

O ESTADO COMO HERDEIRO LEGÍTIMO: VELHAS SOLUÇÕES PARA NOVOS PROBLEMAS (OU MAIS UM EXEMPLO DA INEVITABILIDADE DO DIREITO ROMANO)

The state as intestate heir: old solutions for new problems (or one more example of the inevitability of roman law)

DAVID MAGALHÃES
Universidade de Coimbra (Portugal)

Abstract: O principal objectivo deste trabalho é o de encontrar, a propósito de um erro cometido pelo legislador português, as raízes romanas do Estado como herdeiro legítimo. A conclusão a que se chega é a de que o *ius successionis* do Estado tem na sua origem considerações de ordem pública, que nunca passaram, nem passam, por considerar o Estado como sucessor legitimário, ao contrário do que faz o n.º 1 do art. 38.º do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 280/2007, de 07 de Agosto). Impõe-se, assim, uma interpretação ab-rogante deste preceito como a única solução razoável.

Palavras-chave: Direito romano; história do direito; direito das sucessões; Estado como herdeiro; herança vaga em benefício do Estado; domínio privado do Estado; interpretação ab-rogante.

Abstract: The main goal of this study is to find, in view of an error committed by the Portuguese legislative draftsmen, the Roman legal roots of the State as heir. The only possible conclusion is that the State's *ius successionis* is shaped by considerations of public order which have never encompassed such thing as making it a compulsory heir, in contrast to the erroneous article 38.º/1 of the Public Real Estate Legal Act (introduced by Decree-Law n.º 280/2007 of 7 August). Therefore, an abrogative interpretation is the reasonable solution.

Keywords: Roma law; legal history; law of successions; State as heir; vacant estate; State's private domain; abrogative interpretation.

SUMARIO: I.—A qualificação legal do estado como «sucessor legitimário»: um manifesto erro legislativo. II.—O Estado como herdeiro legítimo, sucessor testamentário ou sucessor contratual. análise do direito vigente. III.—As raízes romanas do Estado como sucessor mortis causa: um iter histórico a percorrer para a compreensão do direito actual. IV.—A interpretação ab-rogante como solução imposta pelo erro legislativo.

I. A QUALIFICAÇÃO LEGAL DO ESTADO COMO «SUCESSOR LEGITIMÁRIO»: UM MANIFESTO ERRO LEGISLATIVO

O art. 38.º do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 280/2007, de 07 de Agosto)¹ dispõe, sob a epígrafe «Heranças, legados e doações», que

«1 - Compete ao membro do Governo responsável pela área das finanças decidir sobre a aceitação, a favor do Estado como sucessor legitimário, de heranças e legados, bem como de doações.

2 - A aceitação de heranças, legados ou doações a favor dos institutos públicos compete aos seus órgãos de direcção nos termos da respectiva lei quadro dos institutos públicos».

O preceito, atinente à aquisição gratuita (Capítulo III, Secção I, Subsecção II) de coisas imóveis do domínio privado do Estado e dos institutos públicos², não pode senão causar a mais profunda perplexidade ao intérprete.

Com efeito, segundo o art. 2026º do Código Civil³, são títulos de vocação sucessória a lei, o testamento ou o contrato. E, de acordo com o art. 2027º, «a sucessão legal é legítima ou legitimária, conforme possa ou não ser afastada pela vontade do seu autor». Ora, se o art. 38.º/1 do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público qualifica o Estado como «sucessor legitimário», a

¹ O diploma já foi objecto de múltiplas alterações, a última operada pela Lei n.º 82-B/2014, de 31/12. A legislação referida ao longo deste trabalho é, na falta de indicação, a portuguesa.

² Art. 31.º/1: «As entidades referidas na alínea b) do artigo 1.º podem, para instalação ou funcionamento de serviços públicos ou para a realização de outros fins de interesse público, adquirir o direito de propriedade ou outros direitos reais de gozo sobre imóveis, a título oneroso ou gratuito, nos termos previstos nos artigos 32.º a 41.º». Refira-se que, nas autarquias locais, a aceitação de «doações, legados e heranças a benefício de inventário» compete à Assembleia de Freguesia, à Câmara Municipal ou ao Conselho Metropolitano – cf., respectivamente, os arts. 9.º/2, a), 33.º/1, j) e 71.º/1, w) do Regime Jurídico das Autarquias Locais, aprovado pela Lei n.º 75/2013, de 12 de Setembro, com posteriores modificações.

³ Doravante, CC.

primeira tarefa a levar a cabo será a de procurar o regime aplicável à sucessão (legal) legitimária – que se encontra nos arts. 2156º e ss. CC.

Na verdade, o Estado não consta do conjunto dos herdeiros legitimários estabelecido pelo art. 2157º CC: cônjuge, descendentes e ascendentes. Só para estes se destina forçosamente uma determinada porção de bens, a chamada legítima (art. 2156º CC). Como pode, então, o aludido art. 38.º/1 referir-se ao «Estado como sucessor legitimário»?

Parece óbvio que o Decreto-Lei n.º 280/2007 não teve a intenção de, com essa breve referência, produzir uma revolução no direito sucessório português e atribuir ao Estado -qual familiar a proteger- uma parte da herança. Que motivos o justificariam, para mais através de um procedimento tão furtivo e sem se alterar expressamente a lei civil, que seria gravemente afectada? Que quota indisponível caberia ao Estado: dois terços da herança, metade, um terço? Estaria em concurso com os restantes herdeiros legitimários, só com alguns ou passaria a ser o único?

Tudo indica, pois, que o Regime Jurídico do Património Imobiliário Público não quis modificar as regras da sucessão legitimária (atribuindo ao Estado o direito à legítima)⁴ e limitou-se a pressupor a disciplina sucessória do Código Civil. Mas fê-lo de forma deficiente. Como Mário Júlio de Almeida Costa e António Vieira Cura pertinentemente apontam, o legislador incorreu num erro de qualificação: o Estado não é «sucessor legitimário»⁵. Resta a questão de como se pode resolver o problema suscitado por tal erro legislativo. É dela que trataremos nas páginas que se seguem⁶.

⁴ O que não seria compatível com o direito de propriedade privada, garantido pelo art. 62.º da Constituição, ou com a protecção constitucional da família (arts. 36.º e 67.º da lei fundamental). Diga-se que nem sequer o direito sucessório soviético aproveitou semelhante expediente para violentar os acanhados limites da «propriedade pessoal» reconhecida pelo sistema socialista –NOGUEIRA, J.F., «A Reforma de 1977 e a Posição Sucessória do Cônjuge Sobrevivo», *Revista da Ordem dos Advogados*, 40 (1980) 663-664. Sobre a sucessão *mortis causa* a favor do Estado, vd. o art. 552 do Código Civil da República Socialista Soviética da Rússia.

⁵ ALMEIDA COSTA, M.J. DE, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 6.ª ed. com a colaboração de António Alberto Vieira Cura, Coimbra, Almedina, 2013, 422-423.

⁶ Tudo o que se escreverá a propósito do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público constante do Decreto-Lei n.º 280/2007 vale, *mutatis mutandis*, para os regimes jurídicos da gestão dos bens imóveis do domínio privado das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira, aprovados, respectivamente através do Decreto Legislativo Regional n.º 11/2008/A, de 19 de Maio (alterado e republicado pelo Decreto Legislativo Regional n.º 8/2017/A, de 10 de Outubro), e do Decreto Legislativo Regional n.º 7/2012/M, de 20 de Abril. Também nesses diplomas as Regiões Autónomas são erradamente qualificadas como sucessoras legitimárias.

Art. 4.º do Regime Jurídico da Gestão dos Imóveis do Domínio Privado da Região Autónoma dos Açores:

«Aquisição gratuita

II. O ESTADO COMO HERDEIRO LEGÍTIMO, SUCESSOR TESTAMENTÁRIO OU SUCESSOR CONTRATUAL. ANÁLISE DO DIREITO VIGENTE

Se o ordenamento jurídico nacional não inclui o Estado na lista de herdeiros legitimários, já o faz no âmbito da sucessão legítima: «são herdeiros legítimos o cônjuge, os parentes e o Estado, pela ordem e segundo as regras constantes do presente título» (art. 2132° CC). Assim, «se o falecido não tiver disposto válida e eficazmente, no todo ou em parte, dos bens de que podia dispor para depois da morte»⁷, o Estado é chamado à herança na falta de cônjuge e de todos os parentes sucessíveis (art. 2152° CC)⁸. A declaração de herança vaga para o Estado (art. 2155° CC) e a respectiva liquidação concretizam-se adjectivamente através da acção especial prevista nos arts. 938° a 940° do Código de Processo Civil, que conferem legitimidade activa ao Ministério Público⁹.

Ao contrário dos restantes herdeiros legítimos, nesta hipótese o Estado não pode repudiar a herança, que é adquirida *ipso iure*, sem necessidade de aceitação (art. 2154° CC)¹⁰. Desta forma se previnem soluções de continuidade na titularidade das relações jurídicas do autor da sucessão, até porque «o Estado tem, relativamente à herança, os mesmos direitos e obrigações de qualquer outro herdeiro» (art. 2153° CC), evitando-se, nomeadamente, a existên-

1 - São competentes para decidir sobre a aceitação, a favor da Região como sucessora legitimária, de heranças e legados, bem como de doações, o Conselho do Governo Regional ou o membro do Governo Regional referido no n.º 2 do artigo 2.º

2 - Nos atos e contratos decorrentes da aceitação de heranças, legados ou doações, a Região é representada pelo diretor regional do Orçamento e Tesouro, podendo também sê-lo por qualquer pessoa devidamente credenciada para o efeito».

Art. 11.º do Regime Jurídico da Gestão dos Bens Imóveis do Domínio Privado da Região Autónoma da Madeira:

«Heranças, legados e doações

1 - Compete ao membro do Governo responsável pela área do património decidir sobre a aceitação, a favor da RAM como sucessor legitimário, de heranças e legados, bem como de doações.

2 - A aceitação de heranças, legados ou doações a favor dos institutos públicos compete aos seus órgãos de direção nos termos da respetiva lei quadro».

⁷ Art. 2131° CC.

⁸ Sobre as classes de sucessíveis na sucessão legítima, *vide* o art. 2133° CC.

⁹ A respeito da tramitação dessa acção, cf. ALVES, J., «Ministério Público na Área Cível: a Acção Especial da Liquidação da Herança Vaga em Benefício do Estado», *Revista do Ministério Público*, 145 (Janeiro, Março 2016), 35 ss. (nas páginas 22 ss. procede-se a uma importante exposição do procedimento administrativo a ser iniciado e instruído pelo Ministério Público antes da propositura da acção).

¹⁰ Art. 2154°: «A aquisição da herança pelo Estado, como sucessor legítimo, opera-se de direito, sem necessidade de aceitação, não podendo o Estado repudiá-la». Note-se o desvio às regras contidas nos arts. 2050° e ss (aceitação) e 2062° e ss. (repúdio), aplicáveis aos legados por força do art. 2249° CC.

cia de coisas imóveis *nullius*, em consonância com o art. 1345º CC («as coisas imóveis sem dono conhecido consideram-se do património do Estado») ¹¹.

Advirta-se que, embora seja algo de difícil verificação, é pensável uma situação de aceitação ou repúdio da herança quando o Estado tem a qualidade de herdeiro legítimo: se for chamado, nos termos do art. 2152º, a uma herança cujo autor já tinha sido chamado a outra herança, mas falecera antes de a aceitar ou repudiar ¹². Aí será aplicável o art. 2058º CC ¹³ e não o art. 2154º (que apenas pressupõe o chamamento do Estado na falta de outros sucessíveis) ¹⁴.

Como se afigura evidente, o Estado também pode ser herdeiro testamentário ou legatário. Sendo o testamento «o acto unilateral e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou de parte deles» (art. 2179º/1 CC), nada impede que o autor da sucessão disponha desse modo a favor do Estado.

Tal como qualquer outro herdeiro testamentário ou legatário, o Estado tem de aceitar a herança ou o legado para os adquirir e pode exercer o repúdio ¹⁵. As limitações do art. 2154º apenas se aplicam à sucessão legítima na falta de cônjuge e de todos os parentes sucessíveis. É certo que, não existindo outros herdeiros legítimos, a aquisição a favor do Estado acabará por ocorrer por força do art. 2154º, mas as cláusulas acessórias do testamento que não lhe interessem não produzirão efeitos, porque não se verificará a sucessão testamentária ¹⁶. Uma diferença nada despicienda.

¹¹ Sobre as «estreitas afinidades substanciais» entre o art. 1345º e os arts. 2133º, e) e 2152º-2155º CC, cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, III, 2.ª ed., reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, art. 1345º, n.º 3, 176.

¹² Veja-se AMARAL, M. N., «Heranças e Legados a Favor do Estado», *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, V, Lisboa, 1993, 64.

¹³ Art. 2058º: «1. Se o sucessível chamado à herança falecer sem a haver aceitado ou repudiado, transmite-se aos seus herdeiros o direito de a aceitar ou repudiar. 2. A transmissão só se verifica se os herdeiros aceitarem a herança do falecido, o que os não impede de repudiar, querendo, a herança a que este fora chamado».

¹⁴ Exemplifica-se: A morre intestado, sem cônjuge e parentes sucessíveis, sendo a herança deferida ao Estado (que para isso não tinha de a aceitar, nem a podia repudiar). B, pai de A, tinha morrido intestado na véspera do decesso do filho, tendo este falecido sem aceitar ou repudiar a herança. Além de A, B tinha como parente sucessível C, seu colateral no quarto grau.

O Estado, na qualidade de herdeiro de A, tem o direito de aceitar ou repudiar a herança de B (direito que lhe fora transmitido nos termos do art. 2058º, pois A não o chegara a exercer). Se repudiar, C será chamado como herdeiro. Se C também repudiar, o Estado é de novo chamado, mas agora ao abrigo do art. 2152º e, por isso, adquire forçosamente a herança (art. 2154º).

¹⁵ A instrução do procedimento administrativo de aceitação da herança, legado ou doação é regulada pelo art. 39.º do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público.

¹⁶ Neste preciso sentido, ALVES, J., «Ministério Público na Área Cível: a Acção Especial da Liquidação da Herança Vaga em Benefício do Estado», 19.

Numa hipótese de reduzido alcance prático, também é possível que o Estado seja sucessor contratual. Como é sabido, a sucessão contratual¹⁷ está fortemente limitada pela lei: «os contratos sucessórios apenas são admitidos nos casos previstos na lei, sendo nulos todos os demais, sem prejuízo no disposto no n.º 2 do artigo 946º» (art. 2028º/2 CC). Ainda assim, os esposados podem celebrar uma convenção antenupcial em que o Estado seja instituído herdeiro ou nomeado legatário por algum deles (art. 1700º/1, b) CC). Tal disposição tem carácter contratual se o Estado intervier na convenção como aceite (art. 1705º/1 CC), aplicando-se os arts. 1701º e 1702º. Se o Estado não intervier, a instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário revestem-se de valor testamentário (art. 1704º CC) e têm lugar as já apontadas necessidade de aceitação e liberdade de repúdio¹⁸.

III. AS RAÍZES ROMANAS DO ESTADO COMO SUCESSOR *MORTIS CAUSA*: UM *ITER* HISTÓRICO A PERCORRER PARA A COMPREENSÃO DO DIREITO ACTUAL

No primeiro ponto, afastámos liminarmente que o Estado seja «sucessor legitimário», atribuindo tal qualificação a um erro legislativo. De facto, a génese e desenvolvimento históricos da consagração do Estado como sucessor *mortis causa* confirmam de modo pleno a implausibilidade de semelhante hipótese.

Pensamos desnecessário explicar, nesta sede, a importância do *ius romanum* nas origens de um direito como o nosso. Por isso, avançaremos sem delongas para a análise daquele, começando pelo que nos foi transmitido pelas *Gai Institutiones* (2,150):

«De acordo com a lei *Iulia*, não se retira a herança a quem foi constituído seu possuidor pelo edicto. Assim, tal lei estabelece que os bens se tornam vagos [*caduca*] e são atribuídos ao povo se o defunto não tiver herdeiro nem existir quem tenha a *bonorum possessio*»¹⁹.

¹⁷ «Há sucessão contratual quando, por contrato, alguém renuncia à sucessão de pessoa viva, ou dispõe da sua própria sucessão ou da sucessão de terceiro ainda não aberta» (art. 2028º/1 CC).

¹⁸ Cf. SOUSA, R.C. DE, *Lições de Direito das Sucessões*, II, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2002, 26, nota 55.

¹⁹ *Ea lege bona caduca fiunt et ad populum deferri iubentur, si defuncto nemo heres uel bonorum possessor sit*. Na edição crítica da responsabilidade de Seckel e Kübler (que seguimos) o texto é completado do seguinte modo: *sane lege Iulia scriptis non aufertur hereditas, si bonorum possessores ex edicto constituti sint. nam ita demum ea lege, etc.*

Ou seja, se o defunto falecesse sem herdeiros à luz do *ius civile* ou do *ius praetorium*²⁰, por força da mencionada lei de Augusto (a *lex Iulia de maritan-*

A conclusão de que se trata da *lex Iulia* é retirada de fontes que analisaremos adiante, como os *Tituli ex Corpore Ulpiani* 28,7 e D.30,96,1: cf. BOLLA, S. VON «Zum römischen Heimfallsrecht», in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 59 (1939), 546; ASTOLFI, R., «I Beni Vacanti e la Legislazione Caducaria», *Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, 68 (1965), 323, e *La lex Iulia et Papia*, 3.^a ed., Pádua, Cedam, 1995, 291.

²⁰ Como nota R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, cit., 291, através da referência ao herdeiro e, alternativamente, a quem tivesse a *bonorum possessio*, ressaltava da citada passagem das *Gai Institutiones* a dicotomia *ius civile-ius praetorium*, que tanto marcou a formação do direito romano. Num exemplo da sua função de «*supplendi vel corrigendi iuris civilis*» aludida no texto conservado em D.1,1,7,1 (*Papinianus libro secundo definitionum*), e para atenuar a arcaica e iníqua disciplina do *ius civile*, os pretores urbanos intervieram na matéria sucessória. Tal foi expressamente constatado nas *Gai Institutiones* (3,25): *Sed hae iuris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt* («mas estas iniquidades jurídicas foram corrigidas pelo edicto do pretor»).

Uma vez que criar herdeiros era uma prerrogativa do *ius civile* que estava vedada ao *praetor*, tal correção passou pela concessão da *bonorum possessio* (isto é, a posse dos bens da herança), de molde a alterar as regras sucessórias do *ius civile romanorum*. Consultem-se, a propósito, os textos que se seguem.

– D.37,1,3,2 (*Ulpianus libro 39 ad edictum*): *Bonorum igitur possessionem ita recte definiemus ius persequendi retinendique patrimonii sive rei, quae cuiusque cum moritur fuit*. Tradução: «Assim, define-se a posse dos bens da herança como o direito de reclamar ou reter o património ou coisas que eram do defunto quando morreu».

– Gaius 3,32: *Quos autem praetor uocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem iure non fiunt: nam praetor heredes facere non potest; per legem enim tantum uel similem iuris constitutionem heredes fiunt, uelut per senatus consultum et constitutionem principalem: sed cum eis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur*. Tradução: «Contudo, aqueles que o pretor chama à herança não se tornam herdeiros segundo o direito, porque o pretor não pode fazer herdeiros. Os herdeiros podem ser feitos por lei ou acto jurídico similar, ou por senatusconsulto ou constituição imperial. Mas, quando o pretor atribui a posse dos bens da herança, aqueles a quem é feita essa atribuição ficam no lugar de herdeiros».

– I.3,9 pr.-2: *Ius bonorum possessionis introductum est a praetore emendandi veteris iuris gratia. nec solum in intestatorum hereditatibus vetus ius eo modo praetor emendavit, sicut supra dictum est, sed in eorum quoque qui testamento facto decesserint (...) Quos autem praetor solus uocat ad hereditatem, heredes quidem ipso iure non fiunt (nam praetor heredem facere non potest: per legem enim tantum uel similem iuris constitutionem heredes fiunt, ueluti per senatus consultum et constitutiones principales): sed cum eis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur et uocantur bonorum possessores. adhuc autem et alios complures gradus praetor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis sine successore moriatur: nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum ius percipiendarum hereditatum praetor ex bono et aequo dilatavit*. Tradução: «O direito de posse dos bens hereditários foi introduzido pelo pretor para emendar o direito antigo. O pretor não só emendou deste modo o direito antigo no que diz respeito à sucessão intestada, como já foi anteriormente dito, mas também daqueles que morreram com testamento feito (...) Todavia, aqueles a quem só o pretor chama à herança não se tornam juridicamente herdeiros (porque o pretor não pode fazer herdeiros: os herdeiros podem ser feitos por lei ou acto jurídico similar, ou por senatusconsulto ou constituição imperial); mas, quando o pretor atribui a posse dos bens da herança, aqueles a quem é feita essa atribuição ficam no lugar de herdeiros e são chamados *bonorum possessores*. Ademais, o pretor estabeleceu vários graus na atribuição da posse dos bens da herança, para que ninguém morresse sem sucessor: os estreitíssimos limites estabelecidos ao direito de receber heranças pela Lei das XII Tábuas foram ampliados pelo pretor conforme o que é bom e equitativo».

Sobre o ponto, cf., v.g., a síntese de GARCÍA GARRIDO, M.J., *Derecho Privado Romano. Casos. Acciones. Instituciones. I - Instituciones*, 16.^a ed., Madrid, Ediciones Académicas, 2008, § 173, 385.

dis ordinibus) os seus bens eram atribuídos ao *populus* como *bona caduca* (bens vagos)²¹.

Segundo a obra conhecida como *Tituli ex corpore Ulpiani*, na hipótese de sucessão intestada e quando não existisse nenhuma das pessoas que compunham sete graus de sucessores do *ius praetorium*, a *lex Iulia caducaria* atribuía ao *populus* de Roma a *bonorum possessio*, tornando-o possuidor dos bens hereditários²²:

«A posse dos bens da herança de quem morreu sem testamento é deferida por sete graus: no primeiro grau, os filhos; no segundo, os herdeiros legítimos; no terceiro, os mais próximos parentes cognados; no quarto, a família do patrono; no quinto, o patrono, a patrona, assim como os filhos e os pais do patrono ou da patrona; no sexto, o marido ou a mulher; no sétimo, os cognados de quem manumitiu, que por força da lei *Furia* estão autorizados a receber mais de mil *asses*; e se não houver ninguém a quem a posse da herança possa pertencer, ainda que seja por ter negligenciado o seu direito, os bens serão deferidos ao povo de acordo com a lei *Iulia caducaria*»²³.

Nestas passagens, os *bona caduca* identificavam-se notoriamente com os *bona vacantia*, isto é, os bens da herança vaga por falta de herdeiros²⁴, apesar de outros sentidos possíveis da expressão²⁵.

²¹ Vejam-se, por exemplo, SCIALOJA, V., *Diritto Ereditario Romano. Concetti Fondamentali*, Pádua, Cedam, 1934, 267-268; BOLLA, S. von, «Zum römischem Heimfallsrecht», 546; VOCI, P., *Diritto Ereditario Romano*, II, Milão, Giuffrè, 1963, 59; KASER, M., *Das römische Privatrecht I*, 2.ª ed., Munique: C. H. Beck, 1971, 702; ASTOLFI, R., «I Beni Vacanti e la Legislazione Caducaria», cit., 325, e *La lex Iulia et Papia*, cit., 291; GARCÍA GARRIDO, M. J., *Derecho Privado Romano*, cit., § 186, 405; JUSTO, A. DOS S., *Direito Privado Romano – V (Direito das Sucessões e Doações)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, 305; ARÉVALO CABALLERO, W., «La Delación al Fisco de los *Bona Vacantia, Caduca y Libertorum*», in P. RESINA SOLA coord. e ed., *Fundamenta Iuris. Terminología, Principios e Interpretatio*, Almería: Editorial Universidad de Almería, 2012, 77; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano*, 18.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas/Thomson Reuters, 2015, 186.

²² Cf. SCIALOJA, V., *Diritto Ereditario Romano*, cit., 268; VOCI, P., *Diritto Ereditario Romano*, II, cit., 59; KASER, M., *Das römische Privatrecht I*, cit., 702; ASTOLFI, R., «I Beni Vacanti e la Legislazione Caducaria», cit., 325, e *La lex Iulia et Papia*, cit., 292; JUSTO, A. DOS S., *Direito Privado Romano*, V, cit., 305; ARÉVALO CABALLERO, W., «La Delación al Fisco de los *Bona Vacantia, Caduca y Libertorum*», cit., 78.

²³ *Tituli XXVIII Ex Corpore Ulpiani* 28,7: *Intestati datur bonorum possessio per septem gradus: primo gradu liberi; secundo legitimis heredibus; tertio proximis cognatis; quarto familiae patroni; quinto patrono, patronae, item liberis parentibusve patroni patronaeve; sexto viro, uxori; septimo cognatis manumissoris, quibus per legem Furiam plus mille asses capere licet; et si nemo sit, ad quem bonorum possessio pertinere possit, aut sit quidem, sed ius suum omiserit, populo bona deferuntur ex lege Iulia caducaria.*

²⁴ Assim, ASTOLFI, R., «I Beni Vacanti e la Legislazione Caducaria», cit., 333, e *La lex Iulia et Papia*, cit., 294-295.

²⁵ Por *bona caduca* entendia-se, nomeadamente, os bens de que o *de cuius* dispunha por testamento a favor de pessoas que, em virtude das *leges caducariae*, não tinham *testamenti factio* (capacidade testamentária) passiva: cf. ASTOLFI, R., *La lex Iulia et Papia*, cit., 225 e ss. e, nas fontes, a definição apresentada pelos *Tituli XXVIII Ex Corpore Ulpiani* 17,1.

Também constituições imperiais pós-clássicas determinaram a aquisição dos *bona vacantia* pelo fisco na falta de herdeiros legítimos²⁶. Apontam-se duas, constantes do Livro 10, Título 10, do *Codex Iustinianus* (*De bonis vacantibus et de incorporatione*), conservadas em C.10,10,1 (*Imperatores Diocletianus, Maximianus*, do ano 292)²⁷ e C.10,10,4 (*Imperatores Honorius, Theodosius*, de 421)²⁸.

Um excerto da autoria do jurisconsulto clássico Iulianus (extraído do seu *libro 39 digestorum* e que nos chegou através de D.30,96,1) demonstra que a atribuição dos *bona vacantia* ao fisco cumpria a importante função de evitar a incerteza na titularidade das relações jurídicas do *de cuius*, provocada pela inexistência de herdeiros. Na falta de outro *heres* que titulasse o património deixado pelo defunto, o poder público assumia o papel que, de outro modo, seria daquele herdeiro e ficava incumbido da satisfação dos encargos da herança²⁹:

«Quando pela lei *Iulia* os bens vagos pertencem ao fisco, cumprem-se os legados e fideicomissos cujo cumprimento podia ser imposto ao herdeiro a cargo de quem teriam sido deixados»³⁰.

Em sentido semelhante, ao estudar a *lex Iulia et Papia*, Gaius expunha que, mesmo se as heranças fossem reivindicadas pelo fisco, os legados e as

Assumiram especial importância como leis caducárias a *lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 a.C) e a *lex Papia Poppaea* (ano 9), que foram promulgadas por Augusto (*maxime* em obediência a objectivos de incentivo demográfico) e que, devido à sua complementaridade, são conhecidas como *lex Iulia et Papia*. Sobre elas remete-se para a referida monografia de Astolfi; entre nós, António dos Santos JUSTO, *Direito Privado Romano*, V, *cit.*, 41 e ss.

²⁶ VOCI, P., *Diritto Ereditario Romano*, II, *cit.*, 59, nota 1.

²⁷ ... *intestatorum res, qui sine legitimo herede decesserint, fisci nostri rationibus vindicandas...* («... as coisas dos que falecerem intestados sem herdeiro legítimo serão reivindicadas para o nosso fisco...»).

²⁸ *Vacantia mortuorum bona tunc ad fiscum iubemus transferri, si nullum ex qualibet sanguinis linea vel iuris titulo legitimum reliquerit intestatus heredem* («ordenamos, portanto, que os bens vagos dos falecidos sejam transferidos para o fisco se não tiverem deixado nenhum herdeiro intestado por força da linha sanguínea ou de título jurídico legítimo»).

²⁹ Sobre o ponto, *e.g.*, SCIALOJA, V., *Diritto Ereditario Romano*, *cit.*, 271-272; VOCI, P., *Diritto Ereditario Romano*, *cit.*, II, 59; KASER, M., *Das römische Privatrecht I*, *cit.*, 703; JUSTO, A DOS S., *Direito Privado Romano*, V, *cit.*, 305.

³⁰ *Quotiens lege Iulia bona vacantia ad fiscum pertinent, et legata et fideicommissa praestantur, quae praestare cogentur heres a quo relicta erant*. Sobre a hipótese de interpolação desta passagem (e de outras anteriores a Caracala), com a substituição de «aerarium» por «fiscum», remete-se para, VOCI, P., *Diritto Ereditario Romano*, *cit.*, II, 59, nota 3, KASER, M., *Das römische Privatrecht I*, *cit.*, 702, nota 3 e AGUDO RUIZ, A., «La Prescripción de las Controversias Fiscales», *Estudios de Derecho Fiscal Romano*, Madrid: Dykinson, 2016, 36. Trata-se de uma questão respeitante à evolução do direito público romano que, não obstante o seu óbvio interesse, está fora do perímetro desta investigação. Para aquilo de que necessitamos, basta sublinhar a atribuição dos bens vagos ao Estado.

manumissões estabelecidos por testamento eram integralmente mantidos (D.49,14,14, *Gaius libro 11 ad legem Iuliam et Papiam*)³¹:

«... reivindicadas por quaisquer outras causas as heranças para o fisco, mantêm-se as manumissões e os legados»³².

O fisco apenas adquiria, aliás, aquilo que sobrasse depois de satisfeitos os credores da herança, como se expunha no *libro nono epistularum* de Iavolenus (D.49,14,11), do qual também ressaltava a premência de encontrar proprietário para esses bens sobejantes³³:

«Não podem pertencer ao fisco quaisquer bens, a não ser os que sobram dos credores, porque na verdade se entende que são de alguém os bens que sobejam das dívidas alheias»³⁴.

A adjudicação da herança vaga ocorria *ipso iure*, mas o Estado podia a ela renunciar³⁵, como decorria do que foi conservado em D.36,1,6,3 (*Ulpianus libro quarto fideicommissorum*):

«Se forem deferidos bens vacantes ao fisco e este não os quiser reclamar, mas restituir ao fideicomissário, justíssimo será que, tal como se os tivesse reivindicado, assim o fisco faça a restituição»³⁶.

A renúncia à herança consistia num acto discricionário e não formal, que inclusivamente se podia manifestar através de uma conduta omissiva³⁷. Neste sentido depõe o texto transmitido por D.40,5,4,17 (*Ulpianus libro 60 ad edictum*), que contrapunha os bens que o fisco desprezara e deixara em estado de jacência e aqueles que reclamara³⁸. Como afirma Scialoja, o Estado só adquiria heranças se isso lhe fosse conveniente³⁹; em sentido idêntico, Kaden aponta que o fisco, podendo herdar, não tinha um dever de herdar, tanto que não era um dos herdeiros necessários (aqueles que o eram quer quisessem, quer não)⁴⁰.

³¹ SCIALOJA, V., *Diritto Ereditario Romano*, cit., 274; VOCI, P., *Diritto Ereditario Romano*, II, cit., 59; KASER, M., *Das römische Privatrecht I*, cit., 703.

³² ... *ex quibuslibet aliis causis fisco vindicatis hereditatibus et libertates et legata maneant*.

³³ SCIALOJA, *Diritto Ereditario Romano*, V., 274; VOCI, P., *Diritto Ereditario Romano*, cit., II, 59; ASTOLFI, R., *La lex Iulia et Papia*, cit., 297; JUSTO, A DOS S., *Direito Privado Romano*, V, cit., 305.

³⁴ *Non possunt ulla bona ad fiscum pertinere, nisi quae creditoribus superfutura sunt: id enim bonorum cuiusque esse intellegitur, quod aeri alieno superest*.

³⁵ Pasquale VOCI, *Diritto Ereditario Romano*, cit., II, 59.

³⁶ *Si fisco vacantia bona deferantur nec velit bona adgnosceret et fideicommissario restituere, aequissimum erit, quasi vindicaverit, sic fiscum restitutionem facere*.

³⁷ ASTOLFI, R., *La lex Iulia et Papia*, cit., 298.

³⁸ ... *sive iacent bona fisco spernente sive adgnoverit*

³⁹ SCIALOJA, V., *Diritto Ereditario Romano*, cit., 275.

⁴⁰ KADEN, E.-H., «Ein Beitrag zur Lehre der bedingten Novation», in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 44 (1924) p. 206 s. Recorde-se que havia duas categorias de

Para evitar o arrastamento de situações de indefinição, o direito de o *fiscus* adquirir a herança foi submetido a um prazo de prescrição de quatro anos, como decorre de D.49,14,1,2 (*Callistratus libro primo de iure fisci*) e de uma *constitutio* de Constantino, cuja data desconhecemos (C.7,37,1)⁴¹.

Contrariando a opinião de Labeo, o *edictum perpetuum* determinou que as heranças insolventes não pertenciam *ipso iure* ao fisco e os bens que as integrassem deviam ser vendidos, uma vez que nenhum bem sobejaria para o fisco adquirir (D.49,14,1,1, extraído, como se viu, do *libro primo de iure fisci* escrito por Callistratus):

«Pergunta-se se pertencem *ipso iure* ao fisco os bens insolventes. Escreve Labeo que também os que são insolventes pertencem *ipso iure* ao fisco. Mas, contra esta opinião, está escrito no edicto perpétuo que se vendem os bens se deles nada se puder adquirir para o fisco»⁴².

Ou seja, o fisco não adquiria patrimónios hereditários passivos e, conseqüentemente, os *bona vacantia* nem sequer chegavam a ser seus, havendo imediatamente lugar à respectiva venda com o objectivo de satisfazer os créditos sobre a herança⁴³. Para esse efeito, os credores requeriam a concessão de uma *missio in possessionem* dos bens hereditários. Cite-se, em tal conspecto, uma constituição promulgada pelos Imperadores Diocleciano e Maximiano, datada de 293 e que se conservou em C.7,72,5: «se os bens do teu devedor estiverem vacantes e não forem reclamados pelo fisco, com razão pedirás ao competente juiz que te ponha na posse deles»⁴⁴. Este texto permite a conclusão de que, também perante heranças insolventes, a não aquisição pelo Estado se podia manifestar através de uma pura omissão.

O poder público não ficava sujeito, deste modo, ao regime geral das dívidas da herança, que –por efeito da confusão dos patrimónios do *de cuius* e do herdeiro– responsabilizavam o *heres* ainda que ultrapassassem o activo here-

herdeiros que o eram forçosamente, sem necessidade de aceitação da herança, os *necessarii heredes* (Gaius 2,153; I.2,19,1) e os *sui et necessarii heredes* (Gaius 2,157; I.2,19,2; D.38,16,14, extraído de *Gaius libro 13 ad legem Iuliam et Papiam*). Cf., por exemplo, JUSTO, A. DOS S., *Direito Privado Romano*, V, cit., 26-28 e 62.

⁴¹ VOCI, P., *Diritto Ereditario Romano*, II, cit., 59; ASTOLFI, R., *La lex Iulia et Papia*, cit., 298; JUSTO, A. DOS S., *Direito Privado Romano*, V, cit., 305.

⁴² *An bona, quae solvendo non sint, ipso iure ad fiscum pertineant, quaesitum est. Labeo scribit etiam ea, quae solvendo non sint, ipso iure ad fiscum pertinere. Sed contra sententiam eius edictum perpetuum scriptum est, quod ita bona veneunt, si ex his fisco adquiri nihil possit.*

⁴³ Cf. SCIALOJA, V., *Diritto Ereditario Romano*, cit., 274-276; VOCI, P., *Diritto Ereditario Romano*, II, cit., 59; ASTOLFI, R., *La lex Iulia et Papia*, cit., 295-297; JUSTO, A. DOS S., *Direito Privado Romano*, V, cit., 305. A venda dos bens hereditários vacantes era tratada em fontes como D.38,9,1 pr. (*Ulpianus libro 49 ad edictum*).

⁴⁴ *Si bona debitoris tui vacare constet et haec a fisco non agnoscantur, in possessionem eorum mitti te a competenti iudice recte postulabis.*

ditário⁴⁵. O que revela uma grande proximidade de resultados entre a não aquisição dos *bona vacantia* insolventes pelo *fiscus* de Roma e a vigente sucessão legítima do Estado português, que responde, como qualquer herdeiro, pelos encargos hereditários apenas no limite das forças da herança (art. 2071º CC; art. 940º/7 CPC). Em ambas, os efeitos da insolvência não se repercutem sobre o Estado⁴⁶. Assinale-se que a responsabilidade do Estado *intra vires hereditatis* é um dado adquirido nos direitos modernos, ao ponto de se poder afirmar que ele apenas sucede na herança que tenha um saldo positivo⁴⁷, o que mais não é do que uma continuidade do *ius romanum*, talqualmente o expunha Callistratus.

Não entraremos na *vexata quaestio* da natureza do direito do fisco aos bens vagos (direito próprio ou direito hereditário?), de que já dava conta Pascoal de Mello Freire⁴⁸ e que tanto tem ocupado a romanística⁴⁹. Como bem

⁴⁵ Sobre essa responsabilidade *ultra vires hereditatis* (descrita em fontes como D.3,2,6,6 e D.37,1,3 pr.), cujos inconvenientes levaram Justiniano a conceder aos herdeiros o chamado *beneficium inventarii* para que respondessem somente *intra vires hereditatis* (C.6,30,22, de 531), cf., por exemplo, GARCÍA GARRIDO, M.J., *Derecho Privado Romano*, cit., § 171, 380-381, e § 182, 398-399, e JUSTO, A. DOS S., *Derecho Privado Romano*, V, cit., 93 ss. e 99 ss

⁴⁶ Como se observou, perante heranças insolventes, o *fiscus* abstinha-se de as adquirir (não se dando sequer início ao fenómeno sucessório) e, conseqüentemente, os credores podiam promover os procedimentos de insolvência. Ora, como a actual previsão legal de limitação da responsabilidade do herdeiro visa atingir o mesmo fim (não onerar o sucessor com a insolvência), também à luz do direito português parece justificado seguir a lição romana e evitar expedientes sucessórios desnecessários perante um herdeiro (o Estado) que, embora o sendo sem aceitar a herança, não tem de suportar o respectivo saldo negativo. Cremos, destarte, que são de louvar as propostas de João ALVES, «Ministério Público na Área Cível: a Acção Especial da Liquidação da Herança Vaga em Benefício do Estado», 12-13, que, chegando a resultados idênticos aos do direito romano, pretendem evitar que o Ministério Público, em representação do Estado como herdeiro legítimo, intente inutilmente a acção de liquidação da herança prevista nos arts. 938º a 940º do Código de Processo Civil. Assim:

– se a herança for constituída apenas por passivo, não deverá ser instaurada a acção, por absoluta inutilidade de uma eventual sentença (até porque, acrescente-se, o art. 938º/1 CPC pressupõe a existência de bens hereditários);

– se o passivo hereditário for superior ao activo, e atendendo a que o Estado iria responder até ao valor de tudo o que recebeu, deve ser seguido o processo de insolvência da herança (arts. 2º/1, b) e 10º, a) do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas), num claro paralelismo com a solução decorrente do *edictum perpetuum* e que conhecemos através de D.49,14,1,1;

– o Ministério Público pode abster-se de intentar a acção se concluir, após consulta da Direcção-Geral do Tesouro e Finanças, que a herança constituída somente por bens móveis tem reduzido valor – por exemplo, com o tempo de normal demora do processo, a cobrança de despesas bancárias deixaria a conta a zero (quanto aos imóveis, há que ter em conta o art. 1345º CC). Pensamos que esta solução é de seguir apenas nas situações em que, como no exemplo apresentado, expectavelmente acabará por haver uma falta de bens da herança durante a pendência da lide. Só aí poderá justificar-se um *non facere* do Ministério Público, pois a eventual decisão judicial também viria a ser proferida *inutiliter*.

⁴⁷ Cf. NEUMAYER, K.H., «Intestate Succession», *International Encyclopedia of Comparative Law*, V, 3, Mohr Siebeck: Tübingen, 2002, 60.

⁴⁸ FREIRE, P. DE M., *Institutionum Iuris Civilis Lusitani*, 3.^a ed., Olisipone: Typographia Ejusdem Academiae, 1810, Livro III, Título VIII, § XIX, 117.

⁴⁹ Na verdade, a *vexata quaestio* chegou até tempos bem mais próximos de nós, quando a matéria já era regulada pelas modernas codificações civis. Sobre ela se debruçou *ex professo*, no último quartel da

nota Antonio Fernández de Buján, «se considera por algunos autores que el derecho del Estado a la adquisición de las distintas categorías de bienes presenta un marcado carácter publicístico, basado en la soberanía, lo que no obsta para subrayar que la institución de referencia se privatiza tomando numerosos elementos de las disposiciones reguladoras de la esfera sucesoria, que permiten atribuir al *aerarium* y, con posterioridad, al *Fiscus* la posición *in heredis loco*»⁵⁰.

Destas breves pinceladas resulta muito clara a posição do Estado como sucessor universal do *de cuius* na falta de quem tivesse, segundo o *ius civile* ou o *ius praetorium*, a qualidade de herdeiro⁵¹. E aqui se encontra a mais funda génese da presente solução portuguesa do Estado como herdeiro legítimo.

Segundo as Ordenações do Reino⁵², a herança era deferida a favor do cônjuge quando ao defunto intestado não sucediam parentes até ao décimo grau: «nesses casos não terão que fazer em tais bens os nossos Almojarifes» (4,94). *A contrario sensu*, quando nem o cônjuge sobrevivesse ao *de cuius*, os Almojarifes (isto é, os oficiais da Fazenda Nacional) já teriam o que fazer em tais bens, pelo que estava terminada a lista de sucessíveis *ab intestato* e a herança vagava para ao Estado⁵³.

Na verdade, as Ordenações estabeleciam que, nas suas vestes de soberania, o Príncipe podia tomar os bens vagos (Ordenações Afonsinas 2,24,12⁵⁴; Ordenações Manuelinas 2,15,16⁵⁵; Ordenações Filipinas 2,26,17⁵⁶) – o que, segundo a doutrina coeva, abrangia as heranças intestadas quando não houves-

vigência do Código de Seabra, João de Matos Antunes VARELA, «Da Sucessão do Estado nos Bens dos Particulares», in *Boletim da Faculdade de Direito*, Suplemento VII, 1946.

⁵⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Público Romano*, cit., 186-187. Até Vittorio SCIALOJA –um dos Autores que mais se distinguiu na defesa de que o Estado não tinha a categoria de herdeiro– apontava as semelhanças entre a sucessão universal do fisco e o fenómeno hereditário (*Diritto Ereditario Romano*, cit., 269).

⁵¹ Deixamos de fora deste estudo, porque pela sua natureza muito específica não se revela necessária à compreensão global do tema, uma análise da herança *ab intestato* a favor do fisco, enquanto patrono, dos chamados *bona libertorum*, isto é, heranças abertas pela morte de um escravo que o fisco manumitira *servi publici* e a quem não sobreviviam determinados herdeiros. Sobre o ponto, com desenvolvimentos, ARÉVALO CABALLERO, W., «La Delación al Fisco de los *Bona Vacantia*, *Caduca* y *Libertorum*», cit., 79-82.

⁵² Analisaremos, na falta de outra indicação, as Ordenações Filipinas.

⁵³ FREITAS, A.T. DE., *Legislação do Brasil. Consolidação das Leis Civis*, 3.ª ed., Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1876, 558, especialmente nota 6; Cândido Mendes de ALMEIDA, *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I*, 14.ª ed., Rio de Janeiro: Instituto Filomático, 1870, ad Ordenações Filipinas 4,94, nota 1 da segunda coluna da p. 948.

⁵⁴ «§3 Disseeram as Leys Imperiaaes, que Direito Real he (...) §12 Item. Todolos beës, a que non he achado certo Senhor».

⁵⁵ «§6 Item Direito Real he poder o Principe tomar (...) §16 Item todos os bens vaguos, a que nom he achado certo senhorio».

⁵⁶ «§7 Direito Real he poder o Principe tomar (...) §17 (...) todos os bens vagos, a que não he achado o senhor certo».

se herdeiros legítimos, como resultava das obras de Domingos Antunes Portugal⁵⁷, Mello Freire⁵⁸ ou Gouveia Pinto⁵⁹.

Já era, pois, na qualidade de titular da herança que o Soberano a concedia em benefício dos Cativos; se o Mamposteiro-mor dos Cativos não aceitasse tal mercê, competia ao Juiz dos Órfãos nomear um curador, que procedia ao inventário e administração do acervo hereditário (1,90,1):

«E finando-se alguma pessoa, que não tenha herdeiro algum, que sua herança deva haver, ou que a não queira aceitar, nem molher, que sua herança queira haver segundo nossa Ordenação, em tal caso o Juiz dos Órfãos o fará logo saber ao Mamposteiro Mór dos Captivos dessa Comarca, aos quaes temos feito mercê de taes heranças. E o dito Mamposteiro Mór a mandará arrecadar em nome dos Captivos, ou dirá, que não a quer aceitar. E não a querendo ele haver, ou defender, o Juiz dará Curador à herança, com o qual o Juiz fará inventario de todos os bens (...) E o dito Curador administrará a dita herança...»⁶⁰.

