

O FENÓMENO DO «ACRESCER» EM SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA (*)

Pelo DR. A. CARLOS LIMA

PARTE II

DIREITO PORTUGUÊS

CAPÍTULO I

MECANISMO GERAL DO ACRESCER

32 — Ideia geral do instituto, a benefício de posteriores desenvolvimentos.

Não pode duvidar-se de que o legislador português se afastou, no que ao instituto do crescer em sucessão testamentária respeita, da doutrina romanista, bem como, ainda, da maioria das legislações estrangeiras, que em maior ou menor grau, reproduziam aquela doutrina.

Abstraindo do princípio *nemo pro parte testatus...*, já proscrito do nosso direito, aquando da publicação do Código Civil, podemos dizer que tal afastamento se verificou fundamentalmente quanto aos seguintes pontos: abolição do sistema das *conjunctioes*; negação, pelo menos como regra, do benefício do crescer aos legatários; sua consagração de legatários para herdeiros.

(*) Continuação do Ano 12.º, n.º 3-4 desta *Revista*.

Se tomarmos algumas hipóteses típicas, no intuito de averiguar os termos em que o instituto do acrescer se desenvolve, fácil se torna apreender as referidas novidades do nosso sistema legislativo.

Fundamentalmente, quando há testamento, três hipóteses se podem verificar, em função da qualificação jurídica dos sucessíveis designados. Com efeito, em testamento podem instituir-se apenas herdeiros, apenas legatários, ou herdeiros e legatários.

Em abstracto, em qualquer destas hipóteses pode funcionar o instituto do acrescer, desenvolvendo-se em sentidos diferentes. Nas duas primeiras, tratar-se-á necessariamente de um acrescer entre herdeiros ou entre legatários. Na última, além da possibilidade da verificação de tal fenómeno entre sucessíveis com idêntica qualificação jurídica, ainda pode pôr-se o problema dum possível acrescer entre sucessíveis com diferente qualificação jurídica, isto é, entre legatários e herdeiros.

A atitude de quase todas as legislações tem sido, sejam quais forem os outros termos em que admitam o acrescer, circunscrever tal fenómeno aos herdeiros entre si, e aos legatários, também uns em face dos outros.

Não procedeu assim o legislador português. Existe entre nós, sem dúvida, a possibilidade de um fenómeno de acrescer entre herdeiros, como claramente resulta do art.º 1.852.º do Código Civil, e que o Visconde de Seabra justificava dizendo que «O testador que tendo herdeiros legítimos, os pretere completamente em seu testamento, deserda-os tácitamente, e revela de sobejo a sua predilecção pelos instituídos. Isto é inegável, e é por conseguinte forçoso conferir a estes o acrescido» (53).

Atitude diversa tomou o legislador quanto à possibilidade de um acrescer entre legatários, como resulta dos art.ºs 1.853.º e 1.854.º do Código Civil, solução esta que Seabra procurava ainda fundamentar alegando que «Seja qual for o legado, *conjunctis re et verbis*, *re* ou *verbis* sòmente, é sempre certo que o testador só quer beneficiar os colegatários na parte proporcional da coisa legada...» (54).

(53) *Direito de Acrescer em matéria de Sucessões*, na *Gazeta dos Tribunais*, ano 15, págs. 9781 e seguintes.

(54) *Gazeta dos Tribunais*, ano 15, págs. 9781 e seguintes.

Todavia, se, sob este aspecto, o Código Civil restringiu o campo da aplicação do acrescer, em relação ao direito romano, o certo é que o alargou noutra sentida, fazendo beneficiar, por acrescer, os herdeiros das porções deixadas vagas pelos legatários faltosos (art.º 1.853.º), e isto porque «se o colegatário não pode ou não quer recolher esta parte, não há razão alguma que justifique a preferência dada aos colegatários contra o herdeiro. Esta parte deve-lhe pois ser adjudicada» (55).

Note-se, desde já, que nem sempre foi pacificamente aceite a opinião segundo a qual o Código eliminou o acrescer entre colegatários. Efectivamente já foi sustentada doutrina oposta, quanto às hipóteses de a herança ter sido toda dividida em legados (56). A tal ponto ainda voltaremos a referirmo-nos com algum desenvolvimento.

De qualquer modo, e seja qual for a hipótese que se considere, parece não poderem subsistir dúvidas de que o sistema das conjunções deixou entre nós de ter qualquer ligação com o instituto do acrescer. É esta, aliás, a opinião unânime, pode dizer-se, de toda a nossa doutrina (57) (58), em face das disposições do Código que exigem, para que possa ter lugar o acrescer, em favor de determinada pessoa, que esta tão-sòmente tenha a qualidade de herdeiro, sem exigir qualquer modo especial de instituição.

Uma primeira conclusão que poderia tirar-se de tal facto seria a de que, no nosso direito positivo, o acrescer se verifica em favor dos herdeiros, e sempre em favor de todos os herdeiros, isto é, se verifica sem possibilidade de qualquer preferência. Na verdade, sendo certo, por um lado, que é esta efectivamente a regra posta no art.º 1.852.º,

(55) *Gazeta dos Tribunais*, lugar cit..

(56) Macedo e Gama, *Análise dos Art.º 1.852.º, 1.855.º e 1.854.º*, na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano II, págs. 535 e segs., 552 e segs. e 562 e seguintes.

(57) José Tavares, *Sucessões*, pág. 279; Prof. Pinto Coelho, *Direito de Acrescer*, na *Revista da Faculdade de Direito*, vol. III, págs. 73 e segs.; Prof. Pires de Lima, *O «Direito de Acrescer» em Sucessão Legítima*, na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 72, pág. 388; Prof. Galvão Teles, *Direito de Representação, Substituição Vulgar e Direito de Acrescer*, pág. 254; etc..

(58) Em termos hesitantes, inclina-se para a mesma solução a *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 73, pág. 11.

e, por outro lado, que se retirou qualquer eficácia, em vista do crescer, àqueles modos de instituição ou nomeação, que classicamente desempenhavam justamente a função de circunscrever o crescer, pelo menos num primeiro lanço, àqueles em tais tipos de instituição englobados, isto é, sendo certo que se retirou qualquer eficácia às conjunções, parece não poder inferir-se, sob o aspecto que agora nos interessa, outra conclusão que não seja a que ficou referida.

Apesar disto, todavia, inclinamo-nos para a solução oposta, não porque entendamos, note-se, que entre nós continuem a ter vigência e eficácia as conjunções. Cremos, com efeito, ser incontestável que o sistema das *conjunctioes* foi abolido. Mas também cremos firmemente que, desde que se verifiquem determinadas relações entre alguns dos chamados, relações que oportunamente referiremos, continua a verificar-se entre eles um crescer preferente, sobrepondo-se ao princípio do art.º 1.852.º.

Se acrescentarmos que este crescer preferente também pode beneficiar, em certos casos, legatários, podemos, desde já, embora a benefício de posterior demonstração, concluir :

- 1.º — O fenómeno do crescer aproveita, em princípio, a todos os herdeiros testamentários.
- 2.º — O crescer aproveita, em certos casos, preferencialmente a alguns dos chamados, herdeiros ou legatários.

33 — Noção do crescer.

Não obstante a máxima de que é perigosa toda a definição em Direito, os autores, não têm hesitado aqui, como aliás em todos os outros campos, em procurar sintetizar numa definição o que seja o crescer.

Seria fastidioso e desprovido de qualquer interesse fazer uma enumeração das diferentes noções do crescer pelos autores apresentadas, além do mais, porque elas são dadas em função da configuração do instituto nesta ou naquela legislação (59).

A noção entre nós dada pelo Prof. Galvão Teles já a referimos e apreciamos. Independentemente do que então dissemos, tal noção

(59) Ver algumas definições em Bortolan, *ob. cit.*, págs. 17 e seguintes.

nunca poderia por nós ser aceita, por isso que tem como pressuposto determinada natureza, pelo referido Professor atribuída ao crescer, que, em nosso entender, não traduz com fidelidade, neste aspecto, a realidade legislativa.

A benefício de tudo o que se dirá nos capítulos subsequentes, julgamos poder dizer que o crescer é o fenómeno que se traduz na absorção, pela vocação de algum ou alguns dos sucessíveis, designados testamentariamente, do objecto com que foram contemplados outro ou outros sucessíveis, também testamentariamente chamados, quando estes não possam ou não queiram receber tal objecto.

CAPÍTULO II

FUNDAMENTO DO ACRESCEER

34 — Generalidades.

Não tem sido, nem é, atribuído pelos autores o mesmo fundamento ao crescer. Tais divergências, todavia, são muitas vezes meramente aparentes, pois resultam apenas de uma deslocação de planos a que com frequência se deixam levar os escritores. Quer dizer, os autores apontam fundamentos diversos para o instituto do crescer pela razão simples de que não têm em vista, quando ao assunto se referem, sempre e só um mesmo conceito de fundamento, o que até certo ponto é compreensível já que tal conceito se presta a gradações, no sentido de que se pode ir buscar um fundamento, por assim dizer, mais ou menos longínquo.

Posta a questão nestes termos, logo se vê, ser vão estar a discutir e a analisar opiniões cuja divergência resulta tão-sòmente das diferentes bases de que se parte. Para tal se poder fazer completa e conscientemente necessário se tornaria analisar os próprios conceitos de fundamento que lhes estão na raiz, entrando, porventura, em locubrações de ordem mais ou menos filosófica, trabalho este que está manifestamente fora do âmbito do nosso estudo, e que naturalmente deixaria as coisas no mesmo pé...

O problema, aliás, apresenta-se entre nós com interesse muito reduzido, dada a unanimidade de opiniões, pode dizer-se, a tal respeito.

Colocando-nos numa posição realista e prática, e tendo em conta os termos em que a questão tem sido posta entre nós, poderemos dizer que ela se sintetiza muito simplesmente em procurar determinar qual a razão de ser do instituto do acrescer. Por outras palavras, o problema consiste em averiguar quais as realidades sociais inspiradoras do legislador na sua actuação neste campo, portanto, quais as realidades sociais subjacentes no instituto do acrescer, a que a superestrutura do Direito procurou dar satisfação.

Não obstante o que vem de dizer-se, não deixaremos, todavia, quase a título de curiosidade, de fazer referência sintética a algumas das posições que a este respeito têm sido tomadas, as quais, aliás, por vezes dificilmente podem individualizar-se, umas em face das outras.

35 — Teoria da unidade do objecto.

Segundo esta doutrina, o acrescer encontraria o seu fundamento no facto de a várias pessoas, justamente os possíveis beneficiários do fenómeno, se ter deixado um objecto uno. Seria este facto, com efeito, que faria com que devesse entender-se ter sido a cada uma daquelas virtualmente deixado o objecto inteiro — *solidum* — efectivando-se tal virtualidade logo que apenas um dos chamados restasse, por virtude da falta de todos os outros (60).

Alguns autores vão mesmo mais longe, falando, em tais hipóteses, numa *delatio hereditatis* única, que converteria a herança numa *universitas*, a qual permaneceria inteira como tal, e faria reflexivamente com que os chamados formassem uma só entidade. Nisto se fundaria a aquisição por uns das porções destinadas aos outros, que viessem a faltar (61). O acrescer surgiria, assim, como um corolário da posição em que, por força da lei, se encontravam os herdeiros em relação ao objecto da herança.

(60) Brunnetti, *Diritto d'accrescimento fra coeredi e distribuzionee di parti ereditarie*, *Scritti Giuridici Varii*, vol. II, pág. 179.

(61) Nuñez de Lagos, *Nota crítica à resolução de 26 de Dezembro de 1943*, *Informação Jurídica*, cit. por J. Palomino nos *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo II, pág. 397.

Como observa o Prof. Pires de Lima (62), se a lei com o instituto do crescer pretendesse fixar as soluções lógicas, puramente jurídicas, de determinada posição dos herdeiros e legatários em relação ao objecto dos seus direitos, a única atitude compreensível seria o seu silêncio a tal respeito.

Independentemente disto, cremos poder acrescentar não haver soluções lógico-jurídicas justificáveis apenas por o serem. Expliquemos melhor. As soluções que se imponham por virtude da própria lógica da lei hão-de ter ainda um fundamento que não pode estar nessa mesma lógica.

Se tais soluções se impõem em virtude de outras, como consequência necessária destas, o que há a fazer é determinar o fundamento dessas outras, o qual o será também dos seus corolários. O que não pode haver é soluções legais por soluções legais, Direito pelo Direito. Este, como superestrutura supõe naturalmente uma infra-estrutura e será nesta que deverá procurar-se o fundamento daquela.

É certo que pode dizer-se estar o fundamento do crescer na própria lei. Será um conceito de fundamento, mas evidentemente sem interesse. A lei por si fundamenta (talvez melhor, justifica) tudo e nada fundamenta. O que está agora em causa é o fundamento do crescer por lei consagrado, isto é, o fundamento da própria lei.

Aliás esta doutrina, se poderia ainda apresentar-se com alguma viabilidade à face de outras legislações, em que fundamentalmente se manteve o tradicional esquema do crescer baseado nas *conjunctioes*, é entre nós totalmente inviável, dada a proscricção destas.

36 — Doutrina da unidade da vocação.

Segundo esta doutrina, seria a unidade de vocação dos chamados, unidade essa que resultaria justamente de determinadas formas de instituição ou nomeação, que fundamentaria o crescer entre elas.

Esta doutrina, como a anterior, e bem ainda como as que se seguem, têm todas o núcleo comum de se deixarem influenciar por certos tipos de instituição, mais ou menos próximos do tradicional

(62) *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 72, págs. 373 e segs..
Note-se que não aceitamos todas as consequências que o referido Professor tira de tal observação, como se verá.

sistema das conjunções. Diferenciam-se apenas por olharem a mesma realidade por diferentes prismas (o objecto, a vocação, a designação, etc.).

São de uma maneira geral aplicáveis a esta doutrina as considerações feitas a propósito da anterior.

Como um dos seus representantes é apresentado Ricci (63). Poderá duvidar-se da possibilidade de integrar este autor em tal corrente. Uma vez que tal se aceite, porém, teremos, então, um exemplo concreto da tal deslocação de planos, a que nos temos referido, quanto ao problema do fundamento do crescer. Com efeito, Ricci, depois de jogar com um certo número de conceitos, que poderão conduzir a enquadrá-lo nesta orientação, faz em mais de um passo afirmações deste género: «O concurso destes três elementos na constituição do direito de crescer convence que o *fundamento* do mesmo está na presumida vontade do testador...» (64).

37 — Doutrina da unidade de designação.

Segundo esta corrente, sustentada designadamente por Nicòlo(65), seria o facto de os chamados serem englobados numa designação unitária que determinaria o fenómeno do crescer entre eles, na falta de algum ou alguns.

Trata-se de mais uma variante da ideia comum a todas estas doutrinas atrás referida e à qual se aplicam todas as considerações, a propósito das outras feitas.

Outras doutrinas poderíamos ainda referir como a de solidariedade do chamamento (66), mas, dada a carência de interesse prático que, no nosso direito, têm abstermo-nos de continuar a enumeração.

(63) Prof. Doutor Pires de Lima, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 73, págs. 373 e seguintes.

(64) *Corso Teorico-pratico di diritto civile*, vol. III, págs. 905 e 906.

(65) *Voc. Ered.*, nos *Ann. dell'Ist. di Sci. Giuri.*, vol. VIII, pág. 216.

(66) Ver v. g., José Gonzales Palomino, *Estudios de Arte Menor sobre Derecho Sucesorio*, II — *El Acrecimiento en la mejora*, em *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo II, págs. 517 e segs.. Aliás, esta ideia de solidariedade já fora aventada por Holtius — Ver Bortolan, *ob. cit.*, pág. 26.

38 — A presumida vontade do testador como fundamento do crescer.

Como já foi notado, é unânime, pode dizer-se, entre nós a opinião de que o instituto do crescer encontra o seu fundamento na presumida vontade do testador (67). Tal solução, que saibamos, apenas foi posta em dúvida na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 75, pág. 397, a propósito de uma consulta, numa resposta relatada pelo Prof. Pires de Lima. Não obstante isso, este mesmo Professor, estudando alguns aspectos do crescer posteriormente (68), faz toda a sua construção na base de o fundamento de tal instituto se enraizar na presumida vontade do testador.

E, na verdade, tendo em consideração, por um lado, o abandono do sistema das *conjunctiones*, que mais facilmente podia conduzir a solução diversa, e, por outro lado, a própria letra do art.º 1.852.º que permite o afastamento do instituto do crescer por vontade do testador, parece não poder hesitar-se acerca da solução por todos proposta.

O fundamento do crescer está pois, na presumida vontade do testador. É claro que tal vontade, justamente porque é presumida, pode não coincidir com a vontade efectiva do testador. Isso, porém, é evidente, nada impede. Por hipótese o testador não manifestou a sua vontade quanto ao destino das porções deixadas vagas por virtude da falta de algum ou alguns dos chamados testamentariamente, e, então, o legislador vai procurar averiguá-la. Para tal conseguir toma como ponto de partida determinados dados objectivos. Tais dados objectivos nada mais são, todavia, que sintomas, meios de que o legislador se socorre para alcançar o seu escopo último.

É claro que os meios considerados idóneos têm variado histórica e espacialmente, em função dos divergentes critérios dos legisladores.

(67) Visconde de Seabra, *Direito de Crescer*, na *Gazeta dos Tribunais*, ano 15, págs. 9781 e segs.; Macedo e Gama, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano II, pág. 563; Dias Ferreira, *Código Civil*, vol. III, comentário aos art.º 1.852.º e segs.; José Tavares, *Sucessões*, pág. 276; Prof. Pires de Lima, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 72, pág. 388; Prof. Pinto Coelho, *Revista da Faculdade de Direito*, vol. III, pág. 67; Prof. Galvão Teles, *ob. cit.*, pág. 267.

(68) *Alguns aspectos do «crescer» em sucessão testamentária.*

Estabelecidos, porém, pelo legislador os elementos objectivos, que considerou reveladores da vontade do testador no sentido do crescer, todas as vezes que tais elementos se verifiquem entende-se existir tal vontade, só podendo a consequência ser afastada por declaração concreta do mesmo testador, muito embora tácitamente exteriorizado.

O mecanismo exposto é que tem levado por vezes os autores a deslocar o fundamento do instituto da vontade do testador para os elementos objectivos exigidos por lei como sintomas de tal vontade.

Deve observar-se ainda que, mesmo à face das legislações estrangeiras, mais ou menos próximas da configuração tradicional do instituto do crescer, a maioria dos autores se inclina para a solução da vontade presumida do testador como fundamento do crescer.

CAPÍTULO III

NATUREZA JURÍDICA DO ACRESCER

39 — **Alcance do problema. Da questão de saber se no nosso direito positivo o crescer reveste a configuração de um verdadeiro direito de crescer ou de um simples fenómeno de não-decrescer. Da questão de saber a que espécie de sucessão, em razão da designação sucessória, se reconduz o fenómeno do crescer.**

Se tomarmos alguns dos problemas, dos muitos que são debatidos no campo do Direito, acerca da natureza jurídica dos diferentes institutos, fácil é verificar que, consoante os institutos que se tem em vista, assim varia o alcance atribuído à fórmula «natureza jurídica». Das diferenças existentes entre os modos como são postos e resolvidos os problemas, conclui-se com facilidade a diversidade de significação atribuídas a tal expressão.

Se tomarmos, porém, mais uma vez uma posição realista, e se atendermos ao que há de comum nos variados problemas de natureza jurídica, podemos dizer que tais problemas se traduzem na caracterização dos institutos em causa, caracterização essa que se efectua através de uma aproximação de outras figuras, de outros conceitos,

que se tomam como ponto de referência. Tal aproximação é feita, umas vezes no sentido de um enquadramento, por assim dizer, vertical, como sucede quando, por exemplo, se procura averiguar se o casamento é um contrato ou não; outras vezes tal enquadramento desenvolve-se num sentido, por assim dizer, horizontal, como sucede quando se procura averiguar se determinado contrato pode ou não reconduzir-se a certo tipo de contratos.

Em face disto, sendo esta a única ideia geral que pode inferir-se como comum aos múltiplos problemas de natureza jurídica, logo se vê com que variação de amplitude, em profundidade e extensão, são estudadas tais questões.

Dentro desta orientação, e tendo em consideração a doutrina a tal respeito já elaborada, propomo-nos versar dois problemas, no intuito de caracterizar o fenómeno do crescer sob dois prismas distintos. Por um lado — e é este o problema, a respeito do crescer, a que se chama o problema da sua natureza jurídica — procuraremos determinar se, no nosso direito positivo, o fenómeno do crescer corresponde a um verdadeiro «direito de crescer» ou se, ao contrário, se traduz num simples «não-decrescer», tomadas tais expressões no sentido que lhes foi atribuído na introdução. Por outro lado, orientar-se-ão os nossos esforços em ordem a averiguar a qual das diferentes espécies de sucessão, em razão da designação sucessória, se reconduz o fenómeno do crescer, ou se, porventura, implicará antes uma nova espécie de sucessão, em função de tal critério.

§ 1.º

DIREITO DE ACRESCEM OU NÃO-DECRESCER ?

40 — Estado geral da doutrina portuguesa : os art.^{os} 1.852.º e seguintes consagram um verdadeiro direito de crescer.

Pode dizer-se dominante entre nós o entendimento no sentido de que o Código Civil consagrou um verdadeiro direito de crescer. Pelo menos é essa a opinião autorizada dos autores que consideraram o problema *ex-professo*. Parece ainda ser opinião de muitos outros que só ocasionalmente tocam no problema.

Em sentido contrário, poderão, porventura, apontar-se algumas afirmações esporádicas (69).

Para esta última solução nos inclinamos nós, não obstante as qualificadas opiniões em contrário. Julgamos efectivamente que os art.ºs 1.852.º e segs. se limitam a consagrar um simples fenómeno de não-decrescer, que surgirá a plena luz, uma vez que ponhamos de parte certas ideias preconcebidas, que não pouco devem ter perturbado a boa resolução do problema.

Antes, porém, de procurarmos fundamentar o ponto de vista enunciado, impõe-se referir e analisar a solução oposta, o que, aliás, constituirá meio caminho andado em vista da demonstração que nos propomos fazer. E, sendo certo, por um lado, terem sido os Profs. Galvão Teles e Pires de Lima que directamente abordaram o problema, e, por outro, que a argumentação pelos dois mestres expendida nem sempre coincide, exporem e analisaremos em separado os seus pensamentos.

41 — **Doutrina corrente. Tal como a defende o Prof. Galvão Teles (70): a) Exposição ; b) Apreciação crítica ; c) Conclusões.**

a) O acrescer tem no direito positivo português a natureza de um verdadeiro *ius adcrescendi*, isto é, supõe um chamamento sucessório autónomo, uma vocação específica, a qual, colocando o beneficiário da porção vaga na posição daquele a quem era destinada, reveste a forma de uma vocação indirecta, isto é, de uma substituição, *lato sensu*, a qual, encontrando a sua razão de ser na vontade do testador é uma substituição vulgar, conquanto presumida pela lei.

Eis, em síntese, a doutrina do Prof. Galvão Teles.

No desenvolvimento deste ponto de vista, com razões de ordem diversa procura o ilustre Professor fundamentá-lo.

A primeira razão invocada (primeira segundo a ordem adoptada

(69) *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 67, pág. 216, ano 72, pág. 263, ano 73, pág. 13 ; Dr. Cunha Gonçalves, *Tratado*, vol. X, págs. 31-32. Trata-se, por vezes, de meras afirmações, sem que se tente dar-lhes qualquer justificação. Noutros casos ainda parece não se ter querido tomar posição no problema agora em discussão, ao falar-se em direito de não-decrescer.

(70) *Ob. cit.*, págs. 253 e seguintes.

pelo autor) é de ordem negativa, já que visa demonstrar não se ter a nossa lei limitado a consignar um mero não-decrescer. O não-decrescer supõe que aquele que dele beneficia é chamado através de uma vocação com potencialidade para absorver as porções que, porventura, venham a ficar vagas por virtude da falta de outros chamados; uma vocação dotada de tal faculdade de absorpção supõe, porém, que o faltoso ou faltosos tenham sido *conjuntamente* instituídos com o beneficiário da porção que àqueles era destinada. Na nossa lei a atribuição das porções deixadas vagas, por virtude da falta de um ou alguns dos chamados à sucessão, testamentariamente, a outro ou outros dos chamados por este mesmo modo, tem lugar independentemente de qualquer nomeação conjunta; sendo assim, tal atribuição não se dá através de alargamento da vocação originária do beneficiado; e, conseqüentemente, também se não efectiva através de um simples não-decrescer.

Esta uma primeira razão. Vejamos outras.

Se a simples qualidade de herdeiro (único requisito exigido, neste aspecto, pelo art.º 1.852.º para que o crescer funcione) atribuisse à respectiva vocação virtualidade para tudo absorver, quando os outros herdeiros não pudessem ou não quisessem concorrer efectivamente à sucessão, os herdeiros legítimos, nos casos em que o testador não dispusesse de toda a herança, deveriam também beneficiar das porções vagas dos herdeiros testamentários através do crescer, visto que também são herdeiros; e raciocínio semelhante pode fazer-se no sentido de fazer beneficiar os herdeiros testamentários das porções deixadas vagas por virtude da falta de sucessíveis legítimos.

Trata-se ainda, como se vê, de um argumento de ordem negativa, como idêntica natureza tem, aliás, estoutro que passamos a referir.

O *ius non decrescendi*, implicando uma vocação com virtualidade para se estender além daquilo que o titular respectivo receberia se todos os outros chamados concorressem, supõe que faltoso e beneficiado são sucessores da mesma espécie (herdeiros, legatários). A nossa lei admite um fenómeno de crescer de legatários para herdeiros, portanto, sucessores de natureza diversa; por conseguinte, os herdeiros não podem obter tal benefício através de um *ius non decrescendi*.

Argumentando agora em via positiva continua o Prof. Galvão

Teles. O direito de crescer, implicando um chamamento autónomo, atribui àquele que dele beneficia a exacta posição sucessória que caberia ao faltoso, ao contrário do que sucede com o *ius non decrescendi*; os art.ºs 1.855.º e 1.856.º estabelecem que a porção vaga cresce com todos os seus encargos e obrigações; e, portanto, é um verdadeiro direito de crescer que aí se tem em vista. É esta pelo menos a solução mais harmónica com os princípios.

Por último, procura o Prof. Galvão Teles deduzir do art.º 1.856.º novo argumento em favor da sua tese. Em seu entender, com efeito, a circunstância de o art.º 1.856.º permitir o repúdio da parte acrescida, quando esta esteja onerada por encargos especiais, seria mais um sintoma da correspondência da sua tese à realidade legislativa, por isso que tal possibilidade, bem como a necessidade de aceitação, são inconcebíveis nos quadros de um mero *ius non decrescendi*, uma vez que, existindo em tal hipótese apenas uma vocação, o exercício do direito de suceder, conteúdo de tal vocação, no sentido da aceitação faz com que esta se estenda não só à parte que, em princípio, apenas lhe fora assinada em testamento, mas ainda às porções que, ficando vagas, se tornem aptas a crescer.

