

O FENÓMENO DO «ACRESCER» EM SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

Pelo DR. A. CARLOS LIMA

INTRODUÇÃO

DIREITO DE ACRESCER E NÃO-DECRESCER

1 — Generalidades.

O instituto de acrescer em sucessão testamentária parece encontrar as suas raízes no velho direito romano, onde teria começado por ser consagrado através da jurisprudência, antes que o fosse na lei escrita.

Recebeu então a designação de *ius adcrescendi* designação esta que se manteve através dos tempos, e que ainda hoje é correntemente usada quando se quer referir o instituto de uma maneira geral, sem ter em mente a diversa estrutura com que pode apresentar-se.

Fazemos esta última observação porque a moderna ciência jurídica, servida por uma técnica cada vez mais aperfeiçoada e rigorosa, passou, em dado momento, a distinguir duas figuras de estruturação diversa, abrangidas na designação genérica de «direito de acrescer».

A uma delas continua a dar este nome, agora usado com uma significação mais restrita; à outra chama-se de preferência «direito de não-decrescer», conquanto seja justamente esta última a que mais fielmente representa a continuidade da configuração tradicional do *ius adcrescendi*.

Ora, sendo nosso propósito fazer o estudo do chamado direito de acrescer, no direito positivo português, parece impor-se como conveniente fazer uma descrição, nas suas linhas mais gerais, das duas figuras amalgamadas naquela expressão.

Na realização de tal objectivo, teremos em consideração o modo como correntemente elas são caracterizadas, não deixando, no entanto, de procurar pôr à luz, desde já, certos aspectos que os autores, pelo menos aqueles com quem tomamos contacto, não esclarecem suficientemente, não obstante — julgamo-lo nós — estarem necessariamente contidos nas premissas de que partem.

Abstraindo das contingências concretas das diferentes ordens jurídicas, o fenómeno do crescer em sucessão testamentária, no seu mecanismo exterior, corresponde à seguinte ideia fundamental, permanente entre aquelas contingências: a atribuição pela lei das porções não adquiridas por alguma ou algumas das pessoas instituídas ou nomeadas em testamento a outra ou outras pessoas que ao lado daquelas enfileiram, por testamentariamente também terem sido designadas, em vez de tais porções reverterem para os sucessíveis *ab intestato*.

Os termos em que tal atribuição é feita e os seus pressupostos variam de legislação para legislação.

A maioria das legislações consignam tal atribuição não só entre os herdeiros testamentários, fazendo beneficiar uns das porções não adquiridas pelos outros, mas também entre legatários; outras limitam tal atribuição aos herdeiros testamentários, uns em face dos outros.

O nosso Código Civil seguiu um sistema muito especial, pois, por um lado, nega, pelo menos em princípio, a atribuição aos legatários das porções não adquiridas pelos outros nomeados, e, por outro lado, admitindo tal atribuição entre herdeiros, vai mais longe, consagrando-a mesmo de legatários para herdeiros.

De qualquer modo, o certo, porém, é que subsiste sempre intangível aquela ideia nuclear atrás referida.

Ora, aquela atribuição pode a lei fazê-la através de dois processos, tècnicamente diferenciados: através de um direito de crescer ou através de um direito de não-decrescer — mais rigorosamente, a nosso ver, através de um não-decrescimento ou não-decrescer.

2 — Direito de crescer — Ideia geral.

O direito de crescer, diz-se, implica a produção, em favor daquele que é beneficiado pela porção não adquirida, de uma nova vocação, distinta e autónoma em relação àquela através de qual foi

chamado a receber aquilo que, em princípio, lhe fora assinado em testamento.

Portanto, quando o processo técnico, através do qual um dos chamados vem a receber a porção dum faltoso, for o de um verdadeiro direito de crescer, as coisas logicamente passam-se assim: Aberta a sucessão, cada um dos chamados tem vocação ao objecto que em testamento lhe foi assinado, e é no exercício do direito de suceder, conteúdo daquela vocação, que ele, aceitando, obtém tal objecto; se, porventura, algum dos outros chamados testamentariamente faltar, por alguma daquelas razões com virtualidade para determinar a atribuição da porção respectiva aos conchamados, produz-se em favor destes uma nova vocação, isto é, constitui-se um novo direito de suceder, através de cujo exercício pode ser adquirida a porção que ao faltoso era destinada.

Por via de regra, sendo certo que na generalidade dos casos a falta já se verificou à data da abertura da sucessão, teríamos em tal hipótese duas ou mais vocações simultâneas, a respeito de uma mesma pessoa.

Justamente porque, em relação à porção vaga, se constitui um novo direito de suceder, independente e autónomo daqueloutro que da primeira — pelo menos logicamente — vocação promana, o regime que, na «pureza dos princípios», melhor se harmoniza com tal configuração do fenómeno é o seguinte. Por um lado, dar possibilidade ao beneficiado de aceitar ou repudiar a porção do faltoso, pois tal possibilidade nada mais é do que o conteúdo normal da vocação, do direito de suceder, que neste caso, por definição, ainda não foi exercido em qualquer daqueles possíveis sentidos, nada devendo interessar, em princípio, que o direito de suceder, conteúdo da primeira vocação, se tenha traduzido na aceitação ou repúdio, uma vez que se trata de direitos independentes e autónomos.

Por outro lado, o crescimento deve ter lugar *cum onere*, já que, vindo o beneficiado em lugar do faltoso, deve tomar a posição deste quanto aos direitos e obrigações que lhe caberiam se efectivamente viesse a herdar, e, portanto, também quanto aos ónus que sobre ele impendiam.

É tendo em vista este mecanismo, designadamente o facto de o beneficiado vir em lugar do faltoso, que se diz envolver o direito de crescer uma vocação indirecta. Isto é, a segunda vocação, envolvendo

a constituição de um novo direito de suceder em favor de uma pessoa que, através dela, vem ocupar o lugar de outra, recebendo a posição sucessória em atenção a esta desenhada, seria uma vocação indirecta.

Neste sentido se inclina o Prof. Galvão Teles, entendendo o direito de crescer como «uma substituição vulgar presumida pela lei em benefício dos co-herdeiros testamentários, se o substituído é herdeiro, ou dos herdeiros em geral, se é legatário» (1).

Para este Professor, por conseguinte, o direito de crescer seria uma vocação indirecta, vocação indirecta essa que corresponderia justamente àquela das suas formas chamada substituição vulgar, e da qual apenas se autonomizaria por virtude de ser presumida por lei, e não estabelecida pelo próprio testador.

Como se procurará demonstrar no decorrer deste estudo, julgamos infundado tal ponto de vista, segundo o qual o chamado direito de crescer o é verdadeiramente.

Mesmo colocando-nos dentro de tal ponto de vista, cremos, porém, não poder considerar-se rigorosa a definição do Prof. Galvão Teles. Com efeito, julgamos que na mecânica do direito de crescer nos surge um verdadeiro *direito*, com autonomia, uma nova realidade a que cabe com propriedade aquela qualificação.

Tal direito, porém, é claro, não pode ser... uma substituição. Há-de ser um direito, e precisamente um direito de suceder, com a particularidade apenas de ter na base a tal «substituição presumida por lei», a que se refere o Prof. Galvão Teles.

3 — Direito de não-decrescer — Ideia geral.

A atribuição da porção deixada vaga, por virtude da falta de um dos chamados, a outro ou outros realiza-se através do processo técnico do direito de não-decrescer, quando tal atribuição tiver lugar em razão da força de expansão da própria vocação originária do beneficiado, isto é, em razão da própria vocação através da qual este já foi chamado a receber a porção que *ab initio* lhe foi assinada em testamento e que, em princípio, tão-sòmente lhe devia competir,

(1) *Direito de Representação, Substituição Vulgar e Direito de Crescer*, pág. 217.

desde que, como seria normal, todos os chamados viessem efectivamente à sucessão.

Dentro dos quadros do não-decrescer, as coisas, portanto, passam-se assim: Aberta a sucessão, cada chamado beneficia de uma vocação dotada de elasticidade tal que, se não fosse o concurso dos outros chamados ao mesmo objecto, estender-se-ia a todo este; verificando-se tal concurso, porém, tem de limitar-se à parte que, directa ou indirectamente, lhe foi destinada em testamento; se, porém, se dá a ocorrência da falta de algum dos chamados, a porção deste é absorvida pelos outros, não, propriamente, porque lhes acresça, mas antes porque tal porção já virtualmente estava abrangida *ab initio* na respectiva vocação. Assim, para que tal porção não competisse aos outros chamados, seria necessário fazer decrescer o respectivo direito, vindo daí a designação de direito de não-decrescer para o fenómeno que evita aquela consequência.

Cada chamado sempre teve direito ao todo, e só o não obtém por virtude do concurso dos outros: *solo concursu partes fiunt*.

Servindo-nos de uma das diferentes imagens utilizadas pelos autores, poderíamos dizer que tudo se passa como se se tratasse de várias lâmpadas (chamados), todas alimentadas pela energia de um único fio (objecto da sucessão), de modo que, apagando-se uma dessas lâmpadas (porção vaga), as outras aumentarão a sua intensidade luminosa, porque a energia contida no fio único reverterá em proveito das lâmpadas que permanecem acesas (porções aceitas).

Esta a ideia geral do chamado direito de não-decrescer.

Os autores, ao descreverem tal figura, jogam ainda, frequentemente, com outros conceitos, que a ela, com maior ou menor constância, andam ligados. No entanto, sendo certo que, em nosso entender, alguns desses conceitos só normalmente, e não necessariamente, vivem ligados ao direito de não-decrescer, abstermo-nos de os considerar, e limitamo-nos ao desenho muito geral traçado.

Cremos mesmo já ter sido fonte de alguns erros o facto de se arvorarem em elementos definidores do instituto do não-decrescer, realidades que, dado o seu carácter de verificação ocasional, para tal não têm virtualidade. É o que sucede, designadamente, como adiante será desenvolvido, com as referências a vocação conjunta, entendida em certo sentido.

Não ficaria convenientemente esclarecido o fenómeno do não-

-decrecer se não procurássemos pôr à luz um outro ponto, conquanto implicitamente contido nas premissas já postas.

Se bem se reparar, o direito chamado direito de não-decrecer não é afinal um... direito, ou, pelo menos, tal fenómeno não envolve um direito que possa considerar-se paralelamente ao verdadeiro direito de acrescer, tal como atrás ficou delineado.

Na verdade, quando este tem lugar, há uma realidade com autonomia e com configuração tal que lhe cabe, com propriedade, a qualificação de direito, e precisamente de direito de suceder.