O Código Civil de 1867 não destoou da tradição. Ao regular a sucessão legítima⁶¹, o art. 1969º colocava a Fazenda Nacional na última classe de sucessíveis⁶², ocorrendo a respectiva sucessão nos termos dos arts. 2006º a 2008º⁶³.

Ainda na vigência do Código de Seabra, o Decreto-Lei n.º 31.156, de 3 de Março de 1941, determinou que a decisão de aceitação de heranças, legados e doações a favor do Estado era da exclusiva competência do Ministro das Fi-

⁵⁷ PORTUGAL, D.A., *Tractatus de Donationibus, Jurium et Bonorum Regiae Coronae*, II, Lugduni: Anisson & Pasuel, 1699, Lib. III, Cap. XIV, n.ºs 2-3, 103.

⁵⁸ FREIRE, P. DE M., *Institutiones*, Livro III, Título VIII, § XIX, 117.

⁵⁹ PINTO, A. J. DE G., *Tratado Regular e Prático de Testamentos e Sucessões*, 4.ª ed., Lisboa: José Baptista Morando, 1844, Cap. XLII, § 9.º, 191-192.

⁶⁰ Sobre este regime e os numerosos diplomas que o vieram alterar e complementar, *vide* PINTO, A. J. DE G., *Tratado Regular e Prático de Testamentos e Sucessões*, Cap. XLII, § 9.º, especialmente a nota 1 da p. 191, e ROCHA, M. C., da *Instituições de Direito Civil Portuguez*, I, 4.ª ed., Coimbra: J. Augusto Orcel, 1857, § 346, 237-238.

⁶¹ Art. 1968º: «Se qualquer pessoa se finar, sem dispor de seus bens, ou dispozer só em parte, ou se, havendo disposto, o testamento for annullado, ou caducar, os seus herdeiros legitimos haverão os dictos bens, ou a parte delles de que o testador não dispozer».

⁶² Art. 1969º: «A sucessão legitima defere-se na seguinte ordem: 1.º Aos descendentes; 2.º Aos ascendentes, salvo no caso do artigo 1236º; 3.º Aos irmãos e seus descendentes; 4.º Ao conjuge sobrevivivo; 5.º Aos transversaes não comprehendidos no n.º 3, até o décimo grau; 6.º Á fazenda nacional». Os arts 1968º e 1969º foram alterados pela reforma do Código operada pelo Decreto n.º 19.126, de 16 de Dezembro de 1930, mas não se trata de ponto com relevo para este estudo.

⁶³ Art. 2006º: «Na falta de todos os herdeiros testamentarios ou legítimos, succederá o estado». Art. 2007º: «Os direitos e obrigações do estado, relativamente á herança, serão os mesmos que os de qualquer outro terceiro». Art. 2008º: «O estado não poderá tomar posse da herança, sem que preceda sentença que declare o seu direito, nos termos do codigo de processo». A liquidação da herança vaga em benefício do Estado seguia os termos dos arts. 691º a 694º do Código de Processo Civil de 1876.

nanças (art. 1.º). Ou seja, o preceito dizia respeito às heranças cuja aquisição pelo Estado dependia da sua aceitação, especialmente no âmbito da sucessão testamentária. E, com efeito, o Decreto-Lei n.º 31.156 concedia particular ênfase às liberalidades: o § único do art. 1.º declarava expressamente que «a aceitação implica a incorporação dos bens, objecto destas liberalidades, no património do Estado e o compromisso por parte dêste de realizar os fins a que elas obedecem» e, no mesmo sentido, a exposição de motivos sublinhava que «... a integração ou incorporação dêstes bens no património do Estado deve ser feita de forma a que se preencham e observem escrupulosamente os fins que tiverem em vista os instituidores dêstes actos de generosidade ou de civismo». Portanto, no que tocava a sucessão *mortis causa*, era a sucessão testamentária que constituía o cerne das preocupações da minuciosa regulamentação⁶⁴.

De fora ficavam, como é óbvio, a sucessão legítima do Estado na falta de outros sucessíveis e a sucessão legitimária. A primeira era imposta por força dos citados preceitos do Código de Seabra, não sendo necessária qualquer aceitação⁶⁵; além disso, o Estado não tinha a qualidade de herdeiro legitimário, pois não era um dos herdeiros em linha recta, ascendente ou descendente, a quem o art. 1784º do Código reservava uma porção de bens de que o testador não podia dispor.

O diploma do governo de Salazar sobreviveu à codificação civil oitocentista e durante quarenta anos coexistiu com a disciplina sucessória do actual Código. Os apontados preceitos do Decreto-Lei n.º 31.156 somente foram revogados pela alínea e) do art. 128º do Decreto-Lei n.º 280/2007. Em seu lugar surgiu o já analisado n.º 1 do art. 38.º, com a estranha (e errónea) menção do «Estado como sucessor legitimário».

Do excuro histórico que empreendemos retira-se, na verdade, que nunca no direito português houve fundamento para tal qualificação: o Estado foi e é sucessor legítimo e testamentário, mas jamais legitimário. Como já ocorria no direito romano⁶⁶, a sucessão legal *mortis causa* a favor do Estado justifica-se

⁶⁴ O art. 1.º não deixava de abranger situações de sucessão legítima: quando o Estado era chamado, na falta de outros herdeiros legítimos, a uma herança cujo autor já tinha sido chamado a outra herança, mas falecera antes de a aceitar ou repudiar. Também aí a aquisição da herança dependia de aceitação do Estado (e podia ser repudiada). Mas tratava-se de uma hipótese perfeitamente residual.

⁶⁵ Único entendimento possível, apesar de, ao contrário do que ocorre actualmente, não existir norma expressa nesse sentido: PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, VI, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, art. 2154º, n.º 2, 250. Sobre a aceitação pacífica da desnecessidade de aceitação e da impossibilidade de repúdio da herança no direito então vigente, veja-se a exposição de Antunes VARELA, «Da Sucessão do Estado nos Bens dos Particulares», *cit.*, 207 ss.

⁶⁶ Recorde-se Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Público Romano*, 186-187.

por interesses público (*maxime* de soberania)⁶⁷, embora prosseguidos através de um instrumento jusprivatístico⁶⁸.

Mas para a prossecução daqueles interesses de ordem pública nunca se utilizou, nem era necessário ou adequado utilizar, a figura da sucessão legítima. Impedir a indefinição das relações jurídicas do *de cuius* não implica –pelo contrário!– destinar-lhe forçosamente uma parte (ou a totalidade) da herança, em detrimento de outros sucessíveis.

⁶⁷ Destacando a componente de ordem pública da sucessão pelo Estado, Kenneth G. C. REID/Marius J. De WAAL/Reinhard ZIMMERMANN, «Intestate Succession in Historical and Comparative Perspective», in Kenneth G. C. REID/ Marius J. De WAAL/ Reinhard ZIMMERMANN, ed., *Comparative Succession Law II – Intestate Succession*, Oxford University Press, 2015, 480, nota 319.

Veja-se, outrossim, o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 10/2007 (Diário da República, 2.ª série - n.º 130 - 9 de Julho de 2007), 19 553: «... são razões de ordem pública que determinam, imperativamente, a atribuição da herança vaga ao Estado, sendo vedado a este repudiá-la, expressa ou tacitamente». Devido a essas razões, conforme se escreve no Parecer:

«Não está, pois, na disponibilidade do Estado-Administração intentar ou não intentar a acção especial prevista nos artigos 1132º a 1134º do CPC [actuais arts. 938º a 940º do Código de Processo Civil de 2013]. Como, no decurso da mesma, não está na sua disponibilidade pôr-lhe termo, designadamente mediante desistência do pedido ou transacção. Trata-se, como acentuava Alberto dos Reis (...), de uma relação jurídica de natureza indisponível. A vontade das partes não pode, pois, sobrepor-se ao interesse público que o ordenamento jurídico visa tutelar com tal acção.

Resulta do exposto que o Ministério Público, na prossecução dos múltiplos interesses comunitários postos por lei a seu cargo, está juridicamente vinculado à propositura da referida acção, ainda que o Estado-Administração, por razões de conveniência prática (v. g., evitar as despesas com o processo), não estivesse interessado em que a mesma fosse intentada. Havendo outros interesses comunitários a cargo do Ministério Público, não poderá este, postergando-os, passar a assumir exclusivamente os interesses do Estado-Administração, deixando de propor a acção no exclusivo interesse deste.

Para poder propor tal acção com autonomia em relação ao Estado-Administração, forçoso era que fosse atribuída ao Ministério Público legitimidade para a intentar em nome próprio, em representação do Estado-Colectividade, sem necessidade de recorrer ao pagamento prévio de quaisquer preparos (presentemente denominados taxas de justiça) ou custas processuais. Com efeito, caso tal pagamento lhe fosse exigível, não dispendo o Ministério Público de dotação orçamental própria para a ele acorrer, sempre o mesmo ficaria condicionado, na propositura da acção, pela disponibilidade ou não, por parte do Estado-Administração, em efectuar esse pagamento, o que seria, de todo, irrazoável. Tratar-se-ia, na prática, de subordinar a prossecução imperativa pelo Ministério Público de determinados interesses comunitários à ponderação casuística dos interesses patrimoniais do Estado-Administração».

Recorde-se que, de acordo com o art. 4.º/1, a), do Regulamento das Custas Processuais, o Ministério Público está isento de custas «nos processos em que age em nome próprio na defesa dos direitos e interesses que lhe são confiados por lei».

Pensamos que não há qualquer contradição entre este Parecer e o que se defendeu (*supra*, nota 46) sobre certas situações em que o Ministério Público não deve intentar a acção, em obediência às finalidades da figura da sucessão legítima a favor do Estado: nessas circunstâncias, o interesse público exige que a acção de liquidação não seja instaurada, sob pena de inutilidade.

⁶⁸ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, VI, art. 2153º, n.º 2, 249; art. 2154º, n.º 2, 250. Essa foi também a linha de força do já citado trabalho de Antunes VARELA, «Da Sucessão do Estado nos Bens dos Particulares», 229: «... nós concluímos pela defesa, *de jure constituto* e *de jure constituendo*, da teoria que vê no Estado um verdadeiro herdeiro legítimo. E assim, a regulamentação do seu direito que não decorra expressamente da lei, será a que directamente resulta dos princípios postos para a sucessão legítima».

IV. A INTERPRETAÇÃO AB-ROGANTE COMO SOLUÇÃO IMPOSTA PELO ERRO LEGISLATIVO

Conforme se expôs (*supra*, 1.), temos por absolutamente certo que o n.º 1 do art. 38.º do Decreto-Lei n.º 280/2007 cometeu um erro ao qualificar o Estado como sucessor legitimário. Pelo que, cremos, apenas se antolha um caminho: o da interpretação ab-rogante da parte do preceito onde o erro é cometido. O legislador pressupôs um regime jurídico inexistente, pois as regras da sucessão legitimária não abrangem a sucessão pelo Estado, havendo que expurgar o segmento do qual não se consegue extrair qualquer sentido normativo⁶⁹ e procedendo-se à seguinte interpretação:

«1 - Compete ao membro do Governo responsável pela área das finanças decidir sobre a aceitação, a favor do Estado como sucessor legitimário, de heranças e legados, bem como de doações».

Só assim volta a haver consonância entre o Regime do Património Imobiliário Público e o direito sucessório – como exige, aliás, a «unidade do sistema jurídico» (art. 9.º/1 CC). Com esta proposta consegue-se que o art. 38.º/1 se refira apenas às situações sucessórias que dependem de aceitação e permitem o repúdio pelo Estado, sobretudo quando o título de vocação é o testamento⁷⁰. Só para elas faz sentido uma decisão do membro do governo responsável pelas finanças, já que na outra modalidade sucessória em que o Estado pode ser chamado como herdeiro (a sucessão legítima na falta de cônjuge e de parentes sucessíveis) a aquisição da herança opera-se de direito, com dispensa de aceitação (art. 2154.º CC). No fundo, é um regresso à solução do Decreto-Lei n.º 31.156, que só por manifesto lapso foi abandonada.

Por outro lado, também se evitam as antinomias normativas inerentes à atribuição ao Estado da qualidade de herdeiro legitimário, completamente estranha aos quadros do direito sucessório nacional e comparado⁷¹.

⁶⁹ A propósito da interpretação ab-rogante, a possibilidade de ela ser apenas parcial e o seu fundamento na remissão para um regime jurídico inexistente, *cf.*, *v.g.*, JUSTO, A. DOS S., *Introdução ao Estudo do Direito*, 8.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2017, 348 e MACHADO, J. B., *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, reimpressão, Coimbra: Almedina, 2000, 186.

⁷⁰ Assinale-se que ALVES, J., «Ministério Público na Área Cível: a Acção Especial da Liquidação da Herança Vaga em Benefício do Estado», *cit.*, 18-22, segue a qualificação legislativa e refere-se ao «Estado herdeiro legitimário». Mas todo o tratamento que dá à matéria sob essa epígrafe assenta na sucessão testamentária (a sucessão legitimária nem sequer é tocada...), revelando uma adequada compreensão do campo de aplicação do art. 38.º/1 do Regime Jurídico do Património Imobiliário Público.

⁷¹ *Vid.* REID, K.G.C./DE WAAL, M.J./ZIMMERMANN, R. (eds.), *Comparative Succession Law II. Intestate Succession*, *passim*.

Em abono da verdade, o próprio teor do Decreto-Lei n.º 280/2007 demonstra que a referência ao «Estado como sucessor legitimário» não passou de um engano, já que o art. 41.º refere a integral execução dos fins que condicionaram as heranças e os legados, o que é totalmente incompatível com a sucessão legitimária, mas já se compreende se o principal campo de aplicação do art. 38.º/1 for a sucessão testamentária. Apenas através da sua vontade expressada por testamento pode o autor da sucessão condicionar a herança ou o legado a determinada finalidade^{72, 73}.

⁷² Este argumento vale inteiramente para o Regime Jurídico da Gestão dos Bens Imóveis do Domínio Privado da Região Autónoma da Madeira – cf. o respectivo art. 14.º

⁷³ Em 2010, no âmbito de uns despreziosos casos práticos, a propósito da proibição de analogia da lei fiscal, inventámos uma subida astronómica do imposto sobre bebidas açucaradas («Noções Fundamentais de Direito. Casos Práticos e Exercícios Resolvidos», Coimbra: Coimbra Editora, 197). Ora, como é sabido, por força da Lei n.º 42/2016, de 28 de Dezembro, o Código dos Impostos Especiais de Consumo passou a prever o «imposto sobre o álcool, as bebidas alcoólicas e as bebidas adicionadas de açúcar ou outros edulcorantes», criando-se, assim, uma tributação anteriormente inexistente para tais beberagens doces e com o Estado -tão permissivo noutros campos- a assumir-se como um verdadeiro Catão da glicose. Presciências destas não gostamos de ter. Daí a presente nota, fazendo-se votos de que este estudo não venha a ser aproveitado para transformar em (inconstitucional) solução legislativa aquilo que não passou de um erro...