugal*, (edição 5.<sup>a</sup>), §§ 46 e 89—*Portugaliae monumenta historica*, volume 1.<sup>o</sup> das *Leges et Consuetudines*, pag. VII e seg.—Anthoine de Saint-Joseph, *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon*, (edição 2.<sup>a</sup>), vol. 1.<sup>o</sup>, pag. CIV.

<sup>1</sup> *Observações Diplomaticas*, pag. 108 e seg.

<sup>2</sup> *Elucidario*, vb. citados.

annos ficou servindo de Lei, se he que esta não nasceu dos Arabes, que igualmente podião dispôr só da *terça* parto dos seus bens.»

Perguntaremos agora: 1.<sup>o</sup> — existiu entre nós a instituição do *terço* e *quinto*, antes e depois da fundação da monarchia? 2.<sup>o</sup> — esta instituição, se existiu, apparece na nossa historia com as caracteristicas do direito wísigothico? 3.<sup>o</sup> — a instituição da *terça* derivou de instituição anterior, e, se derivou, quaes os elementos que influíram na transformação? 4.<sup>o</sup> — qual o destino primitivo da nossa quota ou quotas disponiveis?

20.—Ao primeiro ponto responderemos affirmativamente, confirmando assim a influencia do direito wísigothico entre nós, mesmo nos primeiros tempos da monarchia: levam-nos a isto os documentos citados por João Pedro Ribeiro, do anno de 897, 1156, 1192, 1267<sup>1</sup>, 1270, 1286, 1294, 1295, 1297, 1299, 1300, 1309, 1313, 1314, 1315, 1321, 1329 e 1333<sup>2</sup>, e o dizer de Santa Rosa de Viterbo no logar indicado «que a disposição do *Terço* e *Quinto*... se continuou entre nós até o meio do Sec. XIV, segundo muitos Doc., e principalmente de Bostello, e Pendorada»<sup>3</sup>. Este ponto de historia parece-nos averiguado, quer se funde em costumes

<sup>1</sup> *Appendice* citado ao tomo 2.<sup>o</sup> das *Dissertações Chronologicas*, pag. 220 a 222. Aos dois documentos do anno de 1156 é necessario acrescentar um terceiro, sem data, que João Pedro Ribeiro diz encerrar a mesma disposição dos dois primeiros, e que a obra onde este auctor os encontrou considera corva.

<sup>2</sup> *Observação Diplomatica* citada, pag. 108 a 112.—O auctor adverte na nota (3) da pag. 114 d'este volume que poderia produzir muitos outros documentos dos annos de 1268, 1284 e 1300.

<sup>3</sup> Veja-se no mesmo sentido Almeida e Sousa, obra citada, §§ 3 a 7.—Sr. Visconde de Seabra, obra citada, pag. 340.

arraigados, quer immediatamente nas disposições do Código Wisigothico <sup>1</sup>.

Com respeito ao segundo ponto, indicaremos as diferenças e analogias existentes entre o direito wisigothico e o nosso direito primitivo.

João Pedro Ribeiro, depois de enumerar varios documentos, cuja data acima fica notada, conclue <sup>2</sup>: «Pelos Documentos referidos se mostra, que no Reinado do Senhor D. Affonso III e D. Diniz, se julgava authorisado qualquer, ainda que tivesse herdeiros forçados, a dispor da quinta parte dos seus bens herdados, ou de *avoenga*, e do *terço* dos adquiridos por titulo oneroso ou gratuito, que chamavão de *compradea* e *ganhadæa* <sup>3</sup>..... Em huns se diz indefinidamente ser isto permitido por direito: em outro ser usado no Reino de Portugal: em outro ser este o uso do Reino de Portugal, e de Leão». Santa Rosa de Viterbo concorda com esta doutrina, quando escreve <sup>4</sup> que «o *Terço* só podia ser *ganhadæa* ou *compradæa*, que nós hoje dizemos bens adquiridos»; o que «o *Quinto* era dos bens da *avoenga*, ou herdados» <sup>5</sup>.

Diremos, portanto, com Almeida e Sousa <sup>6</sup> que o direito primitivo portuguez variou do direito romano <sup>7</sup>, e mesmo do wisigothico, porque este direito, introduzindo a instituição do *terço* e *quinto*, não distinguia os bens

<sup>1</sup> Vejam-se os documentos citados na 7.<sup>a</sup> *Observação Diplomática* e o dos annos de 1267 no Appendice citado ao tomo 2.<sup>o</sup> das *Dissertações Chronologicas*, pag. 221.

<sup>2</sup> *Observação Diplomática* citada, pag. 112.

<sup>3</sup> Santa Rosa de Viterbo, obra citada, *vb. avoenga e gança*.

<sup>4</sup> Lugar citado.

<sup>5</sup> Veja-se no mesmo sentido a obra do Sr. Visconde de Seabra no lugar citado.

<sup>6</sup> Obra e lugar citados, § 6, nota.

<sup>7</sup> Confronte-se este n.<sup>o</sup> com os n.<sup>os</sup> 8, 9, *supra*, e com a segunda regra do calculo da legitima, apresentada no n.<sup>o</sup> 12, *supra*.

hordados dos adquiridos, ao passo que o direito patrio fez essa distincção, referindo o *quinto* aos bens da *avoenga* e o *terço* aos bens da *compradeia* e *ganhadæia* <sup>1</sup>.

Mais diremos com Almeida e Sousa que o primitivo direito portuguez variou do direito romano <sup>2</sup>, e mesmo do direito wisigothico, pois, segundo este, só do *quinto* se podia dispor para legados pios ou a favor de *extranhos*, sendo a *mejora* da terça exclusivamente reservada para os herdeiros legitimarios descendentes; ao passo que, entre nós, tanto do *quinto* como do *terço* se podia dispor em legados pios ou a favor de *extranhos* <sup>3</sup>.

Comparada a medida da legitima portugueza, na epocha que estamos estudando, com a da legitima wisigothica, averigua-se que era menor, relativamente a *extranhos*, e identica, relativamente aos herdeiros legitimarios, considerados á parte e em separado uns dos outros.

Observa o Sr. Visconde de Seabra <sup>4</sup> que a instituição do *terço* e *quinto*, tal qual existiu entre nós, parece ter sido privativa das classes superiores. Será isto exacto?

No caso affirmativo, constituirá este facto differença característica entre essa instituição e a correspondente instituição wisigothica?

Gutierrez y Fernandez <sup>5</sup>, lembra a questão analogica que se levantara acerca da lei wisigothica, e nota que, desde esta lei, fosse bem ou mal entendida, constituiram do facto legitima dos filhos e descendentes, sem

<sup>1</sup> Sr. Visconde de Seabra, obra e lugar citados, nota (a 8).

<sup>2</sup> *Supra*, n.<sup>os</sup> 8 e 9.

<sup>3</sup> Como se conclue dos documentos citados—Sr. Visconde de Seabra, nota citada.

<sup>4</sup> Obra citada, pag. 310.

<sup>5</sup> Obra citada, tomo 3.<sup>o</sup>, pag. 321.

distincção de classes, todos os bens do testador, menos o quinto, cuja livre disposição por ella foi permittida <sup>1</sup>. Parece-nos que a solução deve ser a mesma para o nosso direito.

O legislador visigodo lastima que os paes e os avós, distraindo os bens seus, não deixassem os filhos e descendentes isentos do trabalho quotidiano, impedindo-os de ser uteis ao Estado: *«plerique enim indiscrete viventes suasque facultates interdum vel causa luxuriae, vel cujusdam malae voluntatis assensu in personas extraneas transferentes, ita inoffensos filios vel nepotes, aut non ex gravi culpa forsitan obnoxios, inanes relinquunt, ut utilitatibus publicis nihil possint omnino prodesse, quos oportuerat cum virtute parentum injunctum sibi laborem inexcusabiliter expedere»* <sup>2</sup>. Estas palavras, dizem criticos hespanhoes, não podem explicar-se, caso se não supponha que a lei teve em vista favorecer as classes privilegiadas, unicas a quem conviria a vida ociosa.

Gutierrez y Fernandez opina que a lei não recomendava a isenção do trabalho como beneficio de uma classe determinada, mas que procurava o desafogo de todas, com o fim de as ter mais dispostas e aptas para o serviço publico, o qual, n'uma sociedade guerreira, era especialmente o das armas. A razão colhe perfeitamente, transplantada para os primeiros tempos da monarchia portugueza.

<sup>1</sup> Advirta-se mais uma vez que, segundo o Codigo Wisigotico, os quatro quintos dos bens do pae ou do avó, que constituem a legitima dos descendentes, só o são nas duas terças partes, com respeito a estes herdeiros legitimarios, como dissemos no n.º 17, *supra*.

<sup>2</sup> Lei 1 do tit. 5 do liv. 4 do Codigo Wisigothico, a que já por varias vezes nos referimos.

Dir-se-ha que a separação em bens da *avoenga* e bens da *compradeia* e *ganhadeia* demonstra á evidência a opinião contraria á nossa, porquanto os bens da *avoenga* representam os bens herdados dos maiores e ninguém poderá negar que estes caracterisam as classes nobres e privilegiadas.

Sem entrar na analyse do sentido e alcance da palavra *avoenga*, só observaremos que, vigorando a instituição do terço e quinto entre nós pela forma acima exposta, só teria razão de ser a quota disponivel do quinto, no caso de existirem realmente bens da *avoenga*, mas que o facto d'esta quota não existir, por o testador não possuir bens da referida qualidade, não invalidava a lei ou costume predominante, porquanto d'elle resultava unicamente a consequencia de se reduzir a rogra geral sobre disposição de bens á do terço dos adquiridos, pela falta de bens cuja qualidade permittisse recahir n'elles a quota disponivel do quinto. Não se confunda portanto a falta do quinto, sob o dominio da instituição do terço e quinto, como apparece no nosso antigo direito, com a modificação que este soffreu pela sobrevivencia do terço indistincto—deduzido de todos os bens, herdados ou adquiridos, e destruição do antigo quinto. Seja qual fôr a antiguidade da instituição patria do terço indistincto, parece-nos mais provavel que a do terço e quinto, na sua real amplitude de applicação, abrangesse tanto as classes superiores como as inferiores.

Emquanto teve auctoridade entre nós o Codigo Wisigothico, o qual não considerava os paes do testador herdeiros legitimarios <sup>1</sup>, não admira encontrar-se exemplo de um filho testar, tendo o pae ainda vivo, de todos os

<sup>1</sup> *Supra*, n.º 17.

seus bens a favor de terceiro, como se lê n'um documento do anno de 1060 <sup>1</sup>.

Tambem os escriptores não nos dão noticia de existir n'esta epocha entre nós a legitima a favor de irmãos, nem mesmo nos casos excepcionaes em que o direito romano e as leis das Sete Partidas a admittiram <sup>2</sup>. Manifesta-se ainda a influencia do direito wisigothico <sup>3</sup>.

21.—Passemos ao terceiro ponto.

Além do testamento de D. Affonso 2.º acima citado, cita Santa Rosa de Viterbo no mesmo logar um documento de 1138, em que Mendo Affonso doou ao mosteiro de Grijó o terço de toda a herdade que tinha entre Arcuzello e Valladares. Dar-se-ha caso de que existisse já n'esta epocha a instituição do terço indistincto sobre os bens herdados e adquiridos, e de que estivesse declinando a pratica usual de extrahir dos primeiros bens só o quinto?

A doação de Mondo Affonso, como apparece no *Elucidario*, se nada prova a favor da força de tal costume na epocha referida, nada prova tambem contra elle: a citação de Santa Rosa de Viterbo não nos diz se a dita herdade era da *avenga* ou so da *compradeia* ou *ganha-deia* <sup>4</sup>; isto é, não nos diz se a doação do terço abrangia indistinctamente todos os bens do testador, ou se tão somente os adquiridos, sendo todavia mais para crer que respeitasse só aos segundos, em vista dos documentos addu-

<sup>1</sup> João Pedro Ribeiro, *Appendice* citado ao tomo 2.º das *Dissertações Chronologicas*, pag. 222, e *Appendice* 21.º ao tomo 1.º das mesmas *Dissertações*, pag. 218 — O testamento aqui transcripto diz claramente (pag. 219): «*Omnis homo, qui semen non abuerit, de omnia sua faciat quod voluerit*» (Cod. Wis., liv. 4, tit. 2, lei 20).

<sup>2</sup> *Supra*, n.º 9 e 17.

<sup>3</sup> *Supra*, n.º 17.

<sup>4</sup> *Herdade* é um termo geral que se applicava tanto a uma como a outra especie de bens — Veja-se Santa Rosa de Viterbo, obra citada, *vb. Herdade*.

zidos por João Pedro Ribeiro, de data mais chegada a 1138, nos quaes dos bens herdados só se manda deduzir o quinto. E esta parece ser a opinião de Santa Rosa de Viterbo, pois a cita logo depois de ter particularisado os documentos de Grijó, quanto á existencia da instituição do terço e quinto entre nós <sup>1</sup>.

Pelo que respeita ao testamento do D. Affonso 2.º, do anno de 1221 <sup>2</sup>, facil nos parece a solução da difficuldade levantada pelo confronto d'esto documento importante, em que não apparece a disposição do quinto, com outros documentos de data posterior em que esta disposição se contem <sup>3</sup>.

Eis o texto a que se refere Santa Rosa de Viterbo: «*Si tempore mortis meae aliquibus debitis fuero obligatus, mando quod de rebus meis mobilibus quae tempore mortis meae inventae fuerint, scilicet celariis panis, morabitinis, denariis, auro non monetato, et argento monetato et non monetatis, bestiis, ganatis, et aliis rebus meis mobilibus, prius ipsa debita persolvantur, quibus solutis de residuo fiant tres partes, de quibus duas partes habeant filii mei et filia quos habeo de Regina D. Urraca, inter ipsos aequaliter dividantur*» . . . . . «*De tertia vero parte, mando quod Abbas Alcupatae*» . . . .

Os bens de que D. Affonso 2.º fez separar o terço, pelo qual mandou satisfazer as despesas do funeral, de bem d'alma, legados pios e profanos, são bens moveis. Será necessario, para se explicar o recahir n'elles a medida do terço e não a do quinto, a hypothese apre-

<sup>1</sup> Veja-se n.º 20, *supra*.

<sup>2</sup> Nas *Provas da historia genealogica da Casa Real Portuguesa* (tomo 1.º, pag. 34 a 36), colligidas por D. Antonio Caetano de Sousa.

<sup>3</sup> Veja-se n.º 20, *supra*.



sentada por João Pedro Ribeiro <sup>1</sup> para outro documento: será necessario suppor que por movei se intendia sempre *ganhadeia* ou *compradeia*, hypothese esta que, de resto, não repugna á natureza das coisas moveis, cuja aquisição tendeu sempre a tornar-se independente do titulo escripto e, por conseguinte, a diffcultar a demonstração segura da sua procedencia?

Parece-nos que não: os moveis enumerados no testamento de D. Affonso 2.<sup>o</sup> são productos da agricultura, animaes, dinheiro ou metal precioso, e a constante alheação ou troca d'estes valores, e a natureza fungivel d'alguns d'elles não permitem que sobre estes bens incida a qualificação de bens da *avoenga*. Quanto á expressão geral—*et aliis rebus meis mobilibus*, nenhuma razão ha para imaginar que ella respeitasse a bens de natureza opposta á dos enumerados, e antes devemos acceitar a hypothese contraria, em harmonia com os documentos de data mais chegada á do citado testamento <sup>2</sup>, sob pena de levantarmos uma duvida, a qual carece de razão seria de existencia.

Interpretado assim o texto, incluiremos os bens, dos quaes D. Affonso 2.<sup>o</sup> mandou apartar o terço, nos bens da *compradeia* ou *ganhadeia*, confirmando, portanto, o documento, em vez de combater, a affirmação que passamos a enunciar.

Para nós, a instituição do terço indistincto não teve periodo simultaneo de existencia com a do terço e quinto nem foi caracteristica das classes inferiores, cujo progressivo ascendente sobre as classes superiores produzis-

<sup>1</sup> Appendice citado ao tomo 2.<sup>o</sup> das *Dissertações Chronologicas*, pag. 221 e 222.

<sup>2</sup> *Supra*, n.<sup>o</sup> 20.

a transformação da instituição do terço e quinto <sup>1</sup>. Forçados a reconhecer a auctoridade da legislação wisigothica, antes de termos existencia nacional e ainda nos primeiros tempos d'ella, sem documentos que contenham a disposição do terço indistincto n'estas epochas, pareceu nos mais natural e razoavel suppor que elle derivou da instituição do terço e quinto pela destruição da instabilidade dos bens da *avoenga*, e que, ao movimento progressivo no sentido d'esta destruição, corresponde a decadencia na instituição d'origem wisigothica.

João Pedro Ribeiro adverte <sup>2</sup> que no documento, por elle referido, do anno de 1338, o mais moderno do reinado de D. Affonso 4.<sup>o</sup>, se falla só da terça; mas n'outro logar <sup>3</sup> nota que no testamento de D. Pedro 1.<sup>o</sup>, do anno de 1367, se lê: «*E para comprimento d'este nosso testamento filhamos a terça de todos os bens, asi moveis como raiz, e outra qualquer, e quanta parte, que per direito, ou per costume, ou per outra qualquer rezon, a nós seja devida dos ditos bens.*»

Continuando o mesmo auctor, na *Observação Diplomatica* citada, a apontar os documentos em que a instituição do terço apparece independente da do quinto, recorda <sup>4</sup> uma lei, sem data, de D. Affonso 3.<sup>o</sup>, declarada no tit. 14 do liv. 4.<sup>o</sup> das Ordenações Affonsinas—outra lei, sem data, de D. Diniz, colligida no titulo 98 do mesmo livro, onde se affirma que a dita lei foi sempre usada e praticada (§ 2.<sup>o</sup> do citado titulo)—e duas

<sup>1</sup> Em sentido contrario ao nosso, veja-se a obra citada do sr. Visconde de Seabra, pag. 310 e 311.

<sup>2</sup> *Observação Diplomatica* citada, pag. 112.

<sup>3</sup> Appendice citado ao tomo 2.<sup>o</sup> das *Dissertações Chronologicas*, pag. 221.

<sup>4</sup> Obra citada, pag. 113 e 114.

leis de D. João 1.º, uma das quaes, sem data, foi colligida no titulo 97 d'esse livro e a outra declarada no titulo 102 do mesmo 4.

Que decidir no meio d'estes documentos e diplomas, um dos quaes, do anno de 1367, parece referir-se claramente ao quinto, e outro, do reinado de D. Affonso 3.º (anno de 1245 ao de 1279), reduz a quota disponivel á terça dos bens do testador, se elle tiver herdeiros legitimarios 2?

Sobre este ponto, exprime-se o sr. Visconde de Seabra 3, dizendo que, dos fins do reinado de D. Diniz por deante, começou a desaparecer a distincção de bens adquiridos e hereditarios, de terço e quinto, de forma que, já no tempo de D. João 1.º, o costume geral não permittia que os paes dispuzessem em prejuizo dos filhos de mais da terça parte dos seus bens 4.

Por nossa parte, interpretaremos como segue:

1.º—a citada lei de D. Affonso 3.º não marca a medida da quota disponivel do testador, mas, regulamentando o emprego ou a applicação das quotas disponiveis em vigor, limita a amplitude de certas doações a uma quota parte da herança, menor do que o terço e quinto, e a objecto ou a objectos determinados 5;

1 *Infra*, n.º 26. Podia ter citado tambem a lei de D. Diniz do anno de 1291, tomada em Cortes de Coimbra; veja-se o n.º 23, *infra*.

2 Este diploma é a lei citada de D. Affonso 3.º (sobre as doações entre conjuges) declarada, como dissemos, no tit. 14 do liv. 4 das Ord. Aff., onde se lhes reconhece a liberdade de se beneficiarem mutuamente até á terça, tendo herdeiros legitimarios.

3 Obra e logar citados.

4 Veja-se a correspondencia transcripta na *Revista de Legislação e Jurisprudencia*, anno 9.º, n.º 421, pag. 71, que segue a mesma opinião.

5 Este parecer é confirmado pelas seguintes considerações.

A pag. 112 da *Observação Diplomatica* citada, refere-se João

2.º—no reinado de D. Diniz (anno de 1279 ao de 1325), começa a cahir em desuso a distincção entre bens

Pedro Ribeiro a uma lei sem data nem nome de auctor, na qual se diz que o marido não pode testar a beneficio da mulher mais que d'uma *doa*, alem da terça. A palavra *doa* (veja-se o citado *Eltucidario* de Santa Rosa de Viterbo, á palavra *doas*) significava «peças, joias e outras cousas de ornato, linheza e acção, que fazem o enxoval de humia senhora». Com effeito, na obra *Portugaliae monumenta historica* (volume citado, pag. 258) insere-se uma lei sem data, que ali se reputa ser de D. Affonso 3.º (veja-se o mesmo volume, a pag. 254), que é do seguinte theor: «*Estabelecido he que a mother non possa dar cousa a seu marido nem o marido a ssa mother na morte senom de ssa terça pero salvo a terça mandarhi-ha humia dona.*» E a variante apontada, no mesmo logar, das Ordenações de D. Duarte (confronte-se o logar citado com o que se lê a pag. 157 do mesmo volume) substitue as ultimas palavras, de modo a esclarecer o pensamento da lei: «*mandarhi-ha humia doa salvo se algum delles nom houver herdeiros direitos.*» Esta lei é seguida por outra sem data, que na citada obra se reputa igualmente ser de D. Affonso 3.º, e que versa sobre as mesmas doações, quando feitas em vida: «*Estabelecido he que u mother non possa dar a marydo nem o marido aa mother en sa vida nenhuma cousa senom uma dona qual escolher.*» E a variante apontada, no logar citado, das Ordenações de D. Duarte substitue a palavra *vida* á palavra *uoda*.

A primeira d'estas leis permite que as doações por morte entre marido e mulher excedam a terça do conjuge doador, isto é, dos bens sobre que podiam recahir esta medida, e restringe o excesso pela forma indicada, de maneira a não representar a quota disponivel do quinto, mas uma parte menor, como se conclue da lettra e espirito da lei; a segunda mais clara é ainda, reduzindo as doações em vida entre marido e mulher ao que a primeira considera excesso sobre a terça.

Do confronto d'estes textos de lei, conclue-se que elles não tiveram por fim fixar o limite da quota disponivel do testador, na hypothese sobre que versam, mas unicamente reduzir as doações entre marido e mulher a uma quota determinada, menor do que a quota disponivel, e a objecto ou objectos determinados; isto é, regulamentar o emprego da quota disponivel, relativamente ás doações entre os conjuges.

adquiridos e hereditários, conservando-se a medida da quota disponível que recahia sobre os adquiridos e obli-

Diz João Pedro Ribeiro (*Observação Diplomática* citada, pag. 113 e 114) que o tit. 14 do liv. 4 das Ord. Aff., declarando a lei de D. Afonso 3.º sobre as doações entre conjuges, á qual nos referimos no texto, reconhece-lhes a liberdade de se beneficiarem mutuamente até á terça, tendo filhos, confirmando-se a doação pela morte do doador (vejam-se os §§ 5 a 8 do título e Ordenações citadas).

A que lei se refere o título citado das Ord. Aff., o qual declara «um costume que foi d'antigamente usado em estes reinos e escripto na Chancellaria Real em tempo d'El-Rei D. Afonso 3.º», como se diz no preambulo d'esse título?

Duvidamos admitter a hypothese de se ter feito no reinado de D. Afonso 3.º uma lei que contivesse doutrina identica á transcripta do título 14 do liv. 4. das Ord. Aff., mormente pela existencia das duas leis citadas, que encerram doutrina bem differente. Assim, é supposição nossa que a lei ou costume escripto na Chancellaria Regia, no tempo de D. Afonso 3.º, declarado no citado título das Ord. Aff., como diz o seu preambulo, é a mesma lei sem data a que nos referimos no principio d'esta nota e que João Pedro Ribeiro aponta na mesma *Observação Diplomática*, como dissemos, lei realmente existente na legislação, sem data, attribuida a D. Afonso 3.º

Fundamos a nossa supposição em tres motivos:

1.º—a legislação do reinado d'este monarcha não encerra lei alguma da qual possa derivar, directa ou indirectamente, a doutrina referida das Ord. Aff. (consulte-se o volume citado da obra *Portugaliae monumenta historica*, pag. 183 a 333);

2.º—não é de erer que a lei referida pelo citado título das Ord. Aff. tivesse realmente existido, contendo a doutrina ou o fundo da doutrina exarada n'este título: seria difficil admitter que, no mesmo reinado, não muito longo (do anno de 1245 ao de 1279), e n'uma epocha em que a produção de leis era relativamente morosa, se originassem dois diplomas de doutrina tão dissimelhante, pois, ao passo que um reduzia a amplitude maxima de certas doações a uma quota parte de herança, inferior ás quotas disponíveis então vigentes, e a um objecto ou objectos determinados, o outro referia a amplitude d'estas doações á da quota disponível do conjuge do-

terando-se, juntamente com a distincção indicada, a quota disponível que recahia só sobre os bens da *avoenga*, bens inalienaveis <sup>1</sup>;

3.º—mas esta tendencia não se verificou tão completamente, nem a principio foi tão vigorosa que d'ella resultasse o inteiro abandono do antigo costume nacional, baseado na legislação wisigothica; assim, emquanto as leis de D. Diniz e o documento do tempo de D. Afonso 4.º (anno de 1338) se referem unicamente á

dor, excluindo toda e qualquer ideia de restricção especial na amplitude das mencionadas doações;

3.º—nenhuma confiança deve merecer o preambulo historico dos títulos das Ord. Aff.: na obra citada—*Portugaliae monumenta historica* lê-se a pag. 156 do volume tambem citado: «Se houvessemos de acceitar sem reparo o preambulo historico das Ordenações Afonsinas, esse codigo que vigorou pouco mais de sessenta annos, seria hoje um guia seguro para conhecermos a maior parte da legislação anterior, e o systema adoptado na sua redacção indicar-nos-hia com certeza a epocha ou reinado em que cada lei fora promulgada, *cada regra juridica estabelecida*. Entretanto a comparação desse codigo com o corpo de leis antigas que nos restam, e ainda só com as do seculo xiii que publicámos agora, basta para nos desenganar que as Ordenações de Afonso v estão longe de reunir e representar as leis geraes da monarchia nas epochas que precederam a sua redacção. Nessas mesmas que ali foram ou extractadas ou transcriptas, os *erros deerra* de seus auctores, de sua data, e até do seu contexto são taes e tão frequentes, que tornam muitas vezes aquella compilação a fonte menos segura para a historia da nossa legislação primitiva.»

Por estes motivos crêmos que no reinado de D. Afonso 3.º não se produziu lei harmonica com as disposições citadas das Ord. Aff., mas se produziram as duas leis citadas no principio d'esta nota, regulamentando a applicação da quota disponível a doações entre conjuges (vejam-se os n.ºs 84 e 95, *infra*).

<sup>1</sup> João Pedro Ribeiro conjectura que a citada lei, sem data, de D. Diniz é dos ultimos annos do seu reinado—*Observação Diplomática* citada, pag. 114.

quota disponível da terça, sem distincção dos bens a que applicavam esta medida <sup>1</sup>, apparece o testamento de D. Pedro 1.º, do anno de 1367, onde, ao lado da instituição do terço, apparece indicada outra parte ou quota de herança de livre disposição para o testador, a qual não podemos deixar de suppor que seria o quinto. E' todavia para notar que do testamento de D. Pedro 1.º, no qual se manda deduzir o terço *de todos os bens, asi moveis como raiz*, parece concluir-se que a incidencia d'esta medida sobre os bens da *avoenga* precedeu a destruição da medida do quinto <sup>2</sup>, o qual se continuou a deduzir exclusivamente d'estes bens; e isto prova como a tendencia para approximar os bens da *avoenga* dos bens adquiridos foi a causa determinativa da abolição da medida do quinto;

4.º—o desaparecimento completo d'esta instituição parece-nos poder fixar-se no reinado de D. João I.º, no qual devia estar inteiramente em desuso o principio da inalienabilidade dos bens da *avoenga* <sup>3</sup>, e de cuja data não conhecemos documento que, directa ou indirectamente, faça referencia á instituição do quinto, como loi vigente n'esse tempo. E' esta tambem a epocha em que começou o predominio de direito romano na legislação patria <sup>4</sup>,

<sup>1</sup> Veja-se o tit. 98 do liv. 4 das Ord. Aff., o n.º 23, *infra*, onde transcrevemos parte da lei de D. Diniz do anno de 1291 (nota 1 da pag. 68), e a *Observação Diplomática* citada, pag. 112 e 113.

<sup>2</sup> Veja-se o documento do anno de 1299, mencionado no n.º 25, *infra*.

<sup>3</sup> Ord. Aff. liv. 4, tit. 37—Ord. Man., liv. 4, tit. 25—Ord. Phil., liv. 4, tit. 11.—Mello Freire, *Institutiones Juris Civilis Lusitani*, liv. 3, tit. 1 § 40, nota.

<sup>4</sup> Mello Freire, *Hist. Jur. Civ. Lus.*, §§ 62, 67 e notas a estes §§ —Ricardo Raymundo Nogueira, *Prelecções sobre a historia do direito patrio*, pag. 33 e seg.—Thomaz Antonio de Villa Nova Portugal,

o qual não conheceu a distincção entre bens adquiridos e hereditarios <sup>1</sup>.

Quanto a dizerem as Ord. Aff. que a primeira lei citada de D. Diniz foi sempre usada e praticada, seria dar demasiada importancia a esta affirmacção, empregada n'uma epocha em que a differença entre a instituição do terço o quinto e a do terço indistincto devia ser percebida pouco nitidamente, e em que era difficil determinar o sentido da evolução juridica sobre o ponto em questão.

Tomamos, portanto, a phrase como referencia geral á instituição do terço, desde que existiu entre nós esta medida de quota disponível, quer fosse o terço, d'origem visigothica, recahindo só sobre os bens adquiridos, quer o terço indistincto, incidindo sobre todos os bens do testador <sup>2</sup>.

Em vista d'estas considerações, concluimos que as duas instituições patrias—do terço e quinto, e do terço indistincto—não tiveram periodos simultaneos de existencia, mas que a segunda derivou naturalmente da primeira, como resultado da tendencia para nivelar as duas especies de bens—hereditarios e adquiridos. Assim, quando o § 1 dos tit. 97 e 98 do liv. 4 das Ord. Aff. nos apresenta a doutrina do terço indistincto derivada dos costumes nacionaes <sup>3</sup>, não se deve entender pela palavra

---

*Memoria sobre qual seja a epocha fixa da introdução do direito romano em Portugal; e o grau de auctoridade que elle teve nos diversos tempos, nas Memorias de litteratura da Academia*, tomo 5.º pag. 377 e seg.—Coelho da Rocha, obra citada, § 95.

<sup>1</sup> Mello Freire, *Inst. Jur. Civ. Lus.*, lugar citado.

<sup>2</sup> Sobre o valor do preambulo historico das Ord. Aff. veja-se o que fica dito na nota 5 da pag. 68, na pag. 71.

<sup>3</sup> A mesma ideia se encontra no preambulo da lei de 9 de setembro de 1769 (na *Collecção de Legislação Portuguesa* de Antonio Delgado da Silva)—em Mello Freire, obra citada, liv. 3, tit. 5, § 3,

—*costumes*—a praxe primitiva de regular a materia desde que o direito wisigothico teve auctoridade entre nós, mas sim aquella que, manifestada já no reinado de D. Diniz, se accentua definitivamente no reinado de D. João 1.<sup>o</sup> <sup>1</sup>.

22.—A unica causa determinativa da transformação seria a indicada no n.<sup>o</sup> anterior?

Atraz vimos como Santa Rosa de Viterbo, depois de ter referido que o testamento de D. Affonso 2.<sup>o</sup> só encerra a disposição do terço, o que depois de muitos annos ficou servindo de lei, accrescenta «so he que esta não nasceo dos Arabes, que igualmente podião dispôr só da terça parte dos seus bens.»

O sr. Visconde de Seabra <sup>2</sup>, alludindo ao mesmo facto, aponta a grande influencia que teve entre as classes inferiores o elemento sarraceno, «a que se prende a limitação do terço» <sup>3</sup>.

No meio das opiniões variadas sobre o direito successorio musulmano, informa-nos Azcárate <sup>4</sup> de que podem estabelecer-se como culminantes, entre outros, os pontos seguintes—a legitima simultanea a varias classes de herdeiros e aos esposos, e a limitação da quota disponivel a um terço, segundo uns, ou a um quarto, segundo outros.

---

nota—em Almeida e Sousa, *Dissertações* 5.<sup>a</sup> § 17, e 6.<sup>a</sup> § 3, da collecção de *Dissertações* já citada—e em Liz Teixeira, obra citada, parte 2.<sup>a</sup>, div. 1.<sup>a</sup>, tit. 5, § 40 (pag. 275).

<sup>1</sup> Confira-se o proprio Mello Freire, na nota ao § 126 da *Hist. Jur. Civ. Lus.*

<sup>2</sup> Obra citada, pag. 311.

<sup>3</sup> Para o sr. Visconde de Seabra, a transformação a que nos vimos referindo revela o progressivo ascendente dos costumes e opiniões das classes inferiores, que mais tarde deviam supplantar as superiores. Veja-se o n.<sup>o</sup> 20, *supra*.

<sup>4</sup> Obra e tomo citados, pag. 340 e 341.

Nas nossas Ord. Aff. <sup>1</sup> encontra-se um valioso compendio de direito moiro sobre a materia das successões, e d'ahi consta effectivamente ser quota disponivel n'este direito o terço, o qual podiam os moiros deixar ou doar liberramente para bem da sua alma, para obras pias, beneficiando um extranho, etc.

Dever-se-ha considerar a influencia do direito sarraceno como causa determinativa da transformação? Nenhuma duvida teriamos em a considerar tal, se não fôra a differença profunda que encontramos entre o terço moiro das Ord. Aff. e o terço indistincto da nossa antiga legislação christã <sup>2</sup>.

Entre os moiros, a quota legitima era igual á quota de successão legitima: o terço era quota de disposição forçada, com a qual não podia o testador beneficiar um herdeiro seu, e de que devia dispor a favor de algum extranho, mesmo não nascido, defuncto, servo ou serva, Mesquita, Albergaria ou casa d'Oração, etc., com a comminação de aliás se devolver para a Corôa; isto é, no direito moiro não existia verdadeiramente quota disponivel, senão quanto á escolha da pessoa ou pessoas entre aquellas a quem a lei permitia que a dita quota fosse deixada <sup>3</sup>. Segundo a nossa antiga legislação christã, a quota do terço era verdadeiramente disponivel, pois o testador podia dispor ou não dispor d'elle, a favor dos seus herdeiros, de extranhos, para bem da sua alma ou em legados pios; e, no caso do não ter disposto d'esta

---

<sup>1</sup> Liv. 2, tit. 28.

<sup>2</sup> Sobre este ponto de direito moiro, veja-se a curiosissima nota (a) da pag. 55 do tomo 1.<sup>o</sup> da obra de José Anastacio de Figueiredo—*Synopsis Chronologica*.

<sup>3</sup> Ord. Aff., tit. citado, §§ 2, 14, 15 e seg., 53 e 58.

quota, portencia, a titulo de successão legitima, aos proprios herdeiros legitimarios <sup>1</sup>.

Parece-nos portanto mais verosimil suppor que a instituição do terço indistincto evolucioneu naturalmente da do terço e quinto, como explicámos no n.º anterior, filiando-se, por ligação mediata, na correspondente instituição wisigothica, onde o terço constitue até a *mejora* particular de certos herdeiros legitimarios <sup>2</sup>.

Forneceria ao menos o direito moiro a originalidade da medida do *terço*, uma das medidas de quota disponivel por elle fixadas <sup>3</sup>? Nem isso; o terço é d'origem wisigothica <sup>4</sup>, embora entre nós tivesse mais ampla destinação e incidencia mais restricta, quando unido á quota disponivel do quinto.

23.—Para responder ao quarto ponto, lembraremos as palavras com que Almeida e Sousa abre o § 34 da *Dissertação 6.*<sup>a</sup> <sup>5</sup>: «Pela primitiva origem das nossas terças, a sua principal destinação era para beneficio das almas dos testadores Pais, que tinham filhos»..... Na realidade, os documentos citados dos annos de 897 e 1100, dos mais antigos que os antiquarios nos apontam, encerram doações com fins pios; o do anno de 1192 diz expressamente *«istud casale est de quinta parte anime sua»*; o do anno de 1270 diz tambem em termos

bem claros—«*Item mando ad hec omnia persolvenda pro anima mea, et parentum meorum, et pro remissionem peccatorum meorum, quintam totius mei patrimonii, et tertiam totius mee ganadie, et de totis comparadiis*»..... <sup>1</sup>. Santa Rosa de Viterbo começa o seu artigo sobre *terço* e *quinto* <sup>2</sup>, referindo a disposição d'estas quotas a beneficio das almas dos pios testadores.

Poder-se-ha concluir que o terço e quinto foram entre nós exclusivamente destinados a desembargar a alma dos testadores <sup>3</sup>?

Duvidamos perfilar tal opinião, embora se comprehendam no sentido amplo da expressão—a beneficio das almas dos testadores—as deixas com fins pios e religiosos, e comquanto seja exacto que a quasi totalidade dos documentos assim citados <sup>4</sup> só contem doações com fins pios ou a bem da alma do testador.

Leva-nos a esta duvida o desconhecimento de um motivo qualquer, pelo qual se explique razoavelmente a transformação que se devia ter operado no direito wisigothico, onde o quinto da herança podia ser deixado tanto com os fins indicados, como a favor dos herdeiros do testador ou de extranhos <sup>5</sup>, em ordem a reduzir a disposição d'essa quota e do terço <sup>6</sup> a fins pios, ou, mais exclusivamente, a beneficio da alma dos testadores.

<sup>1</sup> Vejam-se os logares correspondentes citados no n.º 20, *supra*.

<sup>2</sup> *Elucidario*, *vb.* citados.

<sup>3</sup> Apesar de empregarmos a simples palavra *testadores*, para simplicidade de expressão, nem por isso deixamos de considerar exacto o modo como Almeida e Sousa se exprime, dizendo *testadores Pais*, porque o nosso direito primitivo não conheceu a legitima senão na linha recta descendente; *supra*, n.º 20.

<sup>4</sup> *Supra*, n.º citado.

<sup>5</sup> *Supra*, n.º 17.

<sup>6</sup> que não constituia entre nós *mejora* particular aos herdeiros legitimarios. Veja-se o n.º 20, *supra*.

<sup>1</sup> Ord. Aff., liv. 4, tit. 97, §§ 1 a 3; tit. 102, § 2; tit. 98; tit. 107, § 23. *Infra*, n.º 23—Ord. Man., liv. 4, tit. 70, pr. e § 1; tit. 75, pr. e § 1; tit. 71; tit. 77, § 4; liv. 5, tit. 91—Ord. Phil., liv. 4, tit. 82, pr. e § 1; tit. 91, pr. e § 1; tit. 92; tit. 97, § 3; tit. 81 § 6.

<sup>2</sup> *Supra*, n.º 17.

<sup>3</sup> como se conclue do confronto do § 58 do tit. 28 do liv. 2 das Ord. Aff. com os §§ 15 e seg. do mesmo titulo.

<sup>4</sup> Mello Freire, logar citado. Compare-se muito especialmente a medida da legitima paterna castelhana, de origem wisigothica; *supra*, n.º 17.

<sup>5</sup> da collecção de *Dissertações* já citada.

Que este devia ser o destino ordinario d'estas quotas, conclue-se dos nossos costumes d'essa epocha, em que a organização e protecção dos mosteiros estava em pleno vigor e se professava respeito, ou antes, verdadeiro temor por tudo quanto cheirasse a inferno, enxofre e resina. Que este devia ser o destino ordinario d'estas quotas, provam-n'o concludentemente as celebres leis de amortisação de D. Affonso 2.<sup>o</sup> (anno de 1211), e de D. Diniz (annos de 1286 e 1291), as quaes, prohibindo ás Egrejas e Ordens a aquisição de bens de raiz por herança, principalmente aos mosteiros nos bens dos seus frades <sup>1</sup>, accusam a tendencia do tempo para accumular nas mãos d'estas corporações a propriedade territorial; prova-o ainda mais concludentemente o facto de nunca terem sido observadas á risca as citadas leis de D. Diniz, embora tivessem sido confirmadas e garantidas nas Côrtes de Lisboa do anno de 1371 (no reinado de D. Fernando), e se legislasse sobre a materia em quasi todos os reinados seguintes <sup>2</sup>, pois este facto denuncia, por parte dos doados, um amor a casas e herdades não perfeitamente evangelico, e, por parte dos doadores, uma predisposição invencivel para esta especie de deixas <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Ord. Aff., liv. 2, tit. 14 e 15—Fr. Antonio Brandão, *Monarchia Lusitana* parte 4.<sup>a</sup> liv. 13, cap. 21; parte 5.<sup>a</sup>, livro 17, cap. 7 e 8—Mello Freire, obra citada, §§ 45, 55 e nota; *Inst. Jur. Civ. Lus.*, liv. 1.<sup>a</sup>, tit. 5 § 11—Coelho da Rocha, obra citada, § 76 e nota—Alexandre Heretulano, *Historia de Portugal*, volume 2.<sup>o</sup> pag. 243.

<sup>2</sup> Ord. Man., liv. 2.<sup>o</sup> tit. 8—Ord. Phil. liv. 2.<sup>o</sup>, tit. 18—Preambulo da lei de 4 de julho de 1768 e do Alvará de 12 de maio de 1769 na citada *Collecção de Legislação Portuguesa*—Fr. Francisco Brandão, *Monarchia Lusitana*, parte 5.<sup>a</sup>, liv. 17, cap. 8, pag. 190—Mello Freire, *Hist. Jur. Civ. Lus.*, §§ 55 e nota, 60 e nota (a), 71, 89 e nota—Coelho da Rocha, obra e lugar citados.

<sup>3</sup> Sobre o abuso em que a Igreja incorreu e modos de que se serviu para alcançar deixas de bens, veja-se especialmente a obra

Mas, alem da dificuldade de explicar a transformação indicada, como justificar, por outro lado, a passagem para o direito das Ordenações Affonsinas, que foi adoptado pelas Manoelinas e tambem pelas Philippinas, no qual se não poem obstaculos á livre disposição da terça, de forma a impedir a para outros quaesquer fins que não fossem obras pias ou beneficio da alma dos testadores <sup>1</sup>?

Agora, feita toda a cedencia á opinião cujo rigor historico impugnamos, perguntaremos: não será verdade que as citadas leis de amortisação, embora não executadas como fôra de desejar, exprimem o sentido da legislação d'aquelles tempos, manifestamente contrario a essa opinião? Pois não significam ellas a vontade de reprimir a accumulção de bens de raiz nas mãos das corporações religiosas? E, se esta é a significação d'essas leis, cuja origem Mello Freire colloca em epocha anterior a Affonso Henriques <sup>2</sup>, como suppor que o facto de quasi todos os documentos encerrarem doações a bem da alma dos testadores ou com fins pios, demonstra mais alguma coisa do que a lucta d'um preconceito e habito social contra as beneficas prescripções legaes?

Encarados os documentos á face das leis de amortisações, não será até contraproducente o argumento? Parece-nos que sim.

citada de Fr. Francisco Brandão, parte 5.<sup>a</sup>, liv. 16, cap. 63 pag. 148; parte 6.<sup>a</sup>, liv. 18, cap. 58, pag. 250 e 251—e a obra citada de Mello Freire, no fim da nota ao § 53.

<sup>1</sup> Vejam-se os logares citados, das Ordenações na nota 3 da pag. 42.

<sup>2</sup> Veja-se a *Hist. Jur. Civ. Lus.*, no principio da nota citada, e a Memoria citada de F. M. Trigoso d'Aragão Morato, especialmente na parte 4.<sup>a</sup>, onde este auctor refere ao reinado de D. Diniz a consistencia, execução e generalidade das leis sobre amortisação.

Não abandonaremos a discussão d'este ponto, sem transcrever alguns periodos da citada lei do reinado de D. Diniz, do anno de 1291 <sup>1</sup>: «*Porem ponho, e faço tal lei, e tal constituição em meu Reyno para todo sempre, que se filhos dal, ou outras gentes, quer homens, quer mulheres de meu Reyno entrarem em ordens, que à morte dellas, às ordens nom venhom estas possessões, nem as possão vender, nem dar, nem alhear, nem em outra maneira fazer dellas cousa que se faça engano, porque as ajão as ordens: mas se algum destes alguma cousa quizer dar por sa alma, venda o terço de seus herdamentos, e das possessões, e as duas partes fiquem a seus herdeiros. E vendão o terço a taes pessoas, que nunca se possão tornar às ordens....*»

Querer-se ha deduzir argumento d'este texto, por isso que elle só regula as duas hypothese referidas — a do ser instituida herdeira uma ordem monastica e a da deixa a bem da alma do testador, parecendo, portanto, que estes eram os unicos destinos que podiam ter as quotas disponiveis?

Repetimos: nada mais vemos n'esse texto que a prescripção legal tendente a reprimir um habito adquirido, mas não podemos vêr n'elle a prohibição d'outros empregos das quotas que não os indicados, pelos motivos expendidos e pelo exemplo fornecido por um dos documentos do anno de 1315, do qual bem claramente se deduz a liberdade de dispor do terço e quinto com um fim profano, a favor de extranhos <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Fr. Francisco Brandão, obra citada, parte 5.<sup>a</sup>, liv. 17, cap. 7, pag. 187, verso.—Ord. Aff. liv. 2, tit. 15, § 3.

<sup>2</sup> O documento apontado no texto exprime-se pela seguinte forma: «*E mando todo o meu terço e o meu quinto a Prailhy Lourenço, minha mulher, en sa vida....* veja-se o logar citado no n.º 20, *supra*.—Interpretação analoga se deve dar, em nosso entender, á lei do mesmo rei, citada no n.º 21, *supra*, que passou para o tit. 98 do

Rejeitando, á vista do exposto, o modo restricto como S. Rosa de Viterbo *parece* definir o destino primitivo d'estas quotas <sup>1</sup>, explicaremos por uma tendencia, superior á auctoridade da lei, o facto notado por Almeida e Sousa quanto ao terço—de ser destino vulgar do terço e quinto, mas não exclusivo, o bem da alma do testador e o beneficio das instituições religiosas.

24.—Cumpre-nos fallar agora das especialidades da medida da legitima e quota disponivel, de que a historia antiga portugueza faz menção.

Conta Alvaro Valasco <sup>2</sup> que, no bispado da Guarda, a quota disponivel era da *quarta* dos bens, no caso de haver filhos, por antigo costume ahí commumente observado. Esta versão é tambem referida por Manoel Barbosa <sup>3</sup>; e Diogo Guerreiro <sup>4</sup>, que a applica tanto no caso da legitima ser destinada aos filhos do testador, como no de o ser aos paes <sup>5</sup>, estende o costume a Portalegre, apresentando-o como antiquissimo, existente desde o principio do reino e mais velho que a lei patria <sup>6</sup>.

liv. 4 das Ord. Aff. e onde se usa da phrase ambigua «*salvo a terça parte, que pode dar per sua alma, assy de movel como de raiz, a outrem que quizer*» (§ 1 do citado titulo).

<sup>1</sup> S. Rosa de Viterbo, no logar citado, refere-se pela mesma forma ao quinto visigothico, reduzindo o seu destino a obras pias; e isto, se não fui deseuído, é inexactidão—Veja-se o n.º 17, *supra*.

<sup>2</sup> *Decisionum, consultationum ac rerum judicatorum in regno Lusitaniae libri duo*, cons. 104, n.º 25.

<sup>3</sup> *Remissiones doctorum ad Ordinationes Regni Lusitani*, liv. 4, tit. 82, n.º 6.

<sup>4</sup> *Tractatus II, De divisionibus*, liv. 3, cap. 2, n.º 27.

<sup>5</sup> o que exceptua o exposto no n.º 20, *supra*, sobre a legitima paterna.

<sup>6</sup> n.º 28 a 30 do logar citado — Veja-se sobre esta especialidade a citada *Dissertação* 5.<sup>a</sup> de Almeida e Sousa, § 7, nota.



Mais diz Guerreiro <sup>1</sup> que a expressão *quarta* não respeita unicamente aos bens do testador, mas a todos os bens do casal, resolvendo-se, por conseguinte, na metade da meação do conjugue testador, e assim attesta Guerreiro ter visto testar bastantes vezes em Portalegre <sup>2</sup>.

Seja qual fôr a fidelidade da narração de Guerreiro, é todavia certo que, relativamente ao bispado da Guarda, Valasco se serve no logar citado da expressão «*disponere solum possant de quarta bonorum*», e Barbosa no logar citado d'est'outra *aut tantum possit disponere de quarta*, e isto prova á evidencia como, para estes auctores, o facto apresentado constituia uma diminuição, um desfalque no direito ordinario de disposição, consagrado pelas Ordenações <sup>3</sup>; ora a disposição do terço, segundo as Ordenações, era referida unicamente aos bens pertencentes ao testador <sup>4</sup>. Sem pretendermos rejeitar pela base a affirmação de Guerreiro, pol-a-hemos em duvida, mormente pela leviandade com que elle agglomera os bispados da Guarda e Portalegre, em ordem a submeter o primeiro ao principio que, segundo diz, era praticado em Portalegre.

Mais ainda. Para explicar esta anomalia juridica, parece-nos que o mais verosimil será consideral-a como conservação nos costumes do direito romano sobre a materia, antes da reforma de Justiniano <sup>5</sup>; ahi, a medida

<sup>1</sup> logar citado, n.º 28.

<sup>2</sup> onde este escriptor exercen as funcções de Juiz dos Orphãos, como se lê no logar citado.

<sup>3</sup> Ord. Aff., liv. 4, tit. 97, §§ 1 a 3; tit. 102, § 2—Ord. Man., liv. 4, tit. 70, pr. e § 1; tit. 75, § 1—Ord. Phil., liv. 4, tit. 82, pr. e § 1; tit. 92, § 1.

<sup>4</sup> Vejam-se os logares citados das Ordenações e o n.º 42, *infra*.

<sup>5</sup> *Supra*, n.º 8 e 9.

da legitima acha-se ser perfeitamente igual á indicada por Valasco e Guerreiro, como antigo costume dos bispados da Guarda e Portalegre. Apresentamos esta hypothese, á falta d'outra mais solida e razoavel.

Pois no direito romano (assim como pelas nossas Ordenações), a quota disponivel era tão sómente referida aos bens pertencentes ao testador, como se conclue da segunda regra de calculo acima indicada <sup>1</sup>, attenta a intima correspondencia que liga a quota legitimaria á quota disponivel da mesma successão <sup>2</sup>.

Em face das razões expendidas, será exacto ter vigorado em Portalegre o costume referido, tal como nol-o apresenta Guerreiro? Responda pela affirmativa o valor d'este nome.

25.—Santa Rosa de Viterbo <sup>3</sup> menciona dois documentos de 1150, que erradamente parece adduzir como demonstrativos da disposição do terço e quinto nos antigos documentos patrios.

No primeiro faz-se a seguinte declaração: «*Si vero filium ex legitima uxore unum vel duos, vel usque quinque filios habuero: aequalem vobis partem unius filii concedo. Quod si amplius quinque filios mihi Deus dederit, quintam partem vobis concedo integram*». No segundo: «*Tali pacto, et convenientia: quod si semen habuero, ad unum, vel duos, mediam partem uno filio facio: duobus, tertiam, tribus verò quartam: Si verò plus, quintam partem mando praedicto loco S. Salvatoris; caetera autem filiis meis*».

Pelo primeiro documento, se o testador não tivesse

<sup>1</sup> *Supra*, n.º 12. Esta é tambem a regra formulada pelo Cod. Wis.; *supra*, n.º 18.

<sup>2</sup> *Infra*, n.º 102 e 103.

<sup>3</sup> logar citado.

mais de cinco filhos, a quota disponível seria igual a uma quota parte da herança, igual ao numero de filhos existentes mais um; mas, se o testador tivesse mais de cinco filhos, a quota disponível seria sempre igual ao quinto da herança; e d'aqui resultava ser maior no caso de existirem seis ou cinco filhos do que no caso de existirem cinco.

Pelo segundo documento, vigorava o primeiro principio até ao numero de tres filhos, e o segundo desde esse numero em diante; o que aperfeiçoava as regras estabelecidas no primeiro documento.

Encerra tambem uma disposição excentrica o documento do anno de 1289, citado por João Pedro Ribeiro <sup>1</sup>, no qual se diz: *«Item mando . . . que meos Executores filhem minha terça, e minha quinta, e todo meu movel»* . . .

O mesmo refere <sup>2</sup> um documento do anno de 1299, onde se distingue entre bens moveis e immoveis por uma forma excepcional: *«E os Executores desta minha manda filhem a terça do meu aver movel, e filhem a terça e a quinta dos meus erdamentos»* . . .

N'um dos documentos do anno de 1156, citados por este auctor, se nota o legado do cavallo e armas á Ordem do Templo, e n'outro d'esse anno, tambem citado por João Pedro Ribeiro no mesmo logar <sup>3</sup>, identico legado a captivos. Observa elle que, a respeito d'estes moveis, parece ter havido um privilegio mais particular; ao menos, de um formal de partilhas de 23 de fevereiro do anno de 1359 se vê passarem precipuas ao filho mais velho as armas e o cavallo de seu pae, segundo (se diz no formal) o costume do Porto <sup>4</sup>.

Observação Diplomática citada, pag. 109.

Observação Diplomática citada, pag. 114, nota (3).

Supra, n.º 20.

<sup>4</sup> Veja-se o Appendice citado ao tomo 2.º das Dissertações Chro-

Mas a maior singularidade é a notada ainda por este auctor <sup>1</sup> e que se encontra n'um testamento do anno de 1156; ahi, o testador, depois de ter legado parte dos bens de raiz, declara que o resto pertenceria a seus filhos, se fossem bons; não o sendo, pertenceria a herança ao mosteiro de Pendorada.

Qual o fundamento d'estas disposições e o alcance da sua applicação? Serão documentos isolados, cuja existencia comprove, por isso que são factos excepcionaes, as regras acima expostas, ou corresponderão a textos de lei desconhecidos ou a costumes peculiares de certas povoações? É impossivel ao interprete apresental-as por outra forma que a de anomalias da historia do direito patrio; e, na expectativa da descoberta de outros documentos que nos habilitem a modificar o nosso parecer, professaremos a opinião de não ver n'elles senão transvios da legislação e costumes em vigor na epocha alludida.

Pode surpreender por ventura ter isto acontecido em tempos que não primavam pela fixidez da legislação, e em que a variedade dos textos de lei e dos costumes tornava difficillimo o conhecimento nitido das prescripções legais?

26.—Atraz deixamos indicadas leis de D. Affonso 3.º, D. Diniz e D. João 1.º que passaram ou foram declaradas ou modificadas nas Ordenações Affonsinas <sup>2</sup>.

O tit. 14 do liv. 4 d'estas Ordenações (§§ 5 a 8),

nologicas, pag. 222, onde se falla mais detidamente d'esta especialidade.

<sup>1</sup> Appendice e logar citados.

<sup>2</sup> Supra, n.º 21.

































entre esposados ou feitas por terceiro aos mesmos, só no caso de ambos os conjuges estarem de boa fé (artt. 1168 e 1091), e á existencia de doações entre casados, quer ambos os conjuges, quer um qualquer d'elles, estejam de boa ou má fé.

E será isto possível? Será possível que, na hypothese de existirem doações ante-nupciaes, o conjuge donatario de boa fé haja de perder o direito aos bens doados pelo outro conjuge ou por um terceiro, por causa da má fé do doador? E na hypothese de existirem doações feitas durante o casamento, terão ellas validade, quando ambos os conjuges ou só o conjuge donatario estiverem de má fé?

32.—Vemos uma unica maneira de resolver todas estas difficuldades: julgamos que oCodigo comprehendendo nos artt. 1091 e 1092 os effeitos civis do casamento annullado, tanto pelo que respeita ás pessoas dos conjuges e filhos, como pelo que respeita aos bens dos primeiros, e que será necessario e sufficiente, para ter validade qualquer doação feita por um dos esposados ou conjuges ao outro, ou por um terceiro a favor dos esposados, que o donatario estivesse de boa fé.

Parece-nos rascavel este modo de entender os artigos citados: oCodigo determina nos artt. 1091 e 1092, á vista da forma geral como se exprimem, os casos em que o casamento annullado produz effeitos civis, relativamente ás pessoas dos filhos, e ás pessoas e bens dos conjuges; estabelece em seguida as disposições dos artt. 1093 e 1094, que se referem unicamente ás pessoas dos filhos, e apresenta por ultimo no art. 1095 uma disposição particular sobre os bens dos conjuges, pela qual se previne a duvida grave que as disposições dos artt. 1091 e 1092 levantariam, se porventura não existisse a do art. 1095 <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Se não existisse esta disposição legal, haveria justo motivo

D'esta forma, desaparecem as duvidas produzidas pela applicação do art. 1168 á hypothese das doações feitas por terceiro aos esposados <sup>1</sup> e a contradicção flagrante entre os artt. 1091 e 1092, e os artt. 1123 e 1156, os quaes não distinguem, relativamente aos bens dotaes e áquelles em que cada um dos conjuges communicou com o outro, as hypotheses de boa e má fé por parte de ambos elles, ou só da mulher dotada, e de qualquer dos conjuges casados segundo o costume do reino <sup>2</sup> ou com simples communhão de adquiridos <sup>3</sup>.

E tão necessario é entenderem-se os artt. 1091 e 1092 pela maneira indicada que o sr. conselheiro Dias Ferreira, não obstante declarar na nota ao art. 1095 <sup>4</sup> que os artigos anteriores (e portanto os artt. 1091 e 1092) regulam as consequencias da annullação do casamento quanto ás pessoas dos filhos e dos conjuges, e que o art. 1095 regula as consequencias da annullação quanto aos bens, não duvida comprehender nos artt. 1091 e 1092 os effeitos civis da annullação quanto a estes, como se vê da nota respectiva <sup>5</sup>.

Mas, acima de todos os argumentos, está a referencia expressa do art. 1168 ao art. 1091; porquanto, a não querer admittir que os effeitos civis da boa ou má fé são só applicaveis, quanto aos bens dos conjuges, ás

---

de perguntar se os effeitos do casamento annullado, quanto ás doações entre esposados ou casados, só começavam na epocha do fallecimento do doador (artt. 1167, 1235, 1171, 1181 e 1734).

<sup>1</sup> O sr. conselheiro Dias Ferreira defende esta applicação na obra e volume citados, nota aos artt. 1091 e 1092, pag. 44.

<sup>2</sup> Veja-se Correia Telles, obra citada, tomo 2.º, artt. 332 e 333, e Coelho da Rocha, obra citada, § 254, que as distinguem relativamente ao regimen da communhão de bens.

<sup>3</sup> Artt. 1121 e 1132.

<sup>4</sup> Obra e volume citados, pag. 47.

<sup>5</sup> Obra e volumes citados, pag. 44 e 45.















































N'este Projecto, acha-se o § virgulado exactamente como no actual Código Civil.

Quem interpretar o § 1 do art. 1790 do Código, attendendo exaggeradamente a este elemento da redacção (por vezes de não pequena importancia), e vir na defeituosa virgulação do § mais alguma coisa do que um simples lapso na copia do artigo approved pela Com. Rev., será levado a antepor a deducção das dividas da herança á operação da somma do valor dos bens deixados pelo seu auctor. Quanto á expressão «*sommar-se-ha o valor de todos os bens*», que o auctor da herança houver deixado», explical-a-hia, lembrando que este só pode transmittir aos herdeiros o que realmente lhe pertence, e que o valor total do remanescente da herança, depois de satisfeitas as dividas d'esta, é, na realidade, o valor de todos os bens que os herdeiros veem a receber, isto é, o valor de todos os bens que o auctor da herança lhes deixou.

Se assim fosse, como realizar o pagamento das dividas da herança, quando este pagamento dovesse ser feito por divisão *pro rata* dos bens existentes no espolio do testador <sup>1</sup>, quer da totalidade <sup>2</sup>, quer de parte d'esses bens <sup>3</sup>, ou especialmente dos moveis, para satisfação de varios creditos privilegiados geraes, que a lei colloca no mesmo gráo de preferencia <sup>4</sup>?

Mas não: o Código, depois da expressão «*feita a deducção das dividas da herança*» emprega est'outra «*juntar-se-ha á somma restante o valor dos bens*» etc.,

<sup>1</sup> Art. 2125.

<sup>2</sup> Como pode acontecer, quando não ha creditos com preferencia, fundada em privilegio, ou em hypotheca (art. 1005).

<sup>3</sup> Como pode acontecer, na hypothese contraria á da nota antecedente (art. 1005 e seg.)

<sup>4</sup> Art. 884, 885 e 1010, § un.

e a expressão «*somma restante*» significa evidentemente a somma do valor de todos os bens deixados pelo auctor da herança, depois de deduzidas as dividas proprias; significa, n'uma palavra, a differença entre a somma do valor d'esses bens e o das dividas passivas da herança. Se a operação da deducção das dividas dovesse succeder á da dita somma, não mandaria o § juntar o valor dos bens doados em vida pelo fallecido á somma restante, mas sim á *somma do restante* ou *dos bens restantes*.

54.—A' face do disposto no § 1 do art. 1790, os bens deixados pelo auctor da herança estão obrigados ao pagamento das suas dividas, ou, o que é o mesmo, só se consideram *bens*, propriamente ditos, o valor liquido da massa existente no espolio do testador, depois de deduzidas as dividas da herança <sup>1</sup>.

O conhecido principio do direito romano—*bona non intelliguntur cujusque, quae deducto aere alieno supersunt*<sup>2</sup>—só é exceptuado pelos bens conferidos ficticiamente á massa da herança, para o calculo da quota disponivel—os bens doados em vida pelo testador, sobre os quaes não pesa a responsabilidade pelas dividas da herança.

O sr. Visconde de Seabra, em ordem a justificar este facto, observa <sup>3</sup>: «ou os crédores são anteriores,

<sup>1</sup> Valasco, obra citada, cap. 17, n.ºs 5 e 6—Sr. conselheiro Dias Ferreira, obra e lugar citados, pag. 164—Goyena, obra citada, tomo 2.º, nota ao art. 648, pag. 97.

<sup>2</sup> Dig., liv. 50, tit. 16, lei 32, § 1.

<sup>3</sup> Resposta e lugar citados, pag. 105. Vejam-se as sessões do Conselho d'Estado Francez de 28 *pluviose* anno xi, e de 12 *ventose* do mesmo anno (na citada collecção dos *Motifs, rapports et opinions des orateurs qui ont coopéré à la rédaction du Code Civil* etc., tomo 2.º, pag. 401 a 408), onde esta materia é tratada, *de jure constituendo*, com todo o desenvolvimento. Ahi se encontram resumidos os argumentos de que os modernos commentadores se servem para defender os direitos, ou dos herdeiros legitimos, ou dos credores da successão.

ou posteriores ás doações; se são anteriores, podiam ter prevenido esse prejuizo, e se não o fizeram, a si o impu-tem; e se são posteriores, nenhum direito têm contra as transmissões anteriores.»

Demais, notaremos que o credor, anterior á doação em vida, pode exigir a satisfação dos seus creditos ao donatario, quando a doação é feita com encargo do pagamento das dividas do doador <sup>1</sup>, e, mesmo na falta d'esta estipulação, se a doação fôr da totalidade dos bens <sup>2</sup>, ou se, embora de bens certos e determinados, elles lhe estiverem hypothecados ou se provar a fraude em prejuizo dos credores <sup>3</sup>; alem d'isto, pode, em certos casos, requerer a rescisão d'este contracto <sup>4</sup>.

O credor, posterior á doação, não pode exigir a satisfação dos seus creditos ao donatario, ainda que a doação tivesse sido feita com encargo do pagamento das dividas do doador, sem outra declaração, ou fosse da totalidade dos bens d'este, sem estipulação alguma a esse respeito <sup>5</sup>; mas poderá exigil-a, se a doação contiver designação expressa da divida, ou dividas, que o doador esperava contrahir e contrahiui na realidade, dado o caso do valor das dividas não ser superior ao dos bens doados <sup>6</sup>, e poderá requerer, em certos casos, a rescisão d'este contracto, pois da generalidade dos termos do art. 1031, e do seu fim, se conclue que esta disposição é applicavel ainda á hypothese de o credito ser posterior ao contracto simulado.

<sup>1</sup> Art. 1469.

<sup>2</sup> Artt. 1470, § 2 e 1460.

<sup>3</sup> Art. 1470, § 1.

<sup>4</sup> Artt. 1031, 1033, 1035 e 1036.

<sup>5</sup> Artt. 1469, 1470, § 2, 671, n.º 3 e 683.

<sup>6</sup> Art. 1469. Em tal caso, a doação será onerosa (art. 1454, § 3), deixando de ser illegal e, portanto, nullo este contracto, pois o não é a condição alludida (artt. 671, n.º 3 e 683).











Por despesas do *funeral*, entende-se hoje, como anti-gamente <sup>1</sup>, aquellas que se fazem com o corpo até se dar á sepultura, incluindo os suffragios e as missas de corpo presente; as despesas do *bem d'alma* são as que se fazem posteriormente com as outras missas, officios e suffragios <sup>2</sup>.

A segunda parte do art. 2116 foi suspensa pelo decreto dictatorial de 23 de junho de 1870, confirmado pela lei de 27 de dezembro do mesmo anno <sup>3</sup>, emquanto por lei não fôr regulada a dotação do clero parochial <sup>4</sup>. Na actualidade, as despesas do bem d'alma são reguladas, para os casos de successão intestada, pela disposição do art. 1899, n.º 1 <sup>5</sup>, com a restricção que consta do art.

<sup>1</sup> *Supra*, n.º 52.

<sup>2</sup> Sr. conselheiro Dias Ferreira, obra e lugar citados, pag. 263, e 264.

<sup>3</sup> Veja-se o decreto citado no *Diario do Governo* de 25 de junho, n.º 139, e a lei citada no de 23 de dezembro, n.º 294. No relatorio do citado decreto apontam-se as medidas anteriores tomadas com o mesmo fim pelo poder executivo e pela Camara dos Deputados.

<sup>4</sup> O sr. conselheiro Julio de Vilhena apresentou, na sessão da Camara dos Deputados de 22 de dezembro de 1883, um projecto de lei sobre a dotação do culto e clero, que ainda não foi discutido (veja-se este projecto e o relatorio respectivo no *Diario* da mesma Camara do anno de 1883, pag. 1872 a 1879, e 1887 a 1889). Uma das bases em que assenta o projecto de lei é a supressão das congruas e pé do altar, os quaes propõe que sejam calculados por freguezias, addicionados proporcionalmente ás contribuições predial, pessoal, sumptuaria e de renda de casas, e cobrados conjunctamente com ellas (veja-se especialmente sobre este ponto o art. 13, n.º 3 e § 2, do citado projecto, completado pelo art. 6 e § un. do mesmo, e o relatorio a pag. 1874 e 1875 do *Diario* e anno citados).

<sup>5</sup> Diz este artigo: «Se o testador não especificar os deveres do testamenteiro, consistirão estes no seguinte: 1.º Em cuidar no enterro e funeral do testador, e em pagar as despesas e suffragios respectivos, conforme a disposição do mesmo testador ou, na falta d'esta, conforme o costume da terra.»

1775, para o caso de o testador ter regulado em testamento os suffragios por sua alma: os ditos suffragios não poderão absorver mais do que o terço da terça dos bens por elle deixados.

É dentro d'este limite, valido para todas as especies de successão, que nos parece rigorosa a opinião sustentada na *Revista de Legislação e Jurisprudencia* <sup>1</sup> — que considera ainda em vigor a antiga legislação civil, pela qual devem os parochos fazer os suffragios por alma dos seus freguezes fallecidos *ab intestato*, segundo os costumes que forem justos e ostiverem legitimamente consentidos o approvados nas dioceses <sup>2</sup> — sob pena de admittirmos a instituição ampla da alma por herdeira, contra as disposições expressas da actual lei civil, e a supremacia indefensavel das constituições dos bispados sobre as suas disposições <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Anno 13.º, n.º 630, pag. 86 a 88—Sr. conselheiro Dias Ferreira, obra e lugar citados. *Supra*, n.º 28.

<sup>2</sup> Nos lugares citados da *Rev. de Leg. e Jur.* e do commentario do sr. conselheiro Dias Ferreira se acha mencionada essa legislação.

<sup>3</sup> Sr. conselheiro Dias Ferreira, obra e lugar citados. A lei de 9 de setembro de 1769 (citada no n.º 28, *supra*), ao mesmo tempo que prohibia a disposição a titulo de legado pio, ou de bens d'alma, de mais do terço da terça dos bens do testador, e no que esta parte da terça excedesse 400\$000 réis, mandava observar o mesmo pelos herdeiros legitimos d'aquelles que morressem intestados, a respeito dos suffragios que lhes parecesse fazer a beneficio das almas dos defunctos (§§ 6 e 7 d'esta lei). Estes §§, suspensos pelo decreto de 17 de julho de 1778, não foram restaurados, senão parcialmente, pelo Código Civil; mas o § 21 da mesma lei, em que se prohibia a instituição da alma por herdeira, igualmente suspenso pelo citado decreto, foi restaurado, como vimos no n.º 28, *supra*, pelo alvará com força de lei de 20 de maio de 1796 (veja-se sobre este ponto o n.º citado e os n.ºs 11 e 23, *supra*). O § un. do art. 1781 do Código Civil, segundo o qual as corporações de instituição ecclesiastica só poderão succeder até o valor do terço da terça do





































2.º—parecer que sustenta a conferencia das mencionadas doações, sempre que se torne necessario o calculo da quota disponivel e legitima, quer se trate da redução d'essas doações, quer aponas da liquidação da legitima e doações por morte <sup>1</sup>: denominall-o-hemos *parecer não-especialisador*.

tenção manda extrahir a terça dos bens da herança (bens existentes na herança, como se deprehe de da tenção) e, não obstante, julga tal parecer discordante do exposto nas duas primeiras tenções, e os autos passam aos tencionantes seguintes, por não ter havido vencimento sobre este ponto. A quarta tenção, assignada por um dos nomes mais respeitaveis do nosso fóro, considera não vencido o ponto de saber-se como devia ser extrahido o terço da inventariada, e vota uniformemente com as tres tenções anteriores, pois manda extrahir-a dos bens da herança (bens existentes na herança, como se deprehe de da tenção). Vem por ultimo a quinta tenção, onde se expõe parecer identico e se diz que «os bens doados, quando a doação não é inofficiosa, não influem na terça deixada pelo testador.» Esta tenção faz vencimento com a terceira e quarta, nas quaes se professa doutrina igual á expendida nas duas primeiras!

Eis o estado de confusão a que chegou a nossa jurisprudencia sobre a materia da conferencia dos bens doados em vida pelo testador, para o effeito do calculo da quota disponivel. O resultado do accordão, sob o ponto de vista do processo, foi a infracção flagrante da disposição do art. 1063 do Código do Processo Civil, o qual, regulando o julgamento por tenções perante as Relações e Supremo Tribunal de Justiça (artt. 1058 e seg., e 1172 do mesmo Código), manda que, havendo tres votos conformes na confirmação ou revogação da sentença, lavre o accordão o juiz que fizer vencimento, e o leve á conferencia para ser assignado pelos juizes que fizeram vencimento.

<sup>1</sup> Sr. Cons. Dias Ferreira, obra citada, volume 3.º, nota ao art. 1147, pag. 164, 166 e 167; volume 4.º, nota aos artt. 2098 e 2099, pag. 440 e 442; volume 5.º, nota ao art. 1147, pag. 392 a 394—*Rev. de Leg. e Jur.*, anno 3.º, correspondencia transcripta no n.º 128, pag. 378 e 379, e o proprio semanario no mesmo anno e numero, pag. 379 a 381; anno 5.º, correspondencia transcripta no n.º 247, pag. 613 e 614; anno 7.º, correspondencia transcripta no n.º 348,

Não é só na nossa jurisprudencia que se levanta esta questão: a jurisprudencia franceza discute o mesmo problema á face, principalmente, dos artt. 857 e 922 do Código Civil Francez, e já nos trabalhos preparatorios d'este Código se encontra alguma coisa que lhe respeita.

Diz Bigot-Préameneu <sup>1</sup> que a faculdade de dispor não se calcula unicamente sobre os bens existentes na successão, depois de pagas as dividas, e que é necessario juntar a estes bens os doados em vida pelo fallecido, pois não teriam limites fixos as doações em vida ou por morte, caso não se comprehendessem todas as especies de disposição de bens. Da generalidade d'estes principios, e da forma porque Bigot-Préameneu continúa a exprimir-se, estabelecendo a comparação entre os direitos do donatario em vida e do herdeiro legitimario, conclue-se que as observações referidas respeitam a todos os casos de calculo da quota disponivel—tanto áquelle em que as doações em vida são inofficiosas, como áquelle em que o não são e se trata apenas da satisfação de doações por morte.

A França apresenta-nos uma jurisprudencia variavel e a discussão ampla d'este ponto de calculo da quota

pag. 566 a 568, e o proprio semanario no mesmo anno e numero, pag. 568 e 569; anno 9.º, n.º 424, pag. 116—*Direito*, anno 2.º, n.º 33, pag. 518; anno 5.º, accordão da Rel. do Porto de 11 de março de 1873, no n.º 33, pag. 527; anno 6.º, accordão do mesmo tribunal de 6 de fevereiro de 1874, no n.º 41, pag. 173 e 176; anno 7.º, n.º 3, pag. 33 e seg.; mesmo anno, tenções do accordão da Rel. de Lisboa de 7 de outubro de 1874, no n.º 9, pag. 141; anno 9.º, 2.º, 3.º e 4.º tenções do accordão do mesmo tribunal de 12 de junho de 1877, no n.º 26, pag. 413 a 415—*Gaz. da Ass. dos Adv.*, anno 2.º, n.º 18, pag. 274; n.º 22, pag. 337 e 338—*Revista dos Tribunaes*, anno 1.º, n.º 1, pag. 2 e 3.

<sup>1</sup> *Exposé des motifs* citado, na collecção e tomo citados, pag. 383.





























































A dispensa da collação colloca o herdeiro legitímario, beneficiado em vida, nas mesmas circumstancias do donatario extranho á successão; a operação da collação desaparece, e as doações feitas ao referido herdeiro são só conferidas ficticiamente, para o effeito do calculo da legitima e quota disponível, e redução por inofficiosidade, no caso de envolverem prejuizo da legitima.

Determina depois o Codigo no art. 2111 <sup>1</sup> a forma como hão de ser imputadas na quota disponível os bens doados sujeitos á collação, só ou cumulativamente com outras doações; o que, aliás, era excusado, pois o facto de se accumularem no mesmo individuo os titulos de herdeiro legitímario e donatario em nada modifica a natureza e alcance d'este ultimo titulo <sup>2</sup>.

Todavia, embora consideremos desnecessarios os proceitos do art. 2111 e §§, menos o que encerra a regra da imputação na porção legitímatoria dos bens sujeitos á collação, antes de se fazer na quota disponível, nada conteem as suas disposições que confunda as duas operações mencionadas: a noção da collação só apparece, como devia ser, para separar a parte dos bens doados sujeitos á collação, que constitue a porção legitímatoria do donatario, do excesso de taes bens sobre esta quota, parte que ha de ser satisfeita, em conformidade com as regras geraes, pela quota disponível do doador <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Diz o art. 2111: «Quando o valor dos bens doados exceder a porção legitímatoria do donatario, será o excesso computado na terça dos doadores, e, se, ainda assim, houver excesso da legitima e terça, será o donatario obrigado a repor esse excesso. § 1. Se houver diversos donatarios, e a terça não chegar para os inteirar a todos, observar-se-ha o que fica disposto nos artigos 1495.º e 1496.º § 2. Neste caso, se o auctor da herança houver disposto da terça em proveito de outrem, não terá effeito essa disposição.»

<sup>2</sup> *Supra*, n.º 80 e 82.

<sup>3</sup> Veja-se a parte final do n.º anterior.

Se o excesso indicado escapar á redução por inofficiosidade, condição que o corpo do art. 2111 previne expressamente de harmonia com o disposto no art. 1492, será dividido igual ou proporcionalmente entre os herdeiros legitímarios descendentes, porque a isso obriga o facto de elles não haverem sido dispensados da collação.

85.—Da confusão apontada resultou ser chamado o art. 2098 em apoio da doutrina não-especialisadora <sup>1</sup>, quando, na verdade, este artigo nada demonstra a favor nem contra tal doutrina: n'elle não se trata, mais uma vez o diremos, da conferencia ficticia de certos bens doados em vida pelo testador, para o effeito do calculo da legitima e quota disponível; trata-se da restituição effectiva d'esses bens á massa da herança, para a equalização ou proporcionalidade da partilha entre os herdeiros legitímarios descendentes. Embora a letra expressa da lei considere esta restituição como operação necessaria ao calculo da terça, não o é, nem o poderá ser, porquanto a letra da lei é impotente para identificar a natureza distincta das duas operações referidas.

<sup>1</sup> Sr. conselheiro Dias Ferreira, obra citada, volume 3.º, nota ao art. 1147, pag. 166 e 167; volume 5.º, nota ao mesmo artigo, pag. 393 e 394 — *Rev. de Leg. e Jur.*, anno 3.º, correspondencia transcripta no n.º 128, pag. 379, e o proprio semanario no mesmo logar, pag. 379 e 380; anno 7.º, correspondencia transcripta no n.º 345, pag. 566 e 567, e o proprio semanario no mesmo logar, pag. 569; anno 10.º, tenção 3.ª do accordão da Rel. do Porto de 22 de janeiro de 1875, no n.º 477, pag. 136 — *Gaz. da Ass. dos Adv.*, anno 2.º, n.º 18, pag. 274; n.º 22, pag. 337 e 338 — *Direito*, anno 6.º, accordão do mesmo tribunal de 6 de fevereiro de 1874, e tenções 2.ª, 3.ª e 4.ª d'este accordão, no n.º 11, pag. 175 e 176; anno 7.º, n.º 3, pag. 38 e 39; tenções do accordão da Rel. de Lisboa de 7 de outubro de 1874, no mesmo anno, n.º 9, pag. 141; anno 9.º, accordão da Rel. do Porto de 12 de junho de 1877, e tenções 2.ª, 3.ª e 4.ª do mesmo, no n.º 26, pag. 414 e 415 — *Rev. dos Trib.*, anno 1.º, n.º 1, pag. 2.

Dir-se-ha que o Código Civil em uma *collação* á conferencia dos bens doados em vida pelo auctor da herança aos herdeiros legitimarios descendentes, tanto para a egualação da partilha, como para o calculo da legitima e quota disponivel. Tal interpretação repugna á phrase empregada no art. 2098 — *restituição á massa da herança*, pois a conferencia á massa da herança, com o segundo fim, é puramente ficticia <sup>1</sup>. De resto, essa interpretação confirmaria o nosso parecer, porque, longe de demonstrar que o Código procedeu logicamente, limitar-se-hia a repetir a nossa affirmação.

Que necessidade havia de estabelecer disposição especial sobre a conferencia dos bens doados em vida aos herdeiros legitimarios descendentes, para o effeito do calculo da legitima e quota disponivel? Nenhuma: da comparação entre o art. 1790, § 1, e os artt. 2099 e 2114 nada se conclue que os distinga e separe dos outros bens doados pelo testador. Não é, pois, questão de palavras a de comprehender ou não na collação, que é uma restituição effectiva de bens para a egualação ou proporcionalidade da partilha, a conferencia ficticia para o effeito do referido calculo.

A collação tem uma amplitude característica, que não deve exceder, sob pena de se violentar e obscurecer a sua verdadeira natureza. Introduzida no sentido da palavra *collação* a conferencia ficticia para os fins mencionados, não se completa nem augmenta a esphera de comprehensão d'essa palavra: obriga-se o mesmo termo a exprimir duas ideias perfeitamente diversas, que convem conservar separadas. Mais simples: o termo *conferencia* abrange a vinda ficticia ao cumulo da herança dos bens doados em vida pelo testador, para o effeito do

<sup>1</sup> *Supra*, n.º 69 e 71.

calculo da legitima e quota disponivel, e a restituição d'esses mesmos bens, quando doados aos herdeiros legitimarios descendentes a titulo de legitima, para a egualação e proporcionalidade da partilha; o termo *conferencia* é o genero, do qual cada uma d'estas conferencias é especie. Attribuindo-se á segunda especie de conferencia, a collação, o sentido amplo que pertence ao genero, incorremos no erro de comprehender n'ella as características da outra especie <sup>1</sup>.

Em resumo, o art. 2098, entendido como foi no n.º anterior e n'este n.º, confunde as duas operações referidas; não amplia o sentido da palavra collação, porque o não poderia conseguir d'esta maneira.

A sua chamada em apoio da doutrina não-especializadora foi inutil e improductiva. Procedendo assim, a jurisprudencia continuou a misturar indevidamente essas operações, o que não deve causar estranheza, pois se ha ponto em que a jurisprudencia patria, antiga e moderna, baralhe noções completamente distinctas, é certamente o que ora nos occupa, no qual se agglomera a collação com o calculo da legitima, da quota disponivel e da deixa da terça, e com a redução das doações inofficiosas <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> *Supra*, n.º 80 e 83.

<sup>2</sup> Vejam-se os escriptores e logares citados na nota 2 da pag. 194, e a nota 1 da pag. 200 — Dr. Paes da Silva, obra e logar citados — Sr. Visconde de Seabra, obra e logar citados, pag. 105 — Sr. conselheiro Dias Ferreira, obra citada, volume 3.º, nota ao art. 1147, pag. 164; volume 4.º, nota ao art. 2098, pag. 440 a 442; volume 5.º, nota ao art. 1147, pag. 393 — *Rev. de Leg. e Jur.*, anno 3.º, correspondencia citada no logar citado, e o proprio semanario no n.º citado, pag. 379 e 381; anno 7.º, correspondencia citada no logar citado, e o proprio semanario no n.º citado, pag. 569; anno 10.º, contraminuta transcripta no n.º 475, pag. 106 e 107; trechos 1.º e 3.º de accordo da Rel. do Ponto de 22 de janeiro

































