Quando estamos frente àquele fenómeno conhecido sob a designação de direito de não-decrecer, sendo certo que a atribuição das porções não adquiridas pelos faltosos se dá por virtude da própria força expansiva da vocação originária dos beneficiados com elas, por virtude do seu próprio direito de suceder, não temos uma realidade com autonomia que possa qualificar-se de direito. Aqui só poderia falar-se de tal no sentido de que o beneficiário da porção vaga tem direito a que se desenvolva plenamente o seu direito de suceder que, potencialmente, já continha em si tal porção, sentido manifestamente sem interesse, pois todo o titular de um direito tem direito, se assim se quiser dizer, que lhe respeitem plenamente aquele.

4 — Fixação de terminologia: acrescer; direito de acrescer; não-decrescimento ou não-decrecer; porção vaga.

Em face das considerações feitas, logo se vê, por um lado, a necessidade, e, por outro, a dificuldade de adoptar uma terminologia fixa para designar os vários conceitos esboçados.

Tratando-se de uma questão, em grande medida, de convenção, julgamos, no entanto, ser a terminologia, que passamos a referir, a melhor, quer para satisfazer a necessidade acima referida, quer para contornar, tanto quanto possível, as dificuldades que possam suscitar-se.

Para designar o instituto, genêricamente, sem querer tomar posição acerca da sua natureza e estrutura, usaremos a expressão «acrescer», como substantivo.

É certo que tal expressão já pode ser olhada como contendo uma referência ao verdadeiro acrescer, isto é, aquilo que designaremos por

«direito de crescer», a certa estruturação do fenómeno, mas a verdade é que não vemos outra melhor.

Quando tivermos em vista aquilo que correntemente é chamado direito de não-decrescer, preferimos falar simplesmente em «não-decrescimento» ou «não-decrescer», já que, como foi observado, não surge aqui, propriamente, um direito com autonomia.

Por outro lado, e uma vez que já falámos várias vezes em «porção vaga», desde já julgamos conveniente acentuar que não ligamos a tal expressão qualquer significado especial. Com ela queremos referir tão-sòmente as porções não adquiridas por virtude da falta de algum ou alguns dos chamados. Chamamos em especial a atenção para este ponto, por isso que já se pretendeu dar uma noção de «porção vaga» que a ligaria apenas a certa estruturação do fenómeno do crescer, justamente ao «direito de crescer». Disto, porém, se cuidará mais adiante.

Por último, e ainda a respeito de questões de terminologia, não queremos deixar de ressaltar os possíveis desvios que possamos vir a fazer ao rigor do esquema delineado, quando tal seja exigido por uma mais correcta construção da frase. Mesmo assim, porém, só os faremos quando tal não redunde em prejuízo do entendimento das realidades que em cada caso tivermos em vista.

PARTE I

EVOLUÇÃO HISTÓRICA

CAPÍTULO I

DIREITO ROMANO

§ 1.º

GENERALIDADES

5 — Indicação e justificação da sequência.

Antes de entrarmos a considerar os três períodos em que dividiremos a história de Roma, para efeitos de estudo do instituto de crescer em sucessão testamentária, entendemos ser conveniente começar

por referir, neste primeiro parágrafo, certas realidades da legislação romana que com aquele instituto andaram, consoante os períodos, intimamente relacionadas.

Não se trata de realidades que tenham jogado com o fenómeno do crescer em todas as fases que consideraremos, pelo menos do mesmo modo. Pelo contrário, alguns dos princípios que referiremos só interessam para certa ou certas daquelas fases. Não obstante isso, resolvemos englobá-los a todos neste parágrafo, já que se trata de princípios que, por um lado, se não integram pròpriamente no instituto do crescer, sendo-lhe, por assim dizer, exteriores, e, por outro, evitamos com tal procedimento a necessidade de abrir hiatos na exposição para, a propósito dos diferentes períodos, referir aqueles de tais princípios que de momento interessam.

6 — O princípio «*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*».

Com algumas ideias mestras jogava o instituto do crescer em direito romano. Um sempre informaram tal instituto, outras ou só na fase inicial daquele direito, ou só em fases posteriores, vigoraram, comandando soluções. Entre as primeiras estão as *conjunctiones*, a que em seguida nos referiremos; entre as segundas figura o princípio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.

Envolta na sombra das incertezas continua a origem e explicação de tal princípio. Para Einccio e Belloni, por exemplo, a sua origem estaria na longínqua lei das XII Tábuas (2). Certo é, porém, que a regra em causa se encontra nitidamente acolhida numa passagem de Pompónio: *ius nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse; earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus* (3).

A consequência imediata de tal regra era fazer com que aqueles que fossem instituídos herdeiros se reputassem tê-lo sido na totalidade da herança, muito embora só parte desta lhes tivesse sido atri-

(2) Cit. por Bortolan em *Del diritto di a crescer*, pág. 28.

(3) D. 50. 17, de *diversis regulis juris antiqui*, 7; D. 50. 26, de *acquir. vel omitt. hered.*, 39.

buída em testamento, e ainda que o testador manifestasse expressamente a vontade de os beneficiar apenas com parte da herança.

Daqui logo derivava necessariamente, por virtude da lei, um alargamento da vocação do herdeiro mesmo à parte de que o testador não dispusera, envolvendo de certo modo um fenómeno semelhante ao crescer, e dizemos apenas semelhante porque não havia aqui, propriamente, uma porção deixada vaga por virtude da falta de outro ou outros chamados.

Noutros casos, porém, tal regra determinava um verdadeiro e próprio fenómeno de crescer. Disto, porém, se dirá no lugar próprio.

Posteriormente, o princípio da incompatibilidade da sucessão testamentária com a legítima foi-se sucessivamente atenuando, até ao seu completo desaparecimento. Logo na época imperial, deixou de vigorar quanto à sucessão dos militares, aliás mesmo noutros domínios sujeitos a regime jurídico excepcional, sucessão em que se quis atribuir eficácia plena à vontade do testador (4).

Outras excepções sofreu ainda tal regra em certos casos, em que se admitiu a existência simultânea de sucessão legítima e testamentária (5).

Não obstante tais restrições, parece, contudo, que ainda até muito tarde se manteve, por força da tradição, tal regra.

7 — As «*conjunctiones*» : «*re et verbis*», «*re tantum*» e, «*verbis tantum*».

Ao contrário do que sucedia com o princípio anteriormente referido, que só interessava ao fenómeno de crescer entre co-herdeiros, as *conjunctiones* tinham eficácia, em vista do crescer, tanto no que a herdeiros respeita, como a legatários. Em ambos os casos estava o crescer intimamente relacionado com as conjunções, se bem que em cada um deles em termos diversos.

Por outro lado, o sistema das *conjunctiones* sempre influenciou, conquanto em medida variável, o instituto do crescer.

As modalidades de conjunção no direito romano eram três, não

(4) Inst., 2, 14, 5; D., 29, 1, 6.

(5) D. 5, 2, 15; 19; 24; 25; 27, 3.

tendo todas o mesmo alcance. *Triplici modo conjunctio intellegitur: aut enim re per se conjunctio contingit, aut re et verbis, aut verbis tantum*, dizia Paulo (6).

Verificava-se a conjunção *re et verbis* quando, por uma única disposição, se deixava a herança, a mesma parte dela, ou uma mesma coisa, a várias pessoas, sem distribuição de quotas. Tal modalidade de conjunção implicava, portanto, uma disposição formal e substancialmente una.

Como exemplo de tal espécie de conjunção pode referir-se o seguinte: *Titius et Moevius heredes sunt*.

Tinha lugar a conjunção *re tantum* quando se deixava a herança, uma mesma parte dela, ou uma mesma coisa, a mais de uma pessoa, com disposições separadas. As disposições eram, pois, formalmente distintas, sendo o facto de se reportarem ao mesmo objecto que as unificava. E, justamente pela circunstância de, no aspecto formal, as disposições serem distintas, também se dava o nome aos conjuntos por esta forma de *disiuncti*.

Como exemplo desta espécie de conjunção, pode referir-se o seguinte *Titius heres esto, Moevius heres esto*.

Finalmente, tinha lugar a conjunção *verbis tantum* quando o testador chamava várias pessoas à herança, à mesma parte desta, ou a uma mesma coisa determinada, por uma só disposição, fixando, porém, desde logo as quotas em que cada um devia suceder.

O facto de o testador ter feito distribuição de quotas tirava o carácter substancial à conjunção, que ficava reduzida às palavras. A simples circunstância de se dizer que os instituídos o eram em partes iguais (*ex aequis partibus*) envolvia, no entender dos romanos, tal distribuição (7).

Estar-se-ia perante tal tipo de conjunção se o testador dissesse, por exemplo, *Titius et Seius ex aequis partibus heredes sunt*.

(6) D. 50, 16, 142.

(7) Em sentido diverso se inclina hoje grande parte da doutrina estrangeira. Ver, v. g., Bortolan, *ob. cit.*, págs. 157 e 158.

8 — Os diferentes tipos de deixas ineficazes : «*pro non scriptis*», «*in causa caduci*» e «*caduca*».

A distinção destas diferentes modalidades de deixas ineficazes oferece particular interesse no que respeita às leis caducárias, já que estas estabeleceram regimes diferentes em função de tal diversidade de deixas (8).

A disposição considerava-se como não escrita — *pro non scriptis* — quando estava inquinada de um vício originário, apontando-se, como exemplo típico, o de se nomearem pessoas que, ao tempo do testamento, já não existiam.

Chamava-se *in causa caduci* a disposição que, não enfermando de qualquer vício originário, vinha, contudo, a ser afectada por um facto posterior ao testamento, mas anterior à abertura da sucessão, o que se verificava, por exemplo, no caso do beneficiado falecer em tal espaço de tempo.

«*Caduca*» eram as disposições que vinham a tornar-se ineficazes por virtude de um facto posterior à morte do testador, como o repúdio do beneficiado.

9 — As diversas espécie de legados : «*per vindicationem*», «*per damnationem*», «*per praeceptionem*» e «*sinendi modo*».

O interesse da diferenciação destas espécies de legados é muito grande, designadamente no direito antigo, em que o crescer teria ou não lugar, consoante estivesse em causa esta ou aquela modalidade de legado.

O legado era *per vindicationem* se se transmitia directamente a coisa legada, própria do testador, dando-se ao legatário a faculdade de a reivindicar de todo e qualquer detentor. As disposições que envolviam tal espécie de legado constituíam, portanto, o beneficiário num direito real sobre a coisa (9).

Legado *per damnationem* era aquele que não envolvia a transmissão directa da coisa, constituindo tão-sòmente o legatário no

(8) Esta distinção foi mantida por Justiniano (C. 6, 51, 1, 2.

(9) D. 32, 80; Ulpiano Reg. 24, 12; e Gaio 2, 199; 2, 223.

direito de exigir do herdeiro a execução do legado, isto é, num direito de crédito e correspondente acção pessoal contra o devedor do legado, e não acção real contra todo e qualquer detentor.

No legado *sinendi modo* o herdeiro devia permitir ao legatário que tomasse conta do objecto que lhe fora destinado pelo testador.

No legado *per praeceptionem* ordenava-se ao herdeiro ou herdeiros que tirassem da massa hereditária a coisa deixada ao legatário, antes que a herança fosse dividida

Esta forma de legado deu origem a acesa disputa entre sabinianos e proculianos, entendendo os primeiros que, dado o conceito da *praecipere*, tal espécie de legado se restringia aos herdeiros, e sustentando, contrariamente, os segundos a ampliação de tal figura mesmo a outras pessoas, já que, acrescentavam, a particula *prae* não tinha aqui qualquer alcance especial, devendo ter-se como não escrita. Parece ter sido esta última opinião a que prevaleceu na prática, sendo acolhida depois numa constituição do imperador Adriano.

Dada a natureza substancialmente idêntica dos legados *per vindicationem* e *per praeceptionem*, por um lado, e dos legados *per damnationem* e *sinendi modo*, por outro, cada um destes grupos tinha, correlativamente, regime também fundamentalmente idêntico, em relação às espécies que compreendia, identidade de regime essa que se revelava, designadamente, a respeito do instituto do crescer como adiante se dirá.

§ 2.º

DIREITO ANTIGO

A — O «*ius adcrescendi*» entre co-herdeiros.

10 — a) Mecanismo geral do «*ius adcrescendi*», b) Preferências no «*ius adcrescendi*».

a) O princípio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* determinava, em certas hipóteses, só por si e num primeiro lanço, um fenómeno de crescer. Vejamos como.

Praticado o acto testamentário, uma de duas hipóteses podiam verificar-se, no aspecto que de momento nos interessa : ou o testador

dispunha apenas de alguns dos seus bens em favor dos instituídos, ou dispunha de todos.

No primeiro caso, a regra de que ninguém pode morrer em parte com testamento e em parte sem testamento tornava impossível, uma vez que testamento se fizera, que se deferisse a título de sucessão legítima a parte de que se não dispusera, e impunha, ao contrário, que fosse ainda absorvida pelos beneficiados testamentariamente, muito embora com ela não tivessem sido contemplados e ainda que houvesse vontade expressa do testador em sentido contrário, por isso que a referida consequência tinha carácter de ordem pública.

Em tal hipótese, como facilmente se vê, só num sentido pouco rigoroso podia falar-se de um fenómeno de crescer, uma vez que não havia, pròpriamente, uma quota deixada vaga por outrem que crescesse aos respectivos co-herdeiros. Só podia falar-se de crescer, num sentido lato, para designar o aumento da quota ou quotas dos herdeiros em relação àquela que directamente lhes fora assinalada em testamento.

O segundo caso que ficou referido — de todos os bens de *cuius* terem sido objecto de testamento — ainda podia comportar duas sub-hipóteses: ou os instituídos vinham à sucessão, recebendo cada um a quota respectiva; ou algum ou alguns deles não queriam ou não podiam aceitar.

Nesta última sub-hipótese, dava-se a falta daquele ou daqueles que não queriam ou não podiam aceitar, com o consequente surgir de uma ou mais quotas vagas.

E, então, para que o princípio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* continuasse a ter a sua plena realização, necessário se tornava fazer com que tais quotas vagas aproveitassem aos outros co-herdeiros testamentários, em vez de se deferirem aos herdeiros legítimos. Ora era justamente esta emergência uma daquelas em que os romanos falavam num *ius ad crescendi*, como instituto que pressupõe, «grosso modo», o aumento da quota de um herdeiro por virtude da falta de outro ou outros com ele também instituídos.

Portanto, para que esta primeira modalidade de *ius ad crescendi*, tivesse lugar, exigia-se apenas que um ou alguns dos co-herdeiros fossem realmente faltosos, não viessem à sucessão. Se algum deles aceitasse e morresse em seguida, não funcionava o *ius ad crescendi*, por isso que, então, teria lugar um novo fenómeno de transmissão

mortis causa para os respectivos herdeiros, tendo por objecto, porventura, entre outros, os elementos do património adquiridos por virtude da primeira sucessão, e já efectivamente integrados naquele.

Por virtude do carácter, já referido, de ordem pública do princípio que estamos a considerar, o testador só tinha dois modos de evitar, na falta de algum ou alguns dos herdeiros testamentários, esse fenómeno de «acrescer», extensivo a todos os outros co-herdeiros testamentários: ou nomear um substituto para aquele cuja falta temesse, ou socorrer-se de instituição conjunta, em termos eficazes, daqueles herdeiros, na falta de algum dos quais, pretendesse que o *ius adcrecendi* só aos outros conjuntamente instituídos aproveitasse.

Do que acaba de ser referido, resulta que o princípio *nemo pro parte testatus pro intestatus decedere potest* atribuía à vocação dos herdeiros testamentários, por força da lei, potencialidade para abranger a totalidade da herança, o que apenas se não verificava por virtude da concorrência de outros co-herdeiros testamentários — *solo concursu partes fiunt*.

Deste princípio derivava, por conseguinte, por necessidade de direito, um *ius adcrecendi* absolutamente geral, no sentido de extensivo a todos os co-herdeiros testamentários.

Isto, porém, sucedia apenas em princípio, pois, como já acima ligeiramente se referiu, o testador podia evitar, ou qualquer fenómeno de «acrescer», através de substituições vulgares, ou, pelo menos, a sua verificação com tão grande amplitude.

O facto de o testador ter preventivamente nomeado um substituto para a possível falta de algum ou alguns dos instituídos, coloca-nos imediatamente fora da alçada do *ius adcrecendi* pelo que não entramos a desenvolver tal hipótese.

Interessa-nos, sim, e de uma maneira especial, a simples limitação do campo do *ius adcrecendi*, determinada por virtude da existência de instituições conjuntas.

Das diferentes espécies de conjunção já se fez eco com o desenvolvimento suficiente para que nos dispensemos de voltar ao assunto.

A função das conjunções, no que a herdeiros respeitava, era determinar um *ius adcrecendi* preferente em benefício dos conjuntamente instituídos.

A denominação comum, envolvida pela conjunção *re et verbis*,

associando várias pessoas na mesma disposição, a respeito, do mesmo objecto, oferecia o exemplo clássico de *ius adcrecendi*.

Entendia-se efectivamente que a instituição feita em tais termos constituía sintoma inequívoco da vontade do testador no sentido de que, faltando algum dos herdeiros instituídos *conjunctim*, a porção ao faltoso destinada beneficiasse apenas os outros na mesma conjunção englobados, e não todos, os herdeiros testamentários, salva a hipótese de *todos* aqueles faltarem, como se verá. Assim, se o testador tivesse dito, por exemplo, *Titius heres esto ; Moevius et Seius heredes sunt*, havia, antes de mais, que dividir a herança entre Titius, de um lado, e Moevius e Seius, de outro ; porém, obedecendo sempre à mesma ideia, se faltasse algum dos conjuntamente instituídos, só o outro conjunto aproveitaria de tal falta, e não também Titius.

Da mesma maneira que a conjunção *re et verbis*, também a conjunção *re tantum* implicava um *ius adcrecendi* preferente em benefício daqueles por tal modo instituídos.

No entanto, algumas dúvidas de interpretação e execução se levantavam em tais casos, apresentando-se com particular acuidade a respeito do *ius adcrecendi* entre colegatários, como oportunamente referiremos.

Uma vez que todos os conjuntos *re tantum* efectivamente concorressem à herança, dar-se-ia a formação de quotas, recebendo cada um a que lhe competia. Se, porém, algum deles faltasse, a porção respectiva iria beneficiar, em primeira mão, apenas os outros com ele englobados na instituição conjunta.

Segundo alguns autores, não obstava a que as coisas se passassem deste modo a circunstância de a instituição se fazer nestes termos *Titius pro parte dimidia heres esto, Moevius pro parte qua Titius heredem institui heres esto*, visto que em tais casos continuava a existir a conjunção *re tantum*, já que a determinação de partes em orações separadas recaía ainda sobre idêntica porção da herança.

Ao contrário do que sucedia com as anteriores, a terceira forma de conjunção, *verbis tantum*, não tinha qualquer efeito no sentido de fazer beneficiar preferentemente, em relação aos outros herdeiros, as pessoas por tal modo instituídas. Na verdade, o facto de o testador ter feito distribuição de partes era tido como sintoma da sua vontade de impedir o alargamento de tais quotas por virtude do *ius adcrecendi*.

b) Do que acaba de ser exposto algumas conclusões podem já inferir-se, acerca do modo como entre si se coordenavam os diferentes fenómenos de crescer, quer por virtude do princípio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, quer por virtude das diferentes espécies de conjunção, incidindo sobre o mesmo objecto.

Assim, e antes de mais, logo se vê que a existência de conjunções, daqueles tipos abstractamente aptos para determinar um fenómeno de crescer preferente, extensivos a todos os herdeiros testamentários nenhuma consequência específicas trazia, no que ao crescer respeitava, em relação àquelas que já eram impostas pelo princípio de que ninguém pode morrer em parte com testamento e em parte sem testamento. O crescer, tal qual como já resultava deste princípio, verificava-se em favor de todos os co-herdeiros.

Se, pelo contrário, a conjunção, eficaz para determinar um fenómeno de crescer, apenas se estendia a alguns dos herdeiros, dava-se um crescer preferente entre os conjuntamente instituídos, em relação aos outros herdeiros. Se a conjunção era *re et verbis*, essa preferência tinha lugar em favor daqueles por tal modo instituídos, os quais eram considerados como uma só pessoa, em relação à porção que globalmente lhes fora atribuída. Se a conjunção era *re tantum* fenómeno semelhante se verificava.

Novo grau nesta hierarquia de fenómenos de crescer se interpunha, no caso de cumulação destas duas diferentes espécies de conjunção.

Não fugiu, com efeito, à perspicácia dos jurisconsultos romanos a hipótese de conjunções múltiplas, isto é, a hipótese de se entrecruzarem disposições envolvendo conjunções (*re et verbis*) e disjunções (*re tantum*). Verificando-se tal emergência, a falta de uma das pessoas conjuntamente instituídas dava lugar ao *ius ad crescendi* só em favor das outras com ela ligadas mediante a mesma conjunção, e não também em favor daquelas que fossem disjuntas ou conjuntas à parte (10). Por outro lado, a falta de um disjunto determinava a concorrência à quota que lhe fora destinada tanto dos outros disjuntos como dos outros que entre si fossem conjuntos, embora estes últimos

(10) C., *de caducis tollendis*, 6. 51. 10.

fossem unitariamente considerados como uma só pessoa e recebessem, por consequência, tanto em globo como cada um dos disjuntos (11).

Suponhamos que o testador dispunha do seguinte modo: *Primus et Secundus heredes sunt; Tertius heres esto; Quartus heres esto; Quintus et Sextus heredes sunt*. Em tal hipótese, a herança seria dividida em quatro partes, sendo os dois grupos referidos tratados, cada um, como uma só pessoa para efeito de tal divisão. A falta de *Primus* apenas ia beneficiar *Secundus*, a ele ligado pela mesma conjunção, nada aproveitando com tal falta *Tertius* e *Quartus*, que se apresentavam em relação ao faltoso como *disjuncti*, e o mesmo sucedendo a *Quintus* e *Sextus*, conjuntos entre si, mas disjuntos em relação a *Primus*. Ao contrário, a falta de *Tertius* aproveitaria a todos, isto é, um terço da porção que lhe era destinada ia para o grupo constituído por *Primus* e *Secundus*, outro terço para *Quartus*, e o último terço para o grupo formado pelos conjuntos *Quintus* e *Sextus*.

O mesmo critério da qualidade da conjunção importava preferências no crescer, por exemplo, na hipótese de o testador instituir uma pessoa, os filhos de outra, e ainda os netos de outra, caso em que estes dois grupos, envolvendo duas conjunções *re et verbis*, determinavam soluções semelhantes às atrás referidas.

Resumindo as considerações que acabam de ser feitas, temos:

- 1.º — O *ius adcrendi* tinha lugar, independentemente de qualquer forma de instituição conjunta, em favor de todos os co-herdeiros testamentários, por virtude apenas da necessidade de dar efectiva realização à regra *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.
- 2.º — A existência de conjunção *re et verbis* ou *re tantum*, englobando apenas alguns dos co-herdeiros testamentários, implicava um fenómeno de «acrescer» preferente entre os conjuntamente instituídos. Se, porém, tais conjunções fossem extensivas a todos os co-herdeiros testamentários, ou se se tratasse de simples conjunção *verbis tantum*, nenhuma eficácia específica se verificaria, em relação àquela que já

(11) C., *de caducis tollendis*, 6. 51. 10.

resultava do princípio de que ninguém pode morrer em parte com testamento e em parte sem testamento.

- 3.º — Na hipótese de existirem diferentes conjunções, a respeito do mesmo objecto, havia que distinguir : se o faltoso tinha sido instituído mediante conjunção *re et verbis* com outros, a porção que lhe era destinada apenas a estes aproveitava, e só na falta de todos os *conjuncti*, iria beneficiar os conjuntos *re tantum*, e os instituídos com conjunção *re et verbis* distinta da primeira, e, portanto, em relação aos nesta compreendidos ainda *disjuncti*, os quais seriam tratados em globo como uma só pessoa; se o faltoso estava apenas abrangido numa conjunção *re tantum*, a porção respectiva iria aproveitar a todos os outros com ele instituídos, continuando a ser os grupos conjuntos *re et verbis*, que, porventura existissem, tratados como uma só pessoa.

11 — Fundamento do «*ius adcrendi*».

Diferentes têm sido os fundamentos atribuídos pelos autores ao *ius adcrendi* em direito romano.

Há quem entenda que o fenómeno do crescer entre co-herdeiros derivava do princípio de que o herdeiro, continuador da personalidade do defunto, tinha, por virtude mesmo da sua qualidade de herdeiro, vocação à totalidade da herança (12).

Para outros o *ius adcrendi* teria por fundamento a vontade presumida do defunto que se inferia de determinadas formas de instituição, as *conjunctioes*.

Holtius, por exemplo, era de opinião que o *ius adcrendi* se baseava no conceito de unidade ou solidariedade da disposição, tendo como consequência o seu funcionamento por necessidade de direito (13).

Outros ainda se inclinam no sentido de que tal fundamento estava no facto de a herança constituir um *universum ius defuncti*.

Sem pretendermos entrar a estudar o problema em pormenor,

(12) Eugène Petit, *Traité de Droit Romain*, pág. 586.

(13) *Observations sur le droit d'accroissement*, cit. por Bortolan, *ob. cit.*.

parece-nos, contudo, que esta diversidade de fundamentos aventados para o *ius adcrendi*, advém, pelo menos em grande parte, da circunstância de os autores, quando consideram o problema, se moverem em planos distintos, isto é, deriva do facto de se atribuírem sentidos diversos à palavra fundamento. Deste modo, é evidente, torna-se impossível conseguir unanimidade de opiniões.

Acerca de tal asserção mais alguma coisa se dirá, quando de problema paralelo nos ocuparmos ao estudar o direito positivo português. Na verdade, também hoje são diferentes os fundamentos apontados para o fenómeno do crescer, resultando tal diversidade mais uma vez, segundo cremos, das divergências a respeito do conceito de fundamento.

No que ao direito romano respeita, parece, porém, não poder encontrar-se um fundamento unitário para o *ius adcrendi*. Ao contrário, tal fundamento parece ter sido duplo, consoante o *ius adcrendi* tinha lugar por virtude do princípio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* ou por virtude das *conjunctiones*.

No primeiro caso, o *ius adcrendi* encontrava o seu fundamento na própria estrutura sucessória romana, naquilo que os autores têm denominado a natureza das coisas, isto é, na própria incompatibilidade de sucessão testamentária com a legal. No segundo caso, tal fundamento estaria efectivamente na vontade presumida do testador, de que as conjunções eram consideradas índice suficiente.

12 — Natureza do «*ius adcrendi*».

De tudo o que se vem de expor, resulta o carácter, que neste período o *ius adcrendi* revestiu, de um simples fenómeno de não-decrescimento. Com efeito, quer no caso de derivar do princípio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, quer no de derivar das *conjunctiones*, o fenómeno não se verificava através de uma vocação indirecta daqueles que com ele eram beneficiados, isto é, não havia a atribuição a estes de um novo direito de suceder em relação à quota deixada vaga, através de cujo exercício o benefício se efectivasse. Ao contrário, a vocação de cada um dos herdeiros, e, preferencialmente, num âmbito mais restrito, a dos conjuntamente instituídos, já tinha *ab initio* potencialidade para tudo abranger, de modo que, cessando o concurso de algum ou alguns dos instituídos,

automaticamente se dava o alargamento das quotas dos outros à porção vaga. A esse alargamento das quotas somente obstava o concurso dos outros co-herdeiros, e, conseqüentemente, desaparecendo tal obstáculo, os restantes herdeiros obtinham aquilo a que sempre tiveram direito, verificando-se, por isso, não tanto um crescimento como um não-decrescimento.

Esta tendência de cada vocação para se expandir ao todo era característica, como já se disse, da vocação de qualquer herdeiro testamentário pelo mero facto de o ser, e isto em virtude de imposição da própria lei. No entanto esta tendência geral de vocação de todo e qualquer herdeiro cedia o passo à tendência mais forte que, quanto às vocações dos conjuntamente chamados, se verificava a respeito daquilo que era objecto da instituição conjunta, de modo que, na falta de um dos conjuntos, o fenómeno de expansibilidade tinha, antes de mais, lugar em relação à vocação dos outros conjuntos, e só na falta de todos estes teria por sua vez efectivação aquela tendência mais geral que se verificava a respeito da vocação de todos os co-herdeiros.

13 — Condições e regime do «*ius adcrendi*».

Além da existência de conjunção relevante, para que tivesse lugar um «acrescer» preferente, exigia-se ainda em toda e qualquer hipótese a falta de um ou vários co-herdeiros, o que se verificava, entre outros, nos seguintes casos: premoiência do chamado, falta de *testamenti factio*, não verificação da condição sob que fora chamado algum dos co-herdeiros, instituição afectada de um vício *ab initio*, repúdio, etc..

Era necessário, por outro lado, que o faltoso não tivesse aceitado a quota respectiva, pois em tal caso seria aos herdeiros respectivos que, nos termos gerais, se transmitiria tal quota, como elemento já efectivamente integrado no património do faltoso.

Para que se pudesse beneficiar do *ius adcrendi*, era necessário ainda que se não tivesse perdido a qualidade de herdeiro. Tal requisito está em estreita correlação com a questão muito discutida sobre se, na hipótese de algum dos co-herdeiros já ter vendido a quota própria, a quando da falta de outro, apta ao crescer, este se verifi-

cava em benefício do vendedor ou do comprador, questão esta a que ainda voltaremos.

Da natureza do *ius adcrendi*, que envolvia não constituir a porção acrescida senão um acessório ou dependência da quota inicial, resultava a sua efectivação de pleno direito, *ipso iure*, sem necessidade de qualquer iniciativa do beneficiado nesse sentido. Por outro lado, e em virtude ainda daquela mesma natureza, também não era admitido o repúdio da porção acrescida.

Não se tratando de uma vocação a se, mas de uma ampliação da vocação inicial, aquele que já tivesse aceitado a parte respectiva, não poderia afastar a que lhe crescia (14).

Tal regime só em casos raríssimos sofria derrogação (15).

Insistem os autores no facto de o *ius adcrendi*, tendo a natureza de um não-decrescimento, dever ter lugar *sine onere*, por isso que aquele que dele aproveitava não era propriamente beneficiado, mas limitava-se apenas a não sofrer um prejuízo. E na verdade tal parece ter sido inicialmente, neste aspecto, o regime do *ius adcrendi* (16).

Cedo, porém, segundo parece, foi modificada a solução legal a tal respeito, passando o crescimento a ter lugar *cum onere* (17), embora com algumas excepções (18).

Pode, pois, sintetizar-se, nos aspectos que consideramos, o regime do *ius adcrendi* do seguinte modo: Era forçoso, pois o co-herdeiro que tivesse aceitado a parte respectiva não podia repudiar a acrescida, recebendo-a mesmo sem seu conhecimento; inicialmente tinha lugar *sine onere*, passando, porém, mais tarde a verificar-se *cum onere*.

(14) D. 29, 2, 53; C. 6, 51, 10.

(15) D. 29, 2, 61.

(16) Celso, D. 31, 29, 2.

(17) C. 6, 51, 10.

(18) C. 6, 51, 9.

B — O «*ius adcrendi*» entre colegatários.

14 — Mecanismo geral do «*ius adcrendi*» — a) Legados «*per vindicationem*» e «*per praeceptionem*» — b) Legados «*per damnationem*» e «*inendi modo*» — c) Legados de usufruto — d) Preferências no «*ius adcrendi*».

Em princípio, a falta de um legatário aproveitava ao herdeiro que com o legado tinha sido gravado, o qual ficava, assim, livre do encargo que lhe fora imposto.

Esta regra comportava, porém, excepções quando uma mesma coisa tivesse sido legada a várias pessoas sem atribuição de partes. Quando tal sucedia, com efeito, cada um dos legatários, por tal modo nomeados, tinha uma vocação com potencialidade para absorver todo o objecto, de maneira que, se um faltasse, o outro ou outros, deixando de estar limitados pelo direito do faltoso, alargavam o seu quinhão, e faziam-no justamente através de um fenómeno de crescer.

Entre colegatários, como entre co-herdeiros, a base do *ius adcrendi* estava, por conseguinte, na vocação de várias pessoas à totalidade de uma mesma coisa.

No entanto, se o princípio era o mesmo, eram contudo diferentes as suas aplicações nos dois casos. Entre co-herdeiros o *ius adcrendi* era a regra porque cada herdeiro tinha vocação à sucessão inteira, ainda que apenas uma parte lhe tivesse sido atribuída. Entre colegatários o *ius adcrendi* constituía excepção, resultando tão-sòmente da vontade do testador, por isso que dois ou mais legatários não tinham vocação à totalidade de uma mesma coisa senão quando o testador assim o quisesse, querer esse que a lei inferia de determinados modos de nomeação, justamente as *conjunctiones*. Se o testador tivesse feito distribuição de partes, os legatários não teriam vocação à totalidade do objecto do legado.

Isto é, em matéria de legados não existia qualquer princípio semelhante à regra *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.

Para se averiguar quando funcionava o *ius adcrendi* entre colegatários, era necessário determinar quais os casos em que vários legatários de uma mesma coisa tinham vocação à totalidade desta

não só em função das diversas modalidades de conjunção, mas ainda em função das diferentes espécies de legados, já referidas.

a) Nos legados *per vindicationem* quer a existência de conjunção *re et verbis*, quer *re tantum*, envolviam o *ius adcrendi* em favor dos conjuntamente nomeados, na falta de algum ou alguns deles. Com efeito, tais espécies de conjunção implicavam a atribuição a cada um dos conjuntos da propriedade da coisa legada, atribuição que se não tornava efectiva apenas por virtude todos concorrerem (19), o que determinava entre eles uma divisão igualitária. Se, porém, algum faltasse, a vocação dos outros, potencialmente extensiva ao todo, alargava-se absorvendo a porção deixada vaga (20).

Nos legados *per vindicationem* com conjunção *re et verbis* o testador associava na totalidade do objecto legado os conjuntos, o que implicava, no caso de todos concorrerem, a divisão entre eles. Sendo certo, porém, que o herdeiro era excluído da transmissão do domínio legado, o qual era recebido pelos legatários não por intermédio dele, mas directamente *de cuius*, se, porventura, faltasse algum dos colegatários, automaticamente a sua quota era absorvida pelos outros.

No caso de conjunção *re tantum*, segundo parece, e não obstante opinião contrária de alguns autores, a separação de disposições não impedia o *ius adcrendi* nos legados *per vindicationem*. Se todos os colegatários concorressem, a coisa dividir-se-ia entre si; se, porém, algum deles faltasse, os outros absorveriam a sua porção, por virtude da sua vocação à totalidade da coisa.

Quando, nos legados *per vindicationem*, a conjunção era simplesmente *verbis tantum*, faltando a unidade real, dada a divisão ínsita na disposição do *de cuius*, tornava-se impossível, em todo e qualquer caso, o *ius adcrendi*, o que é confirmado, designadamente, pelos comentários de Cajo (21), cujo silêncio acerca de tal espécie de conjunção, quando trata do *ius adcrendi* dependente das outras duas modalidades, revela que nenhum efeito lhe era atribuído, em tal campo.

Note-se, contudo, que a tal conclusão se chegou depois de acesa

(19) D. 32, 80; Ulpiano Reg. 24, 12; e Gaio 2, 199; 2, 223.

(20) Ulpiano Reg. 24, 13; Gaio 2, 205.

(21) Cajo, *Coment.* 2, § 199.

discussão por isso que havia quem pretendesse sustentar opinião contrária com base na lei 89, D., *de legatis et fideicommissis*, 3 (22).

O regime que acaba de ser delineado era por igual aplicável aos legados *per praeceptionem*, de configuração estruturalmente semelhante à dos legados *per vindicationem*.

b) Nos legados *per damnationem* nunca tinha lugar o *ius ad crescendi*, porque em tal espécie de legados nunca os legatários podiam ter vocação à totalidade do objecto.

Se o legado era feito mediante conjunção *re et verbis*, faltando o chamamento, por assim dizer, directo dos legatários, e sendo necessária a intervenção do herdeiro para entregar a coisa (*heres damnas esto*), com a correspondente constituição de um mero direito de crédito em favor dos beneficiados, a respeito do objecto do legado, tal direito dividia-se logo automaticamente entre os colegatários, proporcionalmente ao todo. Tal divisão, porém, não resultava, no entender dos romanos, do concurso de todos, mas sim da própria natureza do legado, de modo que, faltando um, a porção deste não ia aproveitar aos outros, sendo antes o herdeiro gravado que de tal falta beneficiava, ficando liberto, nessa medida, do encargo (23).

Se o legado era feito mediante conjunção *re tantum*, envolvendo estas disposições separadas, o devedor do legado teria de prestá-lo por inteiro a cada um dos nomeados, conquanto só o primeiro que o reclamasse o obtivesse em espécie, e os outros apenas o seu valor. Daqui resultava que a falta de um dos colegatários não determinava o *ius ad crescendi* em favor dos outros, pois tal solução envolveria dar a mesma coisa duas vezes ou mais à mesma pessoa, o que não podia corresponder à vontade do testador. O facto de todos concorrerem não obstava a que cada um recebesse o objecto por inteiro; inversamente, a falta de um não ia beneficiar os outros, mas o gravado (24).

Aliás, contra o *ius ad crescendi* em tal espécie de legado, subsistiria sempre a razão de que a sua própria natureza, implicando a divisão automática do objecto, era incompatível com o fenómeno do crescer.

(22) Ver Bortolan, *ob. cit.*, págs. 47 e seguintes.

(23) Ulpiano Reg. 24, 13; Gaio 2, 205.

(24) Ulpiano Reg. 24, 13; Gaio 2, 205.

Os legados *sinendi modo* estavam submetidos ao mesmo regime. Quer fossem feitos *conjunctim*, quer *disjunctim*, não tinha lugar, a respeito deles, o *ius adcrecendi*.

c) Aos legados de usufruto eram aplicáveis, de uma maneira geral, as mesmas regras reguladoras do «acrescer» em matéria de legados de propriedade, e por isso ainda no usufruto tal fenómeno era possível entre pessoas conjuntas *re et verbis e re tantum* mas nunca nos casos de mera conjunção verbal.

Uma particularidade notável surge, porém, quanto ao usufruto. Enquanto nos legados de propriedade o crescer se dava *portione portioni*, no de usufruto a porção acrescia à pessoa. Quer dizer, enquanto os herdeiros e legatários da propriedade perdiam a possibilidade de beneficiar do *ius adcrecendi* logo que se dava o concurso e a distribuição de quotas, o co-usufrutuário, ao contrário, beneficiava da quota vaga, mesmo que esta apenas tal se tornasse depois de ter sido aceita, de modo que podia vir, com o decurso do tempo, a receber o usufruto inteiro, à medida que as porções, já divididas e aceitas, deixassem de ser usufruídas pelos outros (25). *Qui, quum partem usufructus haberet, totum petit, si partes partem accrescentem petat, non summovetur exceptione, quia usufructus non portioni, sed homini accrescit* (26).

Muito tem divergido os autores acerca de qual tenha sido a origem e qual a explicação de tal especialidade dos legados de usufruto.

Voet (27), a tal respeito, observa que o legado de propriedade consistia mais num direito que num facto, não se adquirindo cada dia de novo, mas apenas quando era reivindicado pelo legatário. No usufruto, se bem que fosse verdade que com o primeiro reconhecimento do legado e com o concurso se entendia que cada um adquiria a parte do direito que lhe dizia respeito, do mesmo modo que sucedia na repartição do domínio, todavia, assim como o direito de usufruto consistia no fruir ou gozar, isto é, em factos de quem frui e usa, assim entre vários usufrutuários conjuntos o concurso não se efec-

(25) D. 7. 2, de usufructu accresc., 10.

(26) Lei X 14, 1, D., de usufr. et quaemadmodum.

(27) *Commento alle Pandette, II, de usufr. accresc.*, 4, cit. por Bortolan, *ob. cit.*, pág. 53.

tuava apenas no primeiro momento, em que se reconhecia e repartia entre eles o legado, mas ainda posteriormente, porque continuava em cada dia mediante o próprio facto de fruir. E, na verdade, Ulpiano exprimia-se do seguinte modo: *Usufructus quotidie constituitur et legatur, non ut proprietas eo solo tempore quo vindicatur* (28).

Troplong, por seu lado, explica tal diversidade dizendo que os legatários do usufruto tinham *ab initio* a posse da totalidade do usufruto que lhe fora legado conjuntamente e que, portanto, no caso de morte ou falta de um dos colegatários, os outros deviam continuar a gozar do usufruto inteiro *iure non decrescendi*; isto, além de que o usufruto tinha uma natureza que o prendia mais à pessoa que à coisa (*ius personale*, diz Cujácio, *quod cohaeret personae*), e ainda, constituindo as pessoas dos usufrutuários uma classe distinta das dos proprietários da raiz, repugnava ao usufruto consolidar-se com a propriedade enquanto um usufrutuário existisse.

Há quem entenda, ainda, resultar tal diferença, quanto ao *ius adcrecendi*, entre os legados de propriedade e de usufruto da própria natureza do usufruto, o qual, em lugar de ser perpétuo, como a propriedade, era e é um direito essencialmente temporário. A restrição que sofria cada colegatário por virtude do concurso dos outros não seria, portanto, senão temporária, de modo que, se um morresse, a vocação dos outros retomaria a sua amplitude, absorvendo a parte vaga (29).

Outras explicações tem architectado o engenho dos juristas para o fenómeno (30). A elas, porém, nos não referimos não só porque isso nos levaria muito longe, mas ainda porque teremos que voltar ao assunto mais adiante.

d) A questão das preferências no *ius adcrecendi*, por virtude da cumulação de conjunções, desenvolvia-se em termos semelhantes aos delineados a propósito do crescer entre co-herdeiros.

Se o *ius adcrecendi* se verifica quer entre legatários conjuntos

(28) D. 7. 2., *de usufructu accrescendo*, 1, § 3.º, *in fine*.

(29) Eugène Petit, *Traité de Droit Romain*, págs. 592 e seguintes.

(30) Pothier em *Pandectas*, Mainz no *Curso de Derecho Romano*, tomo III, § 526.º, Mantica em *De coniecturis ultimarum voluntatum*, Menochino no seu tratado *Praesumptionibus*. Todos citados por Marti Miralles, *Revista de Derecho Privado*, tomo XII, pág. 368 e seguintes.

re et verbis, quer entre legatários conjuntos *re tantum*, no entanto a posição de uns prevalece sobre a dos outros segundo o tipo de conjunção. Designadamente, quando se verifica tal cumulação de conjunções, os conjuntos *re et verbis*, verificando-se o concurso, recebiam todos em globo tanto como cada disjunto; do mesmo modo, faltando um dos conjuntos *re tantum*, os conjuntos *re et verbis*, recebiam em globo, da porção deixada vaga, tanto como cada um dos conjuntos *re tantum*. Por outro lado, faltando um dos conjuntos *re et verbis*, só os outros, beneficiavam, em primeira mão, de tal falta.

15 — **Fundamento do «ius adcrendi».**

Sendo certo que em matéria de legados não existia qualquer princípio semelhante àquele que vigorava quanto aos herdeiros, segundo o qual sucessão legal e testamentária eram incompatíveis, o fundamento do crescer em tal campo residia exclusivamente na presumida vontade do testador, vontade essa que se inferia de determinadas formas dadas à nomeação dos legatários.

16 — **Natureza do «ius adcrendi».**

O crescer em matéria de legados, revestia, como aliás em matéria de herança, a natureza de um não-decrescimento. Isto é, aqueles que de tal beneficiavam não adquiriam as porções vagas através de uma vocação autónoma, de um novo direito. Ao contrário, a efectivação do benefício tinha lugar mercê da sua própria vocação originária, a qual, tendo virtualidade para se estender a todo o legado, absorvia as quotas deixadas vagas pelos colegatários faltosos.

17 — **Condições e regime do «ius adcrendi».**

No que respeita aos requisitos do crescer, aplicam-se, de uma maneira geral, as considerações feitas, quanto ao aspecto paralelo, no campo dos herdeiros.

Exigia-se, além da nomeação conjunta em termos eficazes para tal fim, a falta de algum ou alguns dos colegatários, falta essa que tinha lugar nas diferentes hipóteses já referidas.

Apenas quanto aos legados de usufruto existia a particularidade,

aliás também já referida, de o *ius adcrendi* ter lugar mesmo depois da aceitação pelos faltosos.

Era, por outro lado, necessário, para que se pudesse beneficiar das porções vagas, que se não tivesse perdido a qualidade de colegatário, aspecto este que levantava problemas idênticos aos suscitados quanto aos herdeiros, com particular acuidade a respeito dos legados do usufruto por causa da especialidade que ficou referida.

Por virtude da própria configuração revestida pelo fenómeno, o *ius adcrendi*, tinha lugar *ipso iure*, era forçado. Teria, porventura, começado por verificar-se *sine onere*, mas passando a ter posteriormente lugar *cum onere*.

§ 3.º

LEIS CADUCÁRIAS

18 — Fim e conteúdo das leis caducárias.

O *ius adcrendi* veio a sofrer restrições e profundas modificações com a publicação da lei *Júlia de maritandis ordinibus*, surgida no tempo de Augusto no ano de 757 *ab u. c.*, e com a publicação da lei *Pápia* do ano 762. Nenhuma destas leis se conhece no texto original, mas só através de fragmentos e da doutrina dos juristas antigos.

Com o novo regime, trazido por tais leis, visaram-se fundamentalmente os seguintes fins: opor um dique à corrupção de sociedade, dominada pelo amor livre e pela depravação dos costumes; enriquecer o tesouro público; e aumentar a população do Estado, cada vez mais diminuta por virtude da guerra civil e da aversão dos ricos ao matrimónio.

Em vista da realização de tais fins, dava-se preferência, tanto em matéria de herança como de legados, àqueles que, sendo chamados por testamento, tivessem prole legítima, concedendo-lhes o *ius caduca vindicandi* através de cujo exercício podiam exigir as quotas vagas, quase como prémio de terem correspondido aos fins que as leis se propunham. O segundo fim que ficou referido encontrava a sua realização na atribuição, na falta de outros chamados nas circunstâncias referidas, das porções vagas ao tesouro do povo, primeiro, e ao tesouro do príncipe depois. Para que possam compreender-se os males

que se tinha em vista remediar, é necessário considerar o condicionamento dos últimos tempos da república. Nessa altura, qualquer convivência era tolerada, constituindo-se a sociedade doméstica independentemente de qualquer cerimónia religiosa ou civil; a isto acrescia a plena faculdade daqueles por tal modo reunidos, e que cônjuges não podiam chamar-se, de se divorciarem e de passarem a novos amores e concubinatos. Aqueles que constituíam família legítima eram desprezados; os celibatários eram rodeados de toda a consideração e cortejados na mira da sua futura sucessão. De tudo isto resultava a baixa moral, a depravação da vida e a diminuição da natalidade, males que as duas leis referidas, conhecidas em conjunto por leis caducárias, procuraram evitar.

Assim é que se procurou estimular, mediante diversas concessões, um tipo de vida que fosse a antítese daquele que ficou traçado. Favoreceu-se o matrimónio, concedendo-se prerrogativas e favores aos cidadãos casados, designadamente àqueles que mais filhos tivessem: preferência nos divertimentos e nos cargos públicos; isenções em certos casos de serviços e obrigações pessoais, etc., etc.. Com o decurso do tempo favoreceram-se as segundas núpcias, protegeram-se os filhos que quisessem contrair casamento contra a vontade dos pais, restringiram-se os impedimentos de casamento por virtude da afinidade, etc..

Na realização dos seus objectivos, as leis caducárias estabeleceram, por um lado, restrições, que se traduziam em incapacidades de suceder quanto a certas pessoas, as quais se encontravam em circunstâncias que contrariavam a realização de tais objectivos, por outro lado, estabeleceram-se benefícios ou recompensas para aquelas pessoas que, por virtude das circunstâncias em que se encontravam, desempenhavam uma função efectiva no sentido da realização de tais objectivos.

19 — Pessoas feridas de incapacidades.

As pessoas atingidas pelas incapacidades estabelecidas pelas leis caducárias eram: os *coelibes*, isto é, os homens e mulheres não casados e sem filhos de matrimónio anterior, privando-os a lei Júlia, totalmente, das liberalidades que lhes tivessem sido feitas em testa-

mento, quer sob a forma de herança, quer de legado (31); os *orbi*, isto é, as pessoas actualmente casadas, mas sem filhos legítimos, ou sem um mínimo de filhos, sendo mulheres, ferindo-os a lei Pápia, quanto às mesmas liberalidades, de uma incapacidade em metade (32).

Estas pessoas conservavam a *testamenti factio*, mas, na medida em que a lei as feria, não tinham o *ius capiendi*, a menos que elas não tivessem obedecido às suas prescrições nos cem dias seguintes à morte do testador. Em tal caso a instituição ou nomeação com que tinham sido beneficiados ficavam sem efeito, eram *caduca*.

Estas incapacidades eram todavia temperadas com certas restrições. Com efeito, não atingiam: os homens com menos de 25 anos e as mulheres com menos de 20; os homens que ficavam viúvos depois dos 60 anos, e as mulheres que ficavam viúvas depois dos 50 anos (33); a viúva durante os dois anos consecutivos à morte do marido e a mulher divorciada durante os dezoito meses seguintes ao divórcio (34).

Estas pessoas, exceptuadas de tais incapacidades, tinham o *ius capiendi solidum*, ou a *solidi capacitas*. Ainda que fossem celibatários, recolhiam as liberalidades que lhe tivessem sido feitas. No entanto, e não obstante isto, elas não podiam aproveitar do antigo *ius ad crescendi*, não podiam, por conseguinte, ter qualquer pretensão sobre as porções caducas.

20 — Pessoas beneficiadas pelas disposições testamentárias caducas. O «*ius caduca vindicandi*».

As disposições testamentárias caducas aproveitavam aos *patres* beneficiados no mesmo testamento, ou quais gozavam do *ius caduca vindicandi*, isto é, do direito de reclamar as *caduca*.

Os *patres* eram os homens que tinham pelo menos um filho vivo, nascido *ex justis nuptiis*, quer estivesse, quer não em seu poder. Os privilégios atribuídos aos *patres* não eram, segundo parece, extensivos às mulheres.

(31) Gaio, 2, 286.

(32) Gaio, 2, 286.

(33) Ulpiano Reg., 16, 1.

(34) Ulpiano Reg., 14.

As liberalidades sobre que se exercia o direito dos *patres* e que tinham o nome de *caduca* eram as instituições de herança ou de legado que, tendo sido válidamente feitas, eram, contudo, atingidas aquando da abertura da sucessão ou posteriormente, ou porque faltava o *ius capiendi* ao beneficiado, ou tinha lugar o repúdio, etc..

Ao mesmo regime estavam também sujeitas as disposições *in causa caduci*, isto é, as disposições, válidas *ab initio*, que se tornavam ineficazes por virtude de um facto posterior à feitura do testamento e anterior à morte do testador.

Porém, as liberdades nulas *ab initio* (*pro non scriptis*) escapavam ao direito dos *patres*, ficando antes, sujeitas ao antigo regime do *ius adcrescendi*.

O privilégio dos *patres* podia por conseguinte, ser definido do seguinte modo: se num testamento fossem estabelecidas certas liberalidades em favor dos *patres*, e outros em favor de pessoas feridas com alguma das restrições atrás consideradas, os *patres* recolhiam o que lhes fora deixado e aproveitavam, por outro lado, das porções a que se referiam as disposições caducas (*caduca* e *in causa caduci*).

21 — Ordem de atribuição das «*caduca*» e «*in causa caduci*».

Distinção consoante se tratasse de caducidade de disposições de herança ou de legado.

Na atribuição das porções caducas era seguida determinada ordem em função das preferências entre os *patres*.

Para ajuizar de tal ordem impõe-se distinguir consoante a disposição *caduca* era instituição de herdeiro ou nomeação de legatário.

Se entre os herdeiros instituídos existia algum ferido pelas restrições das leis caducárias, a porção que lhe era destinada seria atribuída: 1.º) aos *heredes patres* instituídos conjuntamente com os faltosos; 2.º) aos *heredes patres* não conjuntos; 3.º) aos *legatarii patres*, se não havia *heredes patres*; 4.º) ao *aerarium*.

Se todos os herdeiros fossem feridos de incapacidade o testamento não se mantinha, muito embora existissem *legatarii patres*, abrindo-se a sucessão *ab intestato* (35).

(35) Gaio, 2, 144.

Os legados caducos eram atribuídos: 1.º) aos *legatarii patres* conjuntamente instituídos com os *faltosos*; 2.º) aos *heredes patres*; 3.º) aos outros *legatarii patres*; 4.º) ao *aerarium* (36).

A conjunção *re tantum* não era aqui relevante para levar a enquadrar aqueles por tal modo nomeados no grupo de legatários beneficiados em primeiro lugar. Ao contrário, eram enquadrados no terceiro grupo referido.

22 — Fundamento do «*ius caduca vindicandi*».

O fundamento deste direito já em nada se liga com a presumida vontade do testador. Não foi o intuito de procurar dar efectiva realização a tal vontade que determinou o legislador, mas antes diferentes razões de conveniência e oportunidade, que já foram referidas no lugar próprio.

23 — Natureza do «*ius caduca vindicandi*».

Dado o afastamento do *ius caduca vindicandi* da teoria das *conjunctiones* e da presumida vontade do testador, e sendo certo que tinha lugar, quer entre herdeiros, quer entre legatários, quer de uns em relação aos outros, tem-se negado a tal direito a natureza de um fenómeno de não-decrescer, atribuindo-se-lhe antes a natureza de um verdadeiro *ius adcrescendi*.

Alega-se que, supondo o chamado *ius non decrescendi* no direito romano as *conjunctiones*, supondo, portanto, a vocação conjunta dos beneficiários de tal fenómeno, vocação com pontencialidade para tudo absorver, uma vez que as *conjunctiones* desapareceram, automaticamente se tornou impossível a existência de um «não-decrescer».

Sem pretendermos entrar a debater o problema, não queremos, todavia, deixar de notar que, muito embora nos pareça a solução referida a melhor, cremos não se poder chegar a ela invocando apenas as razões expostas, como em pormenor se procurará demonstrar

(36) Gaio, 2, 207.

ao estudar a natureza do chamado direito de crescer no nosso direito positivo.

24 — Regime do «*ius caduca vindicandi*».

Implicando, segundo parece, o *ius caduca vindicandi* uma segunda vocação, isto é, constituindo um verdadeiro direito com autonomia, compreende-se que a aquisição das porções caducas estivesse dependente da vontade do beneficiado.

Por outro lado, tal aquisição tinha sempre lugar *cum onere*. A lei atribuía um benefício a determinadas pessoas, mas sob a condição de elas executarem os encargos que ao próprio incapaz competiriam (37).

25 — Manutenção do antigo regime do «*ius adcrendi*» com alcance restrito.

A atribuição das porções caducas aos *patres* restringiu muito o domínio do *ius adcrendi* com a configuração tradicional.

Todavia, mesmo na vigência das leis caducárias, ele tinha ainda aplicação nos seguintes casos:

1.º — Quando se tratasse de disposições nulas *ab initio*, reputadas não escritas, *pro non scriptis*.

2.º — Quando as pessoas beneficiadas no testamento, juntamente com os incapazes, fossem pessoas que gozavam do *ius antiquum in caducis*, isto é, fossem ascendentes ou descendentes do testador até ao 3.º grau, os quais, mesmo que fossem celibatários, recolhiam integralmente o que lhes tivesse sido deixado, aproveitando ainda, por outro lado, das liberalidades caducas ou nulas por outra causa, segundo as regras tradicionais do *ius adcrendi* (38).

26 — Revogação das leis caducárias.

A influência das leis caducárias sobre os costumes foi, segundo parece, muito restrita, pois desde a sua promulgação que foram muito

(37) Ulpiano Reg., 17,3.

(38) Ulpiano Reg., 18: *qui habent ius antiquum in caducis*.

impopulares. E assim é que na prática se procurava por todos os meios iludir as suas regras, admitindo geralmente a jurisprudência as cláusulas pelas quais o testador afastava a sua aplicação.

Segundo o testemunho de Tácito (39), certas disposições, particularmente odiosas, das leis caducárias foram logo suprimidas por Tibério. Ulpiano, por seu lado, assinala uma reforma de Caracala donde parece resultar que esse imperador retirou o *ius caduca vindicandi* aos *patres* para o atribuir ao fisco (40). Apesar disso, certo é, porém, que tal direito subsistia ainda no tempo de Justiniano, sendo, por isso, provável que tivesse sido restabelecido por Macrin, que aboliu várias medidas fiscais do seu predecessor Caracala (41).

Constantino traz às leis caducárias um golpe mais grave, abolindo as sanções que feriam os *coelibes* e os *orbi*, e restabelecendo consequentemente a liberdade de casamento.

Posteriormente novas restrições surgiram às leis caducárias, com Arcádio, Honório e Teodósio, até que com Justiniano desapareceram os últimos vestígios de tal legislação.

Efectivamente, Justiniano com a lei *De caducis tollendis* do ano 534 aboliu o *ius patrum*. Essa lei, bem como as sucessivas constituições dos seus sucessores do Oriente, foram restabelecendo o antigo *ius adcrendi*, segundo as normas anteriores a Augusto, isto é, segundo o *ius antiquum*, fundado sobre as conjunções *re et verbis* e *re tantum*, e disciplinado por regras taxativas e precisas que constam da referida lei, designadamente dos seus §§ 4.º, 7.º, 8.º, 10.º e 11.º.

§ 4.º

DIREITO JUSTINIANEU

27 — Restabelecimento, em geral, do «*ius adcrendi*» nos moldes clássicos. Algumas especialidades.

Justiniano, tendo, por um lado, suprimido o *ius caduca vindicandi*, e por outro, reconduzido todos os legados a uma só espécie, bem como

(39) An., III, 28.

(40) Ulpiano Reg., 17, 2.

(41) Capitolinus, Macrin, 13.

assimilado estes aos fideicomissos, não podia, ao restabelecer o *ius adcrescendi* nos moldes clássicos, deixar de em tal matéria introduzir algumas modificações.

As principais de tais alterações podem sintetizar-se do seguinte modo: Nos legados e nos fideicomissos o *ius adcrescendi* tinha lugar quando uma mesma coisa era legada a várias pessoas mediante conjunção *re et verbis* ou *re tantum*. Não havia que distinguir se a nomeação de legatário operava directamente a transferência da propriedade ou se, ao contrário, apenas atribuía ao beneficiado um direito de crédito contra o devedor do legado. Aplicavam-se em todos os casos as antigas regras de «acrescer» entre legatários *per vindicationem*.

Outro ponto em que foi alterado o regime tradicional foi o respeitante aos encargos. Com efeito, por virtude de uma distinção, logicamente difícil de explicar, estabeleceu-se que, se o legado fosse feito mediante conjunção *re tantum*, o *ius adcrescendi* seria forçado e teria lugar *sine onere*; se fosse feito mediante conjunção *re et verbis*, o *ius adcrescendi* seria voluntário e teria lugar *cum onere*.

CAPÍTULO II

EVOLUÇÃO ULTERIOR AO DIREITO ROMANO

28 — Do direito romano justinianeu às codificações. Tópicos da evolução do «acrescer».

Não cabe aqui, nem aliás, tem interesse, entrar a estudar desenvolvidamente o evoluir do chamado direito de crescer, durante o longo período decorrido entre a última constituição imperial e as primeiras codificações, reconstituindo o direito intermédio, através das obras dos escritores e respostas dos juriconsultos.

É natural que o instituto se tenha revelado com sucessivas alterações graduais, em função dos tempos e dos lugares. Tais presumíveis alterações não deixaram, todavia, sinal sensível da sua existência. Aliás, sabido é, como o estudo do direito era, então, limitado à interpretação, excessivamente meticulosa, dos textos romanos, dos quais a subtilidade dos comentadores extraía não raro deduções exageradas e

aplicações de um determinado princípio a casos sem qualquer analogia com aqueles nele directamente previstos.

Tal se verificou também a respeito do instituto do acrescer, como se pode facilmente verificar no maior tratado conhecido sobre o assunto, da autoria de Belloni (42), o qual, apesar de ter o merecimento de uma análise cuidada e fundamentada dos textos, não deixou de alargar o instituto às mais variadas e diferentes relações jurídicas.

É certo que o entrecocar do direito romano com as instituições germânicas, com a consequente interpenetração de influências, não podia deixar de ter os seus reflexos no direito sucessório, e, porventura, no instituto do acrescer.

De qualquer modo, porém, sendo certo que, com as considerações históricas que nos propusemos fazer, tivemos em vista tão-sòmente enquadrarmo-nos, por assim dizer, dentro do instituto, aproximarmo-nos do seu clima próprio; sendo certo que o desenvolvimento dado ao capítulo sobre direito romano já nos pôs suficientemente à vontade em tal campo; e sendo certo, ainda, que, sejam quais forem as alterações que o instituto tenha, porventura, sofrido neste período, a sua base não pode deixar de ter sido o direito romano, considerado subsidiário na maioria dos países europeus; tendo em consideração todas estas circunstâncias, cremos ser desnecessária e sem qualquer interesse uma exposição pormenorizada do instituto do acrescer, na época a que nos reportamos, o que, além do mais, levaria demasiado longe em considerações históricas um estudo que pretende ser, *fundamentalmente*, jurídico-positivo.

29 — *Idem*. Evolução em Portugal.

Entre nós não foi o instituto do acrescer, antes do Código Civil, objecto de qualquer atenção do legislador, o qual optou pela cómoda atitude do silêncio.

Porém, uma coisa é não legislar sobre determinado instituto, outra negar a sua applicabilidade. E assim é que, não obstante o silêncio do legislador, o fenómeno do acrescer viveu entre nós, por virtude

(42) *De iure accrescendi*, cit. por Bortolan, *ob. cit.*, pág. 20.

dos próprios princípios reguladores da interpretação e integração das leis, entre os quais figurava o do recurso subsidiário ao direito romano, onde o instituto já atingira adiantado estado de maturação.

Segundo parece, vigorou entre nós o próprio princípio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, apesar de muito afastado já das realidades da vida. É a opinião sustentada pelo Prof. Galvão Teles (43) com interessante e, em nossa opinião, bem fundada argumentação, a partir de uma lei de D. João I, depois transcrita nas Ordenações Afonsinas (44), bem como ainda a partir da regra, de carácter excepcional, consagrada no código dos Filipes (45) segundo a qual era «concedido por *privilégio* aos soldados, que possam morrer em parte com testamento e em parte *ab intestato*».

30 — As codificações e o instituto do crescer, no estrangeiro.

Com o advento do séc. XVIII, surge o movimento das codificações, que em muito contribuiu para dar sistema e estruturação própria às diferentes legislações nacionais.

Antes mesmo do Código Napoleónico, já fora o instituto do crescer considerado sistematicamente, sem falar no Código da Baviera de 1756, no Código Geral dos Est. Prussianos de 1794. Nele se consagrava o fenómeno do crescer em todos os casos em que se fizesse um legado e várias pessoas unitariamente e sem divisão, acrescentando-se, entre outras regras, que a ausência de divisão devia entender-se em sentido material, e, ainda, que a determinação de porções individuais não impedia o crescimento, o qual se verificaria na proporção das quotas-partes dos diferentes legatários, etc..

Surge depois o grande monumento legislativo, que foi o Código de Napoleão, em cujos art.^{os} 1.044.^o e 1.045.^o se estabelecia concretamente doutrina sobre o crescer.

Na base do sistema de tais preceitos continuavam a jogar ainda, se abstrairmos do obscuro princípio da incompatibilidade da sucessão testamentária com a legal, as ideias nucleares do clássico sistema romano. Com efeito, o fenómeno do crescer continuava a enraizar-se

(43) *Ob. cit.*, págs. 245 e seguintes.

(44) Liv. IV, tít. 97.

(45) Liv. IV, tít. 83, § 3.^o.

na vontade presumida do testador, e a nomeação conjunta continuava a ser o elemento objectivo indispensável para que pudesse funcionar.

Apesar desta coincidência de ideias mestras, diversos eram, no entanto, os desvios do regime do acrescer do Código Napoleónico, em relação ao do direito romano. Assim, no que respeita às modalidades de conjunção eficazes para determinar o acrescimento, admitia-se que para tal tinha, incontestavelmente, virtualidade a conjunção *re et verbis*. Quanto à conjunção *re tantum*, o acrescimento só tinha lugar, por força dela, quando a coisa deixada não fosse susceptível de divisão sem deterioração. Em relação à mera conjunção *verbis tantum*, passou, em dado momento, a jurisprudência a distinguir, para efeitos de acrescimento, consoante com o facto de se assinarem partes se tivesse tido em vista apenas a execução do legado, de modo que tal determinação apenas fosse acessória, e consoante tal determinação tivesse tido em vista limitar o benefício do chamado apenas à quota respectiva; no primeiro caso, admitia-se o acrescimento, contrariamente ao que sucedia no segundo.

Por outro lado, o acrescimento tinha lugar nos legados a título universal e a título particular, mas não nos legados universais, isto, pelo menos, no entender de alguns autores. Não significava, porém, tal entendimento que os legatários universais não chamassem a si as quotas deixadas vagas por virtude da falta daqueles que com eles eram chamados. Simplesmente, encontrava-se explicação para o fenómeno na própria natureza da disposição, e não nos art.^{os} 1.044.º e 1.045.º, reguladores do acrescer. Parece-nos tratar-se de uma distinção subtil, mas que os autores sem dúvida faziam, e a qual tinha efeitos práticos quando se tratasse de conjunção *re tantum*, pois, dados os termos restritos em que em tais hipóteses se admitia o acrescimento, podia suceder que os legatários universais beneficiassem ou não das porções dos faltosos, consoante se não entendessem ou entendessem em aplicáveis os art.^{os} 1.044.º e 1.045.º. Quanto à conjunção *re et verbis*, não tinha interesse o problema, pois, fosse qual fosse o caminho seguido, sempre os colegatários universais beneficiariam das porções dos faltosos.

No que respeitava, à questão de saber se o acrescimento tinha lugar *cum* ou *sine onere*, o Código era omissivo. No entanto, parece não poder duvidar-se de que o acrescimento se dava *cum onere*, salvos os encargos puramente pessoais.

Omisso era ainda o Código quanto ao crescimento nos legados do usufruto, o que gerou divergências na doutrina francesa acerca da possibilidade do fenómeno do crescer em tal campo (46).

Sabido quão grande foi a influência do Código Napoleónico em todas as outras codificações que se lhe seguiram, não admira que, com maiores ou menores alterações, a doutrina do código francês fosse reproduzida em muitos outros. Alguns, contudo, emanciparam-se, em grande medida, de tal doutrina. A eles nos não referiremos, todavia, pois seria manifestamente descabido entrar a expor os diferentes regimes que consagraram (47).

31 — Estado da nossa doutrina anteriormente à publicação do Código Civil. O Código Civil.

Tendo sido, pela lei pombalina de 9 de Setembro de 1796, eliminados do nosso direito os «princípios supersticiosos dos romanos», que até então influenciavam o nosso direito sucessório e levavam à regra de que ninguém podia morrer em parte com testamento e em parte sem testamento, e tendo a lei da Boa Razão estabelecido só ser legítimo o recurso ao direito romano, subsidiariamente, quando este fosse conforme à boa razão, Melo Freire pronunciou-se no sentido de que a regra *testatus* deixara de vigorar entre nós. Todavia, não obstante as razões atrás referidas, o certo é que, com base apenas em textos legais, não podia de modo nenhum considerar-se, então, líquida a opinião de Melo Freire, designadamente em face daquele preceito que concedia aos militares *por privilégio* poderem morrer em parte com testamento e em parte sem testamento.

O certo é que tal regra estava inteiramente em desarmonia com as realidades sociais, e a ciência jurídica, baseada, designadamente, no preâmbulo da lei de 9 de Setembro de 1769, não hesitou, com

(46) Ver Bortolan, *ob. cit.*, págs. 98-99.

(47) Entre outros podem citar-se: Código para o Reino de Itália, de 16 de Janeiro de 1806, art.º 1.044.º e 1.045.º; Código Belga, art.º 1.688.º a 1.692.º e 1.810.º; Código Civil Austríaco, de 1811, §§ 560.º a 563.º e 689.º; Lei de 14 de Agosto de 1814 do Grão-Ducado de Toscana, § 47.º; Código do Reino das Duas Sicílias, art.º 999.º e 1.000.º; Código Suíço de 1819, art.º 640.º a 642.º, etc., etc..

um notável sentido prático das coisas, em seguir o caminho aberto por Melo Freire, o qual foi secundado por Lobão, Correia Teles, Coelho da Rocha, etc..

Desaparecida a regra *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, desapareceu conseqüentemente aquela modalidade de acréscimo que nela assentava.

O direito romano, contudo, continuou a ser aplicado quando conforme à boa razão, e nele admitia-se ainda, como se viu, o fenómeno do acréscimo com base nas *conjunctioes*. Em face disto surgiu naturalmente a pergunta: subsistirá o acréscimo com base nas *conjunctioes*? Ou, por outras palavras, será tal modalidade de acréscimo conforme à boa razão?

Reagiram de modo muito diferente os jurisconsultos de então a tal pergunta, de modo que, aquando da publicação do Código Civil, acentuadas eram as divergências na doutrina.

Melo Freire, inclinou-se para uma solução extrema, negando a possibilidade de acréscimo, quer em matéria de herança, quer em matéria de legados. Em matéria de herança, porque os princípios supersticiosos dos romanos, traduzidos na célebre fórmula *nemo pro parte testatus*, não deviam admitir-se modernamente. Em matéria de legados, por ser menos favorável a posição dos legatários do que a dos herdeiros, o que excluía a possibilidade de qualquer fenómeno de acréscimo em favor daqueles (48).

Lobão aceitava a doutrina de Melo Freire quanto à herança, mas não quanto aos legados, em que admitia a possibilidade de acréscimo. Procurava demonstrar como o direito romano era absurdo e irracional a respeito do acréscimo em matéria de herança, não podendo conseqüentemente, ser, nesta parte subsidiário, nos termos das Ordenações. Quanto aos legados, sustentava corresponder o acréscimo à vontade presumida do testador, que era favorecer os legatários de preferência aos herdeiros, como bem indicava o facto de deixar o mesmo objecto a mais de uma pessoa (49).

Idêntica opinião era sustentada por Correia Teles. Com efeito, depois de declarar que não era oposto à boa razão que a mesma pes-

(48) *Instituições*, livro III, título VII, § 23.º.

(49) *Dissert.* 8 (Supl. às *Aç. Sum.*), § 30.º, pág. 170 e nota.

soa falecesse em parte testada e em parte intestada, acrescentava que «se os herdeiros instituídos forem dois ou mais, e um só morreu antes do testador, a parte da herança que caducou, se devolverá aos herdeiros abintestado e não terá lugar o direito de crescer» e isto porque «não só aos militares, mas a todos é permitido testar somente de uma parte dos seus bens, ou a título de herança, ou de legado». Se, porém, uma coisa indivisível fosse deixada a dois ou mais legatários, a parte que um deles repudiasse acresceria aos outros. Por outro lado, entendia ter lugar ainda o direito de crescer quando uma coisa em espécie era deixada a duas ou mais pessoas conjuntamente, e pró indiviso, sem que o testador tivesse nomeado substituto àquele que repudia (50).

No mesmo sentido se inclinava ainda Liz Teixeira, que, com os mesmos argumentos dos jurisconsultos anteriormente referidos, negava o fenómeno do crescer em matéria de herança. Sustentava-o, porém, a respeito dos legados conjuntos, por ser de presumir, ordinariamente, vontade mais favorável do testador para com os colegatários do que para com os herdeiros (51).

Em sentido diverso se pronunciou Coelho da Rocha, o qual admitia o crescer tanto nas heranças, como nos legados: «... achamos razoáveis as disposições das leis romanas, com as quais se conformam os citados códigos modernos, e por isso admitimos este direito assim nas heranças como nos legados; não pelos fundamentos supersticiosos dos romanos, mas sim porque, permitida pelas leis a liberdade de testar, é consequente cumprir-se a vontade do testador, expressa ou presumida, em tudo o que não ofender a razão. Ora se das palavras da disposição se depreende que a vontade do testador foi deixar toda a herança ou legado aos nomeados conjuntamente, porque se há-de dizer injusto que a parte do que falta acresça aos outros? Além disto, se o melhor guia para julgar da boa razão das leis romanas é a prática e a legislação das nações civilizadas, como entre nós é corrente, parece poder admitir-se sem escrúpulo o direito de crescer (52).

(50) *Digesto Português*, livro III, art.º 1.540.º, 1.890.º, 1.891.º, 1.745.º e 1.746.º.

(51) *Curso de Direito Civil*, tomo I, págs. 469 e seguintes.

(52) *Instituições*, nota GG ao § 697.º.

Do que vem de expor-se, fãcilmente se infere a, jã assinalada, divergência da nossa doutrina, anterior ao Código Civil, relativamente aos termos em que devia considerar-se em vigor entre nós o instituto do crescer. Com efeito, a par duma opinião intermédia, sustentando a vigência de tal instituto a respeito dos legados, mas não a respeito das heranças, duas outras correntes extremas se contrapunham, negando uma em absoluto a vigência de tal instituto no nosso direito, e aceitando-a outra, quer nas heranças quer nos legados.

Chegados a 1867, surge o Código Civil, que estabeleceu doutrina expressa a tal respeito, sem que, todavia, consagrasse qualquer daquelas orientações que se degladiavam. Efectivamente, o sistema do Código é inteiramente novo, como pelo estudo subsequente será desenvolvidamente referido.

(Continua).