

SUMÁRIO :— O LEGADO DE COISA COMUM OU, NA EXPRESSÃO DO ART.º 1.766.º do CÓDIGO CIVIL, O LEGADO DE CERTOS BENS DO CASAL É VÁLIDO :— EM ESPÉCIE OU SUBSTÂNCIA, SE OS RESPECTIVOS BENS VIEREM A CABER, EM CONSEQUÊNCIA DE PARTILHA, À MEAÇÃO DO *DE CUIUS* ;— EM VALOR, NO CASO CONTRÁRIO.

Acórdão da Relação de Lisboa, de 11 de Outubro de 1950.

Acordam, em conferência, na Relação de Lisboa :

Havendo falecido José Augusto Ferreira, comerciante, residente nesta cidade, casado, em segundas núpcias (sem descendência do primeiro matrimónio) com Laura da Cruz Campos Ferreira no regime de comunhão geral de bens, procedeu-se a inventário orfanológico em que exerce as funções de cabeça de casal aquela mesma Laura da Cruz Campos Ferreira.

Em 15 de Janeiro de 1944, na constância ainda do primeiro matrimónio, fizera o inventariado seu testamento em que não veio a fazer qualquer alteração.

Nesse testamento estatuiu o *de cuius*, entre outras coisas — o seguinte :

Dando-se o caso de sua mulher Maria César Ferreira falecer primeiro que o testador, *deixa* a sua sobrinha por afinidade Esmeralda Gomes César Baptista, casada com Casimiro Baptista, *todos os valores que constituem o recheio da sua casa particular e mais...*

Havendo falecido em 12 de Maio de 1947 aquela Maria César Ferreira, primeira mulher do inventariado, veio ele a casar, depois, com a inventariante que descreveu aquele legado na respectiva relação, não constando, porém, dos autos que lhe tivesse dado a sua aquiescência, por forma autêntica, antes impugnando a sua validade, no presente recurso.

Depois de feita a descrição no inventário, o Ministério Público lançou nos autos a seguinte promoção : «Promovo conferência de interessados e conselho de família para deliberarem sobre a forma de pagamento dos legados descritos nas verbas 2 e 3. Quanto ao legado descrito na verba n.º 1 (a deixa atrás transcrita), em face do disposto no art.º 1.766.º do Código Civil, sou de opinião que o mesmo é *nulo*, não podendo, portanto, converter-se em legado *de valor...*».

A seguir o meritíssimo juiz marcou dia para a conferência de interessados e reunião do conselho de família, dizendo, mais, nesse mesmo despacho :

«Em face do disposto no art.º 1.766.º do Código Civil — é *nulo* o legado da verba n.º 1, descrição de folhas...».

De tal despacho agravou a Esmeralda Gomes César Baptista a qual, em sua petição de recurso, conclui dizendo que — o despacho recorrido, decretando

a nulidade do legado aludido, antes de efectuada a partilha dos bens no inventário, violou o disposto no art.º 1.766.º do Código Civil que admite a validade em espécie do mesmo legado, desde que os bens que o compõem venham, em consequência de partilha, a caber na meação do *de cuius* — subsistindo essa validade em valor, na hipótese contrária.

Em sua contraminuta, procura a inventariante sustentar a legalidade do despacho agravado, por a nulidade decretada pelo referido art.º 1.766.º ser estabelecida na lei sem restrições — e ter, portanto, de considerar-se operante, em plenitude — ou seja — sob qualquer aspecto e para todos os efeitos.

Decidindo :

Não pode haver dúvida, à face dos autos, de que inventariado e inventariante foram casados no regime de comunhão de bens.

Ora o primitivo texto do art.º 1.766.º do Código Civil era nestes termos : «Os casados segundo o costume do reino não podem dispor determinadamente de certos bens do casal, salvo se esses bens lhes tocarem em partilha ou não tiverem entrado em comunhão».

Com a redacção que a esse artigo imprimiu o decreto n.º 19.126, de 16 de Dezembro de 1930 ficou o respectivo texto nos termos seguintes : «Os casados segundo o costume do país não podem, sob pena de nulidade, dispor determinadamente de certos bens do casal, salvo se esses bens lhes tocarem em partilha ou não tiverem entrado em comunhão, ou se a disposição tiver sido feita por um dos cônjuges em favor do outro ou se o outro cônjuge manifestar, por forma autêntica, a sua aquiescência».

A expressão — «sob pena de nulidade» — que se vê no texto actual e não figurava no texto originário — parece, «prima facie», operante no sentido de ter de negar-se razão à recorrente.

Mas não é assim.

A inclusão no texto legal daquela frase — «sob pena de nulidade» — tornava-se desnecessária (como nota o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de Julho de 1940, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 74-10), visto o art.º 10.º do mesmo Código Civil estabelecer o princípio geral de que — os actos praticados contra a disposição da lei, quer esta seja proibitiva, quer perceptiva, envolvem nulidade.

Desta forma a inclusão, no artigo, da expressão aludida não podia ter sido feita com a finalidade de imprimir à respectiva norma legal um sentido diverso daquele que lhe atribuíam, ao tempo, a jurisprudência e a doutrina.

E tanto assim que a «nota oficiosa» — então publicada na imprensa, referente ao citado decreto 19.126, e dimanante do Ministério da Justiça — explica nestes termos a alteração feita no artigo em causa :

«Art.º 1.766.º. — Alteração no sentido da jurisprudência doutrinária e dos tribunais».

Por consequência, a modificação realizada no artigo questionado não foi, de facto, feita com a finalidade de imprimir à norma respectiva outro sentido diverso daquele que, ao tempo, lhe atribuíam a jurisprudência e a doutrina — antes se havendo filiado no intuito de fazer, no texto legal, um acréscimo

às excepções ali formuladas seguidamente ao vocábulo — «salvo» mediante a previsão de hipóteses não figurantes no texto anterior — conforme também nota o já aludido acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Julho de 1940 (*Revista de Legislação e Jurisprudência*, 74-10).

Ora — ao tempo daquele decreto 19.126, a jurisprudência dos tribunais era no sentido de que — quando o cônjuge casado segundo o costume do país lega determinadamente certos bens do casal que tenham entrado em comunhão — se esses bens não lhe pertencerem na partilha — não é válido o legado em substância, mas é-o em valor.

De que era em tal sentido, ao tempo, a jurisprudência — dão-nos notícia não só o já citado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de Julho de 1940 (*Revista de Legislação e Jurisprudência*, 74-10), mas também o acórdão desse mesmo Alto Tribunal de 2 de Maio de 1924 (*Gazeta da Relação de Lisboa*, 38-170) que decidiu na mesma conformidade, confirmando o acórdão desta Relação de Lisboa, de 26 de Janeiro do mesmo ano e a respectiva decisão da primeira instância.

Já nessa mesma orientação se julgara ao tempo em que Dias Ferreira escreveu a sua obra «*Código Civil Anotado*» (comentário ao art.º 1.766.º), conforme nos informa aquele eminente civilista.

E pelo mesmo caminho enveredava a doutrina como pode ver-se na *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 22, pág. 242, ano 8.º, pág. 566, ano 5.º, pág. 454, ano 43.º, pág. 247 («*Código Civil nos Tribunais*, por Pinto Loureiro e Mário de Almeida, anotações ao art.º 1.766.º) — no mesmo sentido se pronunciando o Professor Doutor José Tavares no seu livro «*Sucessões*» (pág. 202). Isto antes do decreto 19.126.

Após a publicação deste diploma — da mesma forma doutrinaram os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 28 de Janeiro de 1936 (*Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 68, 413), de 26 de Julho de 1940 (*Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 74-10) e de 22 de Fevereiro de 1941 (*Boletim Oficial*, ano 1.º, pág. 173).

E a mesma solução preconizava Cunha Gonçalves no seu «*Tratado de Direito Civil*», a pág. 686 do volume 9.

Ora não se vê razão séria que possa mover esta Relação em ordem a afastar-se de doutrina tão de longe geralmente aceite.

Certo é que o art.º 1.766.º estatui a regra de que os casados segundo o costume do país não podem dispor determinadamente de certos bens do casal — fulminando essa deixa de uma nulidade que, já antes do decreto 19.126, o art.º 10.º do mesmo Código Civil estabelecia; e, assim, poderá dizer-se que — se aquela deixa, considerada em espécie é nula — nem sequer há lugar a discutir-se se a mesma poderá reputar-se válida, considerada em valor; isto — por a validade da respectiva verba testamentária ter de apreciar-se nos exactos termos em que é formulada pelo *de cuius*.

Mas esta concepção — demasiado simplista — tem contra si o defeito de firmar-se na análise do citado art.º 1.766.º, considerado isoladamente e em si

mesmo — sem o pôr em correlação com outras disposições do mesmo Código Civil — que com aquela norma formam concatenado sistema.

Assim o art.º 1.801.º estabelece que é nulo o legado de coisa alheia — mas se do testamento se depreende que o testador ignorava que lhe não pertencia a coisa legada — deverá o herdeiro adquiri-la para cumprir a disposição — e, se isto não for possível, pagará ao legatário o valor dela.

Ora — sendo também alheia a parte do coisa comum que excede à parte ideal do comproprietário — não é concebível que o legislador, na confecção do texto do art.º 1.766.º, tivesse em vista (laborando em incoerência) renegar o pensamento que expressamente consignou no art.º 1.801.º, em homenagem ao respeito que lhe mereceu — dentro das metas da possibilidade — a vontade do testador.

Tanto mais que — por um lado — a nulidade cominada na lei é contra a deixa determinadamente de certos bens do casal — e não contra a mesma liberalidade traduzida no valor respectivo ; — e, por outro lado — ignorar o testador que lhe não pertence a coisa legada — e não ter ele presente, em sua mente, no acto de testar, a noção de que a coisa legada lhe não pertence por inteiro — são estados de espírito que se equivalem (art.º 1.801.º, art.º 1.766.º).

Demais — a doutrina contrária àquela que se vem propugnando — vem a pôr, afinal, a efectivação da liberalidade na dependência de conluio dos herdeiros, em partilha judicial ou extrajudicial, em ordem a que os bens legados se incluam na meação do cônjuge sobrevivente, em acordo com este : dentro dessa doutrina — ficaria o legado à pura mercê do arbítrio de terceiro — o que o art.º 1.740.º proíbe.

Que o art.º 1.766.º se refere a partilha futura — ou seja — posterior ao testamento — resulta, sem dúvida, do vocábulo — «tocarem» — que se lê no respectivo texto, equivalente, em seu significado, à expressão — «vierem a tocar» —.

Impõe-se, pois, a conclusão de que é válida a deixa em causa : em espécie ou substância, no caso de os respectivos bens ficarem abandonados, em partilha, à meação do *de cuius* ; em valor, no caso contrário.

Sendo ainda de notar-se que — contrariamente ao que diz a agravante — a decisão recorrida (embora não conforme à lei) — foi proferida na devida oportunidade — antes das licitações, conforme resulta do disposto no § 1.º do art.º 1.414.º do Código de Processo Civil — em conjugação com o disposto nos art.ºº 1.407.º e 1.408.º e seu § único do mesmo Código (vide *Gazeta da Relação de Lisboa*, 42-353).

Pelos fundamentos expostos acordam os juizes desta Relação em dar provimento ao agravo, e assim, revogam a decisão agravada que o meritíssimo juiz *a quo* deverá substituir por outra pela qual declare o legado em causa — válido : em espécie ou substância — no caso de os respectivos bens virem a tocar, em partilha, à meação do *de cuius* ; em valor — no caso contrário.

Custas pela herança.

ANOTAÇÃO

1. O presente acórdão sancionou a doutrina que julgamos a defensável, se bem que já se tenha doutrinado e decidido em sentido contrário (1).

Segundo o art.º 1.766.º do Código Civil, «os casados segundo o costume do país não podem, sob pena de nulidade, dispor determinadamente de certos bens do casal, salvo se esses bens lhe tocarem em partilha, ou não tiverem entrado em comunhão, ou se a disposição tiver sido feita por um dos cônjuges em favor do outro, ou se o outro cônjuge manifestar por forma autêntica a sua aquiescência».

Assim, à regra — os casados segundo o costume do país não podem, sob pena de nulidade, dispor determinadamente de certos bens do casal — estabelece-se, entre outras, a seguinte excepção: — salvo se esses bens lhe tocarem em *partilha*.

A que *partilha* aqui se alude?

Como diz o Doutor Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, Vol. 9.º, pág. 682, «a partilha a que o art.º 1.766.º alude é, sem dúvida, *future*, posterior ao testamento, já porque assim no-lo mostra a palavra «tocarem», já porque o mesmo artigo figura a hipótese de os bens legados serem, ainda, *comuns* na data do testamento. A *nullidade*, que o mesmo artigo preceitua para a disposição testamentária, evidentemente, só pode ser posterior à abertura da herança; pois só neste momento se pode conhecer que o testador dispôs de bens comuns de-

terminados. Aquele artigo, portanto, não oferece neste ponto dúvida alguma séria; pois, bens partilhados anteriormente ao testamento não podem ser comuns, nem conservar-se nesta situação até à morte do testador».

A mesma opinião foi sustentada por Dias Ferreira — *Comentário*, vol. 4.º, pág. 186, e José Tavares—*Sucessões*, pág. 190.

Deste modo, só depois de efectuada a partilha dos bens deixados pelo testador é possível decidir em definitivo da validade do legado em espécie.

2. No entanto, mesmo que da partilha resulte ficar pertencendo à meação do outro cônjuge, que não do testador, o objecto do legado, ainda então o legado continuava a ser *válido*: não *em espécie*, mas no seu *valor*.

Com efeito, a nulidade que o art.º 1.766.º sanciona é restrita à *determinação* dos bens comuns, à *substância* do legado, não atingindo o seu *valor*, como é opinião dominante na doutrina e na jurisprudência.

Seguindo o trabalho do Dr. Simões de Oliveira, na *Revista de Justiça*, ano 26, pág. 121, podem sintetizar-se por este modo os argumentos no sentido da validade *em valor* de tal legado:

a) A intenção do testador era de certo deixar determinado valor quando não pudesse efectivar-se a disposição dos bens designados; há duas manifestações de vontade da sua parte: uma relativa à materialização da liberalidade, que é nula, e outra à importância dela, que é válida e não pode ser prejudicada pela nulidade da primeira;

b) A nova redacção que o decreto 19.126 deu ao art.º 1.766.º, introdu-

(1) Veja-se o estudo do Dr. Tarujo de Almeida, na *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 8.º, n.º 3/4, pág. 176 e seguintes, e o acórdão da Relação do Porto, de 23 de Outubro de 1946, no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 5.º, pág. 319.

zindo-lhe inclusivamente a expressão «sob pena de nulidade», não teve senão o intuito de estabelecer, no final do artigo, mais dois casos de validação das disposições previstas, consagrando a doutrina e jurisprudência seguidas, como se vê da nota oficiosa justificativa das alterações, e não de inutilizar conscientemente, de forma integral, as disposições especificadas de bens indivisos;

c) A lei só quis defender a propriedade dos bens indivisos contra as liberalidades dum dos compartes e essa propriedade nunca é prejudicada com a validade da doação ou legado em valor, pelo que não devemos levar mais longe a nulidade imposta;

d) Nos casos previstos nos art.ºs 1.801.º e 1.804.º é a própria lei a considerar válido em valor o legado de coisa alheia, quando não puder ser cumprido em substância; e por analogia devemos adoptar aqui a mesma solução;

e) Não se compreende que a liberalidade seja válida ou nula conforme couberem ou não os bens num ou outro lote; essa validade não pode ficar à mercê do mero acaso dum sorteio;

f) De resto, tal validade ficaria afinal sempre dependente do conluio dos herdeiros ao fazerem, judicial ou extrajudicialmente, a partilha, licitação e adjudicação dos bens doados ou legados na meação ou lote diferente do alienante: seria deixar o legado dependente do arbítrio de terceiro, o que é expressamente proibido pelo art.º 1.740.º do Cód. Civ. Os herdeiros até podem trocar os lotes sorteados (art.º 1.419.º do Cód. Proc. Civ.);

g) A validade é ainda sustentada

com fundamento na *teoria de conversão dos negócios jurídicos*, instituto geralmente considerado como admitido pelo nosso direito, pois que os requisitos da admissibilidade de qualquer conversão se verificam nas disposições de todo o legado em bens comuns do casal.

3. É com algum ou alguns destes fundamentos que a tese da *validade em valor* do legado de bens comuns tem sido sustentada por:

— *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 5.º, pág. 554; ano 8.º, pág. 556; ano 22.º, pág. 242; ano 31.º, pág. 103; ano 43.º, pág. 247; *Revista de Justiça*, ano 26.º, pág. 231; *DIAS FERREIRA, Comentário*, vol. 4.º, págs. 187 e 188; *JOSÉ TAVARES, Sucessões*, págs. 190 e seguintes; *DOCTOR CUNHA GONÇALVES, Tratado de Direito Civil*, vol. 9.º, pág. 686; *DR. SIMÕES DE OLIVEIRA, Revista de Justiça*, ano 26, pág. 120.

E, bem assim, seguida na jurisprudência, por:

— Acórdãos da Relação de Lisboa, de 27 de Março de 1886, de 23 de Junho de 1905 e de 10 de Fevereiro de 1906, na *Gazeta da Relação de Lisboa*, respectivamente, ano 1.º, pág. 653, ano 24, págs. 634 e 635;

— Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 2 de Maio de 1924, de 26 de Julho de 1940, de 28 de Fevereiro de 1941, de 12 de Outubro de 1945 e de 28 de Fevereiro de 1950, respectivamente na *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 38, pág. 163, no *Boletim Oficial do Ministério da Justiça*, ano 1.º, págs. 500 e 173, ano 5.º, pág. 401, e no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 17 (Março de 1950), pág. 353.

Carmindo Ferreira