Esta a construção do Prof. Galvão Teles colhida através da sua obra, parcialmente dedicada ao instituto do crescer, e por nós já muitas vezes citada.

b) A argumentação exposta pode apresentar-se, à primeira vista, com impressionante valor, talvez mesmo como decisiva. Todavia, se entrarmos a analisá-la mais de perto, cremos que todas as razões alegadas cairão por terra, em prejuízo do entendimento segundo o qual o Código Civil consagrou um verdadeiro direito de crescer.

Ao primeiro argumento, analisando-o, antes de mais, sob certo prisma, temos a opor que assenta numa relação de necessidade lógica entre dois conceitos, que, em nosso entender, não tem qualquer fundamento, nem lógico, nem histórico, nem em face do direito comparado: o conceito de não-decrescer e o de instituição conjunta. Que para o Prof. Galvão Teles o conceito de não-decrescer supõe o de nomeação conjunta é evidente, em face da formulação do argumento em causa e de expressões tão incisivas que não resistimos à tentação de fazer uma transcrição: «O direito do crescer, não estando entre nós subordinado à doutrina romanista das conjunções, apresenta (...)

a configuração de um verdadeiro *ius ad crescendi*, não de um *ius non decrescendi*.»

A tal razão poderíamos opor simplesmente uma outra de valor neutralizante, devolvendo ao ilustre Professor o ónus de demonstrar que existe aquela relação de necessidade lógica entre os dois conceitos referidos. Chamamos, porém, a nós o encargo de procurar demonstrar o contrário.

Dissemos que nem lógica, nem histórica, nem espacialmente (permita-se a expressão) pressupõe o *ius non decrescendi* a instituição conjunta dos sucessores entre os quais o fenómeno se desenvolve.

Não pressupõe logicamente. O não-decrescer tem lugar — todos o aceitam, melhor, todos o afirmam, designadamente o Prof. Galvão Teles — quando a vocação daquele que beneficia do acrescido, tendo virtualidade para absorver as porções deixadas vagas por outros chamados, se expande a tais porções quando efectivamente ficarem vagas. Mas pressupõe isto e mais nada, neste aspecto. Para sustentar a correlação necessária entre não-decrescer e instituição conjunta seria preciso estabelecer um elo de necessidade lógica entre esta e vocação com potencialidade para absorver as porções vagas. Ora isto é que falta no raciocínio do Prof. Galvão Teles, de modo que nele se abre um hiato que o ilustre mestre não preenche, nem, aliás, podia preencher, e isto porque a razão daquela expansibilidade da vocação pode encontrar-se noutras circunstâncias, que não na instituição conjunta. Esta pode, por virtude dos seus próprios termos, atribuir às vocações dos conjuntamente instituídos potencialidade para absorver todo o objecto da instituição, mas nem só ela para tal é apta. Aliás, nem mesmo pode dizer-se ser a instituição conjunta que atribui tal natureza às vocações, como adiante se desenvolverá. A força causal dessa virtualidade das vocações tem de ir buscar-se mais longe, desde que se aceite como ponto de partida e que o instituto do crescer se funda na presumida vontade do testador. A função da instituição conjunta, dentro de tal concepção, é a de mero índice de que as vocações têm aquela potencialidade, ou, quando muito, — ponto que se esclarecerá — um requisito objectivo necessário para que tal poder de absorção seja reconhecido às vocações. Sendo esta a natureza da instituição conjunta, evidentemente que não pode atribuir-se a um mero índice de que uma realidade existe o valor de causa geradora dessa mesma realidade.

A inexistência de qualquer correlação necessária entre o não-decrescer e a instituição conjunta revela-se ainda plenamente à face de algumas considerações de ordem histórica e de direito comparado que podem fazer-se.

Com efeito, não são precisas grandes indagações para concluir que, afinal, se pretende estabelecer uma relação necessária entre dois conceitos, dos quais um nem chega a sê-lo, ou, melhor, dos quais um não é um conceito, podendo antes a expressão usada — instituição conjunta — corresponder a conceitos diversos, uma vez que a tal designação não é atribuído um entendimento uniforme. Efectivamente, em que consiste essa instituição conjunta necessária para ao não-decrescer dar vida? Consistirá naquilo que o legislador italiano considera tal, em vista do crescimento? Consistirá antes naquilo a que o legislador francês faz corresponder tal designação? Ou instituição conjunta será aquilo... que o legislador português não diz o que é, justamente porque baniu o sistema das *conjunctiones*? Se olharmos as diferentes legislações, ou mesmo o direito romano, facilmente se notam as divergências entre os conceitos de instituição conjunta, bem como ainda, à face de uma mesma legislação, por vezes se discute acerca de quais as instituições conjuntas eficazes para o crescer.

No momento oportuno concretizaremos estas afirmações. Desde já, porém, não queremos deixar de chamar a atenção para o facto de o próprio Prof. Galvão Teles se referir expressamente à possibilidade de, no direito romano, o *ius non decrescendi* andar ligado apenas ao princípio *nemo pro parte testatus...* Apressa-se, todavia, o referido Professor, talvez na previsão do argumento que de tal circunstância poderia tirar-se, a acentuar que se tratava de um princípio muito especial, que envolvia um fenómeno todo ele de base legal, em que a lei impunha à vocação dos herdeiros um poder ilimitado de absorção. Independentemente das considerações já feitas, e que prometemos concretizar mais, em que está implícita a afirmação de que não é necessário qualquer princípio especial para que o não-decrescer tenha lugar, desligado de qualquer tipo de instituição conjunta, independentemente de tais considerações, dizíamos, bastaria esta margem deixada a *princípios especiais*, capazes de gerar um não-decrescer completamente alheio às *conjunctiones*, para anular o carácter necessário da relação, a que nos temos vindo a referir, e, conseqüentemente, para

anular o alcance do argumento. Em si e só por si, tal argumento deixa as coisas exactamente no mesmo pé, em nada contribuindo para a solução do problema em causa.

Sintetizando silogisticamente as considerações feitas, e utilizando em parte o raciocínio desenvolvido pelo Prof. Galvão Teles, podemos dizer: O *ius non decrescendi* supõe uma vocação com virtualidade para absorver as porções deixadas vagas pela falta de um ou alguns dos chamados testamentariamente; uma vocação com tal natureza não pressupõe necessariamente a instituição conjunta; consequentemente o *ius non decrescendi* «pode» não estar ligado a qualquer tipo de instituição conjunta.

Examinemos a segunda razão invocada pelo Prof. Galvão Teles, a qual se nos apresenta vulnerável sob mais de um aspecto.

Note-se, antes de mais, como uma das premissas do raciocínio se apresenta incompleta. Na verdade, não é apenas a qualidade de herdeiro que atribui à vocação dos beneficiários do crescer virtualidade para tudo absorver, desde que os outros herdeiros não concorram; o que atribui tal virtualidade à vocação é o facto de se ter a qualidade de herdeiro *testamentário*. É a lei que o diz.

A isto pode opor-se, é certo, ser erróneo pretender ser a qualidade de *testamentário* do herdeiro que implicaria tal virtualidade. Tal observação, todavia, esquece, antes de mais, que se trata de vocação potencial em relação a toda a massa que se defere a título de sucessão testamentária, e, sendo assim, já o facto de se ser herdeiro *testamentário* assume relevo especial em vista do crescimento. O erro do raciocínio em causa e da objecção que previmos está na ideia falsa de que uma vocação com potencialidade para abranger mais do que aquilo que, em princípio, devia caber ao respectivo titular, tem necessariamente de ser uma vocação *total*, isto é, extensiva a toda a massa sucessória, seja qual for o título a que se defere. Só assim se explica, com efeito, que se afirme que, uma vez atribuída uma vocação daquele género ao chamado, ela terá necessariamente de ser extensiva mesmo à sucessão legítima, bem como ainda que se afirme que os chamados à sucessão legítima e que tenham, *em relação a esta*, a mesma qualidade jurídica que aquele primeiro, devam ter uma vocação com virtualidade para se estender mesmo à parte da massa que é objecto de sucessão testamentária.

Ora a nós parece-nos evidente que nada impõe isto, nada impede

que uma vocação tenha potencialidade para abranger mais ou menos. Na verdade, basta lembrar o caso, normal nas legislações estrangeiras, de o instituto do acrescer se basear nas conjunções; em tais hipóteses, os conjuntamente instituídos têm uma vocação com virtualidade para tudo abranger, mas *tudo*, naturalmente, que é objecto da instituição conjunta, e não tudo que a título de sucessão testamentária se defere, e muito menos ainda aquilo que se defere a título de sucessão legítima. Pense-se ainda nas hipóteses de, em sucessão legítima, haver a falta de um dos sucessíveis compreendidos em determinada estirpe; em tais hipóteses, segundo a opinião entre nós dominante, a porção que ao faltoso era destinado aproveita apenas aos outros membros da estirpe; isto é, cada um dos membros da estirpe tem vocação para abranger *tudo*, mas *tudo* aquilo que toca à respectiva estirpe, e não para absorver as porções deixadas vagas noutras estirpes, enquanto subsistir algum representante destas.

Sendo assim, há alguma coisa que impeça que o carácter potencial da vocação herdeiros *testamentários* se limite à massa que se defere a título de sucessão testamentária, em paralelo com a limitação da vocação potencial dos herdeiros *conjuntos* ao objecto da conjunção, e com a limitação da vocação potencial dos herdeiros *representantes de uma estirpe* à parte da massa à estirpe destinada? Evidentemente que não.

No entanto, não queremos deixar de prever ainda uma outra possível objecção, de recurso... Pode, com efeito, argumentar-se: aceita-se como boa a ideia de possibilidade de limitação da vocação potencial dos herdeiros testamentários à massa que se defere a título de sucessão testamentária; mas aceita-se isso apenas num primeiro lanço, o que não obsta num segundo lanço, como tal potencialidade da vocação resulta ainda da qualidade de herdeiro, a que ele se estenda mesmo à massa objecto de sucessão legítima, isto é, a qualidade de herdeiro *testamentário* em relação à massa objecto da sucessão testamentária, bem como a de *legítimo*, em relação à massa objecto de sucessão legítima, serviria apenas para estabelecer uma preferência: enquanto houver herdeiros legítimos, não podem beneficiar da massa, objecto da sucessão legítima, por acrescer os herdeiros testamentários e vice-versa.

Uma argumentação de tal género é, porém, tão descabida e infundada, que talvez até seja ocioso estar a perder tempo com ela.

Na realidade, é evidente que qualquer possibilidade de expansão da vocação dos herdeiros testamentários às porções deixadas vagas por virtude da falta de herdeiros legítimos, só poderia ter algum interesse desde que tais herdeiros testamentários concorressem às ditas porções vagas em pé de igualdade com os outros herdeiros legítimos. Desde que tal concorrência dos herdeiros testamentários seja subsidiária, isto é, esteja condicionada à falta de todos os herdeiros legítimos, é claro que ela nunca pode efectivar-se, pois sempre haverá herdeiros legítimos. Por outro lado, se a concorrência de herdeiros legítimos às porções deixadas vagas por herdeiros testamentários estivesse condicionada à falta de todos os herdeiros testamentários, então, efectivamente, verificada tal falta total, os herdeiros legítimos receberiam a massa que fora objecto de testamento. Em tal hipótese, porém, não há necessidade, nem possibilidade de recorrer a um pretenso fenómeno de crescer para explicar tal realidade, pois essa explicação estará no próprio conceito de sucessão legítima, como adiante se desenvolverá.

Estas considerações parecem-nos revelar insofismavelmente a improcedência do argumento em discussão. No entanto, apenas para efeitos de uma análise ainda mais pormenorizada, concedemos que, na verdade, a admitir-se que os art.^{os} 1.852.º e segs. atribuem às vocações dos herdeiros testamentários potencialidade para absorver as porções vagas, tal potencialidade tem de estender-se a toda a massa sucessória, bem como ainda que idêntica natureza têm as vocações dos herdeiros legítimos. Dentro de tal base, e tendo em consideração que as massas que se deferem a título de sucessão legítima e a título de sucessão testamentária constituem dois blocos independentes e autónomos e ainda os termos do art.º 1.852.º teria perfeito cabimento e viabilidade um raciocínio deste género: todos os herdeiros (testamentários e legítimos) têm vocação com um poder de expansão a toda a massa sucessória; todavia, os herdeiros testamentários têm de entender-se conjuntamente instituídos quanto à parte daquela massa que se defere por testamento, bem como os herdeiros legítimos têm de entender-se instituídos (permita-se a expressão) de idêntico modo a respeito da porção que a título de sucessão legítima se defere; conseqüentemente, terá de desenvolver-se um fenómeno de crescer preferente, respectivamente, entre os herdeiros testamentários, e entre os herdeiros legítimos; e, sendo assim, caímos nas dificuldades

já referidas, pois os herdeiros testamentários nunca poderiam absorver qualquer porção da massa objecto de sucessão legítima, uma vez que sempre há herdeiros legítimos, e, por outro lado, quando os herdeiros legítimos pudessem vir a receber a massa objecto da sucessão testamentária, tal possibilidade encontraria a explicação no próprio conceito de sucessão legítima, e não na ideia de crescer.

E nem se podia argumentar dizendo que tal preferência no crescer não poderia ter lugar, já que não podia falar-se aqui de conjunção relevante, dada a possibilidade de se terem fixado quotas aos herdeiros testamentários. Tal objecção não teria viabilidade por isso que se assentara como base de raciocínio não excluir tal fixação o poder de expansão das vocações, atribuindo-lhe antes sem restrições tal característica. E, sendo assim, teríamos um caso nítido de conjunção, mais, de conjunção naquele tipo clássico, cuja eficácia no sentido do crescer nunca foi contestada, isto é, de conjunção *re et verbis*: todos e cada um dos herdeiros testamentários seria chamado ao todo (porção da massa objecto da sucessão testamentária); e o mesmo se diga em relação aos herdeiros legítimos. A possibilidade de uma conjunção total, abrangendo herdeiros testamentários e legítimos; e, por conseguinte, sem qualquer significado especial, estaria afastada pela própria cisão conceitual entre sucessão legítima e testamentária.

Independentemente de tudo isto, não queremos ainda deixar de chamar a atenção para algumas consequências absurdas a que levariam as premissas postas, na hipótese de se aceitarem. O dado fundamental de que se parte é este: atribuído um poder de expansibilidade à vocação dos herdeiros testamentários, estes deveriam poder absorver mesmo as porções deixadas vagas por sucessíveis legítimos (isto não obstante o art.º 1.852.º limitar expressamente o fenómeno à sucessão testamentária), isto é, tal poder de expansibilidade teria de ser total, absoluto; mas, como tal poder de expansibilidade, continua-se, resulta *tão somente da qualidade de herdeiro*, teríamos, como consequência, que tal expansibilidade total também deveria ter a vocação dos herdeiros legítimos, visto que estes são dotados, *daquela qualidade* (herdeiro), que para tal unicamente é exigida, e, portanto, deveriam poder absorver mesmo a porção da massa que a título testamentário se defere.

Ora, se tal raciocínio fosse verdadeiro, cremos poder afirmar com

segurança que *sempre* o fenómeno do crescer teria de manifestar-se como um não-decrescer. Para tal concluir basta raciocinar em sentido inverso : a vocação dos herdeiros legítimos tem um poder de expansão (todos o aceitam); tal poder de expansão tem de ser total, tem, portanto, de estender-se à própria parte da massa que se defere a título de sucessão testamentária, e resulta *apenas da qualidade de herdeiro* ; mas, se assim é, idênticas características, e com o carácter absoluto referido, tem a vocação dos herdeiros testamentários, pois estes são dotados da qualidade para tal unicamente exigida — serem herdeiros.

Nem se diga, para afastar esta consequência, manifestamente inaceitável, que a qualidade referida da vocação dos herdeiros legítimos resulta de estes serem legítimos. A isto opor-se-ia que também a potencialidade da vocação dos herdeiros testamentários para absorver tudo o que defere a título de sucessão testamentária, resulta da sua qualidade de sucessores testamentários. Em face dos termos extremistas em que se formula o argumento, a consequência que deduzimos, está necessariamente contida em tais termos.

De qualquer modo, a improcedência do argumento parece-nos manifesta. Aliás, por outros aspectos ainda, poderíamos criticá-lo, se a sua análise nos não tivesse levado tão longe.

Concluindo : a lei declara que os herdeiros *testamentários* podem, eventualmente, vir a receber *tudo aquilo que se defere a título de sucessão testamentária*, e é, dentro destas bases postas pela lei, que tem de averiguar-se qual o processo através de que se pode efectivar tal eventualidade, nada havendo que impeça consistir tal processo num mero fenómeno de não-decrescer, cujos limites máximos são fixados pela própria lei.

As coisas passam-se, muito simplesmente, assim : a lei marca os limites dentro de que se desenvolve o crescer, dizendo que este se circunscreve nos designados *testamentariamente*, a respeito daquilo que se defere por sucessão *testamentária*, em termos substancialmente idênticos àqueles que são postos pelas outras legislações quando declaram que o crescer se circunscreve aos designados *conjuntamente*, a respeito do objecto da instituição conjunta. Só à lei compete marcar a extensão do instituto do crescer, sem que o facto de esta ser maior ou menor possa influir na estruturação do fenómeno, a qual terá de ser esclarecida mediante outras razões de decidir.

Acrescente-se que, com base nas premissas de que se parte, pode-

ria sempre, fossem qual fossem os termos em que se admitisse o crescer, formular este argumento: os herdeiros legítimos gozam do não «decrecer», este resulta tão-sòmente da sua qualidade de herdeiros — também aqui não há instituição conjunta —; consequentemente, tal poder de absorção dos herdeiros legítimos deve estender-se, mesmo à parte da massa objecto do testamento; e, fazendo o raciocínio em sentido inverso, ter-se-ia também de concluir que os herdeiros testamentários gozavam de um não-decrecer, em relação a toda a massa da herança. Isto é, a ser procedente o argumento em discussão, sê-lo-ia ainda que na sucessão testamentária vigorasse o mais puro dos sistemas das *conjunctioes*.

Melhor sorte não está reservada — pelo menos assim o julgamos — à terceira razão invocada pelo Prof. Galvão Teles.

Essa razão era a seguinte: o *ius non decrescendi*, implicando uma vocação com virtualidade para se estender além daquilo que o titular respectivo receberia se todos os outros chamados concorressem à sucessão, supõe que faltoso e beneficiado são sucessores da mesma espécie (herdeiros, legatários); a nossa lei admite um fenómeno de crescer de legatários para herdeiros, sucessores de diversa natureza; por conseguinte, os herdeiros não podem obter tal beneficio através de um *ius non decrescendi*.

As considerações já feitas permitem descobrir imediatamente o vício de que enferma tal raciocínio: continuar a pensar-se que vocação dotada de expansão para absorver as porções vagas e instituição conjunta são duas realidades indissolúvelmente associadas. Com efeito, quando se diz que o não-decrecer supõe a concorrência de sucessores da mesma espécie, instituídos num mesmo objecto, está a ligar-se tal figura às conjunções que, essas sim, pressupõem os citados requisitos. Efectivamente, a instituição (ou nomeação) conjunta, tal como classicamente é entendida, só pode englobar sucessores da mesma espécie, e cuja vocação, por consequência, tem idêntica natureza também. Afastada, porém, por tudo aquilo que já foi dito, bem como ainda pelas considerações complementares que posteriormente se farão, a instituição conjunta como pressuposto necessário do não-decrecer, fica prejudicado o alcance da razão invocada. O não-decrecer exige apenas, por definição, que a vocação daquele que dele beneficia tenha potencialidade para absorver as porções vagas; nenhum interesse, directo ou indirecto, tem para o problema saber

qual a natureza do chamamento (herança, legado) por meio do qual foi, em princípio, subtraída a uma vocação, com o citado poder de expansão, a porção que, por fim, vem efectivamente a ser absorvida por aquela. Não se vê razão para que a vocação de um herdeiro não possa ter virtualidade para abranger aquilo que a outrem foi atribuído sob a forma de legado. Ao contrário, em nosso entender, os casos mais típicos, mais puros, se assim se pode dizer, de não-decrescer são precisamente casos em que a vocação de um herdeiro absorve os legados não aceites. Em tais hipóteses, entende o Prof. Galvão Teles que «Quando muito, a aquisição pelos herdeiros resultaria de uma absorção pura e simples...» (71). A verdade é que tal absorção há-de ter a sua explicação jurídica, a qual não pode estar senão num fenómeno de não-decrescer: porque o legado já estava potencialmente contido na vocação do herdeiro, não sendo aceite, aquela vocação absorve-o, para que não decresça o direito que o herdeiro sempre teve. Esquema puro do não-decrescer, portanto.

Entremos a analisar outro dos fundamentos da construção do Prof. Galvão Teles, esse já apresentado em via positiva. O direito de crescer, implicando um chamamento autónomo, atribui àquele que dele beneficia a exacta posição sucessória que caberia ao faltoso, ao contrário do que sucede com o *ius non decrescendi*; os art.ºs 1.855.º e 1.856.º estabelecem que a porção vaga cresce com todos os seus encargos e obrigações; e, portanto, é um verdadeiro direito de crescer que aí se tem em vista. É esta pelo menos a solução mais harmónica com os princípios.

A circunstância de se tratar apenas de uma solução «mais harmónica com os princípios» debilita logo muito a força do argumento. Sabemos, na verdade, quantas vezes o legislador se afasta daquilo que a ciência jurídica considera os puros princípios. A vida nem sempre se pode amoldar plenamente dentro dos quadros que uma elaboração doutrinal rigorosa traçou; há necessidades, razões de oportunidade e de conveniência que impõem a preterição de algumas das consequências que logicamente derivam dos princípios. O argumento só por si, por conseguinte, seria insuficiente.

Para além disto, dúvidas sérias nos surgem acerca do que, neste campo, entende o Prof. Galvão Teles por puros princípios. Seria

(71) *Ob. cit.*, pág. 260, nota.

deslocado, todavia, entrar em tal indagação, tanto mais que aqui não tem interesse algum. Apenas fazemos uma pergunta: que valor pode atribuir-se a uma razão derivada da consideração de princípios que, neste campo, sistematicamente não são aplicados?

Fácilmente se apreende o alcance da nossa pergunta, a qual resulta do facto de em todas as legislações com que tomamos contacto, a não ser, segundo alguns autores, o direito romano, nos seus primórdios, estabelecerem, não obstante consagrarem incontestavelmente um *ius non decrescendi*, que tal fenómeno tem lugar *cum onere*. Pergunto, de novo: onde estão esses puros princípios? Quando mais não fosse a sua violação sistemática neutralizá-los-ia, tirar-lhes-ia qualquer valor, impedindo que pudesse tirar-se deles qualquer argumento do género daquele que ficou formulado.

Citaremos alguns exemplos apenas, além de outros que vão referidos em nota (72).

Recorde-se antes de mais o que sucedia no direito romano. Só no período inicial deste, e mesmo então com dúvidas, o não-decrescer teve lugar *sine onere*. Posteriormente passou a ter sistematicamente lugar *cum onere*.

O Código Napoleónico não continha doutrina expressa a tal respeito, mas era unânimemente aceite que o não-decrescer se verificava *cum onere* (73).

Outros códigos, porém, estabeleciam essa mesma doutrina, a respeito do *ius non decrescendi*, que baseiam nas *conjunctiones*.

O código do Ducado de Parma, de 1820, dizia, no art.º 787.º: *I coeredi ai quali in forza del diritto d'accrescimento è devoluta la porzione dell'eredità mancante, sottentrano agli obblighi e ai carichi cui sarebbe sottoposto il mancante*; em idênticos termos dispunha quanto aos legatários (art.º 872.º).

Preceito semelhante estabelecia o código italiano de 1865 (art.ºs 882.º e 887.º). O actual código italiano, de 1942, declara no

(72) Código Albertino, de 20 de Junho de 1837, os art.ºs 867.º e 872.º; Código Chileno, de 14 de Dezembro de 1855, art.º 1.152.º; Código Argentino, de 29 de Setembro de 1869, adoptado no Paraguai, art.º 3.821.º; Código Espanhol, de 24 de Julho de 1889, art.º 984.º; Código Alemão, de 18 de Agosto de 1896, §§ 2.095.º e 2.159.º; etc., etc..

(73) Bortolan, *ob. cit.*, pág. 97.

seu art.º 676.º: ... *I coeredi o i legatari a favore dei quali si verifica l'accrescimento, subentrano negli obblighi a cui era sottoposto l'erede o il legatario mancante salvo che si tratti di obblighi di carattere personale*. Esta última restrição também é estabelecida em quase todos os outros códigos, e, quando não consignada expressamente, aceite pela doutrina. É aliás a solução adoptada entre nós, como se verá.

Mas não só as legislações se limitam a estabelecer que o não-decrescer tem lugar *cum onere*. Tal regime é também apoiado pela doutrina, que o considera justificado (74).

Em face disto, não nos limitamos a considerar totalmente despido de valor o argumento invocado, mas vamos mais longe: reivindicamos o regime estabelecido pela nossa lei, quanto ao crescer e a respeito dos encargos, como o que está mais de harmonia com a existência de um não-decrescer, e consequentemente como uma razão de texto a invocar em tal sentido.

Depois desta, já longa, caminhada, chegamos, finalmente, à última razão invocada pelo Prof. Galvão Teles em abono da sua tese. Tal como sucedeu em relação a todas as outras, cremos que se trata de mais uma razão que não convence. A sua formulação é a seguinte: a circunstância de o art.º 1.856.º permitir o repúdio da parte acrescida, quando esta esteja onerada por encargos especiais, é mais um sintoma de que a nossa lei consagrou o verdadeiro direito de crescer, por isso que tal possibilidade, bem como a necessidade de aceitação, são inconcebíveis nos quadros de um mero *ius non decrescendi*, uma vez que, existindo em tal hipótese uma vocação apenas, o exercício do direito de suceder, conteúdo de tal vocação, no sentido de aceitação, faz com que esta se estenda não só à parte que, em princípio, ao respectivo sujeito fora assinada em testamento, mas ainda às porções que, ficando vagas, se tornem aptas a crescer.

Estamos perante mais uma razão que, longe de abonar a tese do Prof. Galvão Teles, fundamenta antes a tese oposta, isto é, a tese de que os art.ºs 1.852.º e segs. consagraram um simples fenómeno de não-decrescer.

(74) V. g., Bortolan, *ob. cit.*, pág. 318; Baudry-Lacantinerie e Colin, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, vol. XI, pág. 436; Planiol e Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil Français*.

Para um primeiro ponto há que chamar a atenção : a possibilidade de repúdio da porção acrescida é restrita aos casos em que sobre ela impendem encargos especiais impostos pelo testador, de modo que se apresenta com carácter *excepcional* em relação à regra de que nem é necessária a aceitação, nem permitido o repúdio da porção acrescida. Sendo assim, logo se vê o raciocínio que pode opor-se aqueloutro delineado pelo ilustre Professor: o verdadeiro direito de crescer, envolvendo uma vocação autónoma, um novo direito de suceder, em relação à porção apta ao crescer, impõe que exista quer a necessidade de aceitação, quer a possibilidade do repúdio, em relação a tal porção; a nossa lei não estabelece tal necessidade, nem tal possibilidade *como regra*, o que constitui sintoma seguro de que não estamos face a um direito de crescer.

E contrapostos assim os dois raciocínios, desde que não haja qualquer outra interferência, que não há, como veremos, salta aos olhos que aquele últimamente desenvolvido não só neutraliza, mas ainda se sobrepõe ao primeiro. Na realidade, enquanto este é delineado a partir de uma excepção, o outro, ao contrário, assenta naquilo que é regra.

Previendo, naturalmente, esta observação, o Prof. Galvão Teles procurou antecipadamente pôr em cheque qualquer conclusão que dela pudesse tirar-se. E procurou fazê-lo alegando, ao mesmo tempo que qualifica aquilo que dissemos ser regra como um «ligeiro desvio», que aquela possibilidade excepcional de repúdio constituiria um desvio mais grave e insusceptível de explicação lógica dentro de um esquema do não-decrescer (art.º 2.022.º), ao passo que o regime geral pressuposto pelo art.º 1.856.º se justifica plenamente dentro da ideia de um verdadeiro direito de crescer, mediante a consideração de que quem é chamado à sucessão a dois títulos não deve tomar atitudes diferentes perante as duas porções, aceitando uma e repudiando outra (art.º 2.038.º).

Vejamos um primeiro aspecto. Terá efectivamente melhor explicação na lógica da lei, dentro da ideia de um verdadeiro direito de crescer, a impossibilidade de repúdio da porção acrescida, como regra de que, dentro da ideia de um não-decrescer, a possibilidade de repúdio, ainda que excepcional? Entendemos que não. O Prof. Galvão Teles justifica aquela impossibilidade com o art.º 2.038.º, mas é manifesto que tal preceito é, pelo menos, insuficiente, em ordem

a tal justificação. Na verdade, tal preceito o mais que poderia explicar, seria a impossibilidade, dentro de um verdadeiro acrescer, de repúdio quando o acrescer se desenvolvesse entre herdeiros. Faltaria, todavia, fundamentar tal impossibilidade quando o acrescer se desse de legatários para herdeiros. Tal hipótese, com efeito, dentro dos quadros de um verdadeiro acrescer, ficaria totalmente sem explicação na lógica da lei por isso que esta sempre permite que aquele que for, ao mesmo tempo herdeiro e legatário, possa aceitar como herdeiro e repudiar como legatário (art.º 1.813.º).

Isto, porém, mesmo neste aspecto ainda não é tudo, pois o art.º 2.038.º nem sequer pode explicar, dentro da lógica da lei, a impossibilidade de repúdio da porção acrescida, uma vez que se entendesse terem os art.ºs 1.852.º e segs. consagrado um direito de acrescer. Aquele preceito só poderia explicar que, se o herdeiro repudiasse a porção respectiva, se entendesse repudiar também a porção que viesse a tornar-se susceptível de acrescer. Tal hipótese, porém, nenhum interesse tem porque, quando se verifique, nem sequer chega a pôr-se o problema do acrescer, que exige como um dos seus pressupostos que os beneficiários tenham efectivamente a qualidade de herdeiros. O que tal preceito não pode explicar é a impossibilidade, em relação ao herdeiro que aceitou, de repudiar a porção acrescida, porque nele não se impõe a aceitação, em relação ao herdeiro, que o é simultaneamente por testamento e *abintestato*, com esta última qualidade, uma vez que o acto aceitação tenha praticado na qualidade de sucessível testamentário.

Não cremos, portanto, que possa encontrar-se explicação na lógica da lei para a solução do Prof. Galvão Teles, o que arrasta consigo logo duas consequências: aceitando mesmo (o que aliás não é verdadeiro, como se verá) que a possibilidade excepcional de repúdio, admitida pelo art.º 1.856.º, é inexplicável, dentro de uma figuração do não-decrescer, nenhum argumento poderia daí deduzir-se contra tal figuração, já que igualmente é inexplicável, dentro de uma figuração de verdadeiro acrescer, a regra do art.º 1.852.º, isto é, a impossibilidade de repúdio e a desnecessidade de aceitação; como, porém, — e é esta a segunda consequência — dentro duma concepção do não-decrescer, a anomalia será apenas excepcional, ao passo que, dentro de uma concepção de verdadeiro acrescer, a anomalia que

resultaria do art.º 1.856.º seria uma anomalia regra, não podemos deixar de optar pela primeira solução.

Para além disto, cabe, porém, perguntar ainda se, efectivamente, a impossibilidade de repúdio da porção acrescida, dentro dos quadros dum não-decrescer, será inconcebível e inexplicável à face da lei. A resposta negativa, que cremos impor-se, vem deitar por terra, em definitivo, o argumento de que nos vimos ocupando.

Se indagarmos qual a razão porque o art.º 1.856.º admitiu excepcionalmente o repúdio da porção acrescida, logo veremos a explicação de tal solução. Com ela teve-se em vista evitar determinadas consequências injustas, que, se de outro modo se procedesse, os redactores do Código entendiam verificarem-se. Com efeito, o legislador ao admitir o repúdio da porção acrescida, nos termos já referidos, quis evitar que os herdeiros tivessem uma responsabilidade que fosse além de tal porção. Este pensamento infere-se da proposta de Silva Ferrão de que resultou a actual redacção do preceito, em vez da correspondente do art.º 1.990.º do Projecto, que nunca admitia o repúdio da porção acrescida, a não ser que também se repudiasse a porção inicial. Ora o receio daquelas consequências injustas não tinha fundamento real, pois a responsabilidade do herdeiro nunca poderia, pela própria mecânica das disposições legais (art.ºs 1.793.º e 2.019.º), ultrapassar o valor acrescido, uma vez que fossem autónomas as duas vocações, de modo que tal receio só pode explicar-se dentro dos quadros do não-decrescer.

O Prof. Pires de Lima, aceitando esta explicação (75), não tira, contudo, dela as mesmas consequências que nós, e isto porque, além de explicar as coisas por um equívoco de Silva Ferrão, acrescenta que de qualquer modo o art.º 1.856.º é um enxerto na matéria que não pode alterar os princípios que a dominam no sentido de que a lei consagrou um verdadeiro direito de crescer; e também, continua, nenhum argumento pode tirar-se do art.º 1.990.º do Projecto, que nunca admitia o repúdio da porção acrescida, no sentido de que estamos perante um fenómeno de não-decrescer, porque tal preceito é excepcional, além de que seria uma disposição inteiramente inútil dentro da lógica do não-decrescer.

(75) *Alguns aspectos do crescer em sucessão testamentária*, págs. 13 e 14.

A verdade, porém, é que estas últimas considerações se nos apresentam de uma fragilidade manifesta. Na realidade, é caso para perguntar: aonde estão esses princípios dominantes no sentido do crescer? Naturalmente, o Prof. Pires de Lima quer referir-se ao facto de o crescer ter lugar *cum onere* e, talvez, à abolição do sistema das *conjunctiones*, isto é, tem em vista aquilo que nós já começamos por demonstrar nada ter necessariamente com o crescer ou com o não-decrescer (conjunções), bem como ainda aquilo que nós já demonstrámos ser dominante e permanente nos quadros do não-decrescer (o crescer *cum onere*). E, sendo assim, temos de concluir, ao contrário do que pretende o Prof. Pires de Lima, que o art.º 1.856.º, longe de ser um enxerto nos princípios dominantes da matéria, antes se harmoniza perfeitamente com eles, uma vez que tais princípios correspondem plenamente ao esquema do não-decrescer. Deste modo, o art.º 1.856.º nada tem de excepcional, nem, em globo, em relação aos princípios informadores da matéria, nem, mais restritamente, em relação ao ponto concreto por ele considerado, pois estabelece a regra de que não é permitido o repúdio da porção acrescida, tal como o exige um regime puro de não-decrescer.

Procurando esclarecer mais uma vez as realidades do nosso direito positivo, não queremos deixar de referir, a título de exemplo, o que estabelece o Código Civil Chileno, de 14 de Dezembro de 1855, o qual, baseando o crescer nos moldes clássicos, consagra uma solução que mostra não ser de modo nenhum incompatível com o não-decrescer, a possibilidade de repúdio da porção acrescida. Dispõe, com efeito, o seu art.º 1.151.º: «O consignatário poderá conservar a sua própria porção e repudiar a que se lhe defere por acrescimento; não pode contudo repudiar a primeira e aceitar a segunda».

Aliás, o próprio direito romano também admitia excepcionalmente o repúdio da porção acrescida (D. 29, 2,61).

Temos aqui um índice de quanto é ousado falar rigidamente em soluções inconcebíveis nesta matéria, tão especial e cheia de particularidades, do crescer.

Por último não queremos deixar de fazer uma observação que, ao mesmo tempo que vem à laia de síntese de tudo o que se expôs, põe bem à luz o absurdo lógico da tese oposta à nossa, que se revelaria, porventura, na maior parte dos casos. Tal tese, efectivamente, leva, logicamente, à seguinte afirmação: há direito de crescer...

quando não há direito de crescer. Expliquemos. Na referida orientação a nossa lei teria consagrado um verdadeiro direito de crescer, portanto, uma segunda vocação; ora o que há de característico e individualizador na vocação é justamente o direito de suceder, isto é, o direito de aceitar ou repudiar (76); sendo, assim, desaparecido o direito de aceitar ou repudiar, desaparecido o direito de suceder (como sucede na generalidade das hipóteses pelo art.º 1.856.º), é caso para perguntar: onde está a vocação autónoma, onde está, portanto, o direito de crescer?

c) Da análise que ficou feita da doutrina do Prof. Galvão Teles, concluímos não ser possível aceitar a tese de que o Código Civil consagrou um verdadeiro direito de crescer, pelo menos com fundamento apenas na argumentação expendida pelo referido Professor. Podemos mesmo acrescentar desde já que, em nossa opinião, nem pelo caminho trilhado pelo ilustre Mestre, nem por qualquer outro, se pode chegar a tal solução, porque outra é imposta pelas realidades legislativas.

Bem assim, fica prejudicada a noção de crescer dada pelo Prof. Galvão Teles, e por nós já referida, já que tal noção tem na sua base a ideia de que o Código consagrou um verdadeiro direito de crescer. Por outro lado, prejudicada fica a possibilidade de aplicar ao crescer, nos termos gerais de direito, princípios de substituição vulgar, a cujo esquema poderia, substancialmente reconduzir-se aquele fenómeno, se fosse viável o ponto de vista segundo o qual se trata de um verdadeiro crescer. Designadamente, não pode entender-se que «se o titular do direito de crescer falecer antes do crescimento se efetivar, não aproveitará este aos seus herdeiros...», pelo menos, não poderá aceitar-se tal solução com base na natureza de substituição vulgar presumida por lei atribuída ao crescer.

Disto, porém, se dirá no momento oportuno.

(76) Ver, designadamente, Prof. Galvão Teles, *Teoria Geral do Fenómeno Jurídico Sucessório*, págs. 45 e seguintes.

42 — **Doutrina corrente. Tal como é sustentada pelo Prof. Pires de Lima (77): a) Exposição ; b) Apreciação crítica ; c) Conclusões.**

a) Como o Prof. Galvão Teles, entende o Prof. Pires de Lima que os art.ºs 1.852.º e segs. do Código Civil dão vida a um verdadeiro direito de crescer. No entanto, como os caminhos seguidos pelos ilustres Mestres, para chegar a tal solução, nem sempre coincidem, entendemos por bem considerar separadamente as suas doutrinas. Isto, além de que o alcance atribuído pelos dois Professores ao crescer, consignado naqueles preceitos, é muito diverso.

A posição do Prof. Pires de Lima é nítida: «Entre as ideias mestras em que assenta modernamente toda a construção do direito de crescer, há uma sobre a qual vai incidir de começo a nossa atenção — a de que se consagrou na lei um verdadeiro direito de crescer...» (78). Esta a tese. Vejamos a sua fundamentação.

O germe da doutrina já pode vislumbrar-se no citado artigo, publicado na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, artigo em que se faz o estudo do fenómeno do crescer em sucessão legítima.

A primeira razão invocada pelo Prof. Pires de Lima em abono da sua tese, pode sintetizar-se do seguinte modo: o fundamento do crescer em sucessão testamentária é diferente do fundamento do crescer em sucessão legítima; nesta o fenómeno apresenta-se sob a forma de não-decrescer; naquela, visto que o fundamento é diverso, também diversa tem de ser a natureza do fenómeno.

Isto é o que pode inferir-se das muitas considerações feitas pelo citado Professor, as quais nos abtemos de referir, para não nos deixarmos arrastar longe de mais, além de que algumas delas teremos de concretizar quando analisarmos o alcance desta razão. Não queremos, todavia, deixar de transcrever as duas passagens que se seguem, por serem suficientemente elucidativas: «Demonstrado que o fundamento real do instituto é a presumida vontade do testador, fica também demonstrado que há necessidade de imprimir ao fenómeno em sucessão legítima natureza diferente, pois não há uma vontade

(77) *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 72, págs. 373 e segs.; *Alguns aspectos do crescer em sucessão testamentária*, págs. 9 e seguintes.

(78) *Opusc. cit.*, pág. 9.

testamentária a respeitar nas vocações legais...» (79); «...o problema do crescer em sucessão legítima, afastada aquela razão que lhe imprime particular carácter na sucessão testamentária — a presumida vontade do testador — estava resolvido...» (80).

Ainda do citado artigo, publicado na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, se extrai uma outra razão, invocada pelo Prof. Pires de Lima, no sentido da posição tomada. O verdadeiro direito de crescer, diz-se, implica a existência de uma quota vaga, atribuída a outros sucessores por virtude da lei; a ideia da quota vaga supõe uma vocação que se não efectiva, ou porque o chamado já tinha morrido no momento da abertura da sucessão, ou porque repudiou, etc.; ora tal, rigorosamente, não pode verificar-se na sucessão legítima.

Ao passo que estas duas razões, a que acabamos de referir-nos, foram aduzidas pelo Prof. Pires de Lima, por assim dizer, incidentalmente, já que o artigo, mais de uma vez referido, visa directamente o estudo do fenómeno do crescer em sucessão legítima, as outras, que passamos a considerar, foram, ao contrário, invocadas ao tratar *ex-professo* do crescer em sucessão testamentária, no também já citado opúsculo. Vejamo-las.

A principal dessas razões reside em que, se os art.^{os} 1.852.^o e segs. consagrassem um não-decrescer, teriam de ser totalmente diversas as soluções por tais preceitos impostas. Aproximando-se das realidades legais, procura o Prof. Pires de Lima concretizar aquela razão, genéricamente formulada.

Os herdeiros legítimos têm, em qualquer caso, vocação com potencialidade para absorver toda a herança (art.^o 1.968.^o); sendo assim, se alguém pudesse invocar um direito de não-decrescer, quando ele não pudesse ser invocado pelos herdeiros testamentários, seriam os herdeiros legítimos; e, no entanto, a lei apenas faz beneficiar do crescer os herdeiros instituídos, revelando, assim, ter adoptado uma solução contrária à tradicional, isto é, ao não-decrescer. Esta uma primeira concretização da ideia geral atrás referida.

A herança, quer deferida por sucessão legítima, quer testamentária, absorve a totalidade do património hereditário, e, por isso mesmo,

(79) *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 72, pág. 388.

(80) *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 72, pág. 389.

é ela que responde pelo cumprimento dos legados ; sendo assim, uma vez que não fosse aceite um legado, *toda a herança* devia beneficiar de tal legado, dado o seu poder virtual de tudo absorver ; e, no entanto, os beneficiários são apenas os herdeiros instituídos — é esta pelo menos a opinião do Prof. Pires de Lima —, sintoma seguro de que esse benefício não se efectiva através do poder de expansão da vocação dos herdeiros instituídos, já que de tal expansibilidade também é dotada a vocação dos herdeiros legítimos. Trata-se, como facilmente se vê, de um argumento do mesmo género do anterior.

Por último, e na mesma orientação do Prof. Galvão Teles, chama o Prof. Pires de Lima, em abono da tese aos dois ilustres Mestres comum, a doutrina consignada nos art.^{os} 1.855.º e 1.856.º, a qual estaria mais de harmonia com a configuração de um verdadeiro acrescer.

Esta a doutrina e respectiva fundamentação, a cuja apreciação vamos proceder.

b) Cumpre, antes de mais, chamar a atenção para o facto de o Prof. Pires de Lima não ter reproduzido, no opúsculo sobre o acrescer em sucessão testamentária, as duas primeiras razões por nós referidas, e que anteriormente tinham sido invocadas no sentido da tese que mais tarde o ilustre Professor veio a defender *ex-professo*.

Tal omissão tanto pode significar ter evoluído o pensamento do Prof. Pires de Lima de modo a deixar-lhes de atribuir qualquer valor para fundamentar a tese defendida, como pode significar ter-se julgado desnecessário voltar àquilo que já uma vez se escrevera. O certo, porém, é que, dada a possibilidade desta dupla interpretação, cumpre ajuizar do alcance de tais razões.

O fundamento do acrescer em sucessão testamentária e em sucessão legítima é diverso ; nesta o fenómeno apresenta-se como um não-decrescer ; consequentemente, idêntica natureza não pode ter naquela, dada a citada diversidade de fundamentos.

Será correcta a conclusão que das premissas postas se tira ? Ou, melhor, será exacto que a diversidade de fundamentos implica necessariamente uma diversidade de naturezas de institutos ?

Não hesitamos em dar a resposta negativa. O problema em causa consiste em averiguar como foi *têcnicamente* construído o instituto do acrescer, isto é, se foi construído como um verdadeiro acrescer

ou antes como um mero fenómeno de não-decrescer. Ora, qual é a razão que impede uma identidade de construção técnica de institutos, posto que com fundamentos diversos? Parece-nos evidente que semelhantes ou idênticos processos técnicos podem servir para dar realização a fins diversos. A identidade de meios não implica a identidade de fundamentos, pois trata-se de aspectos distintos.

O valor destas considerações parece-nos incontestável. Esse valor aparece, porém, a plena luz se nos aproximarmos mais do argumento aduzido, o qual é susceptível, no aspecto que nos interessa, de uma dupla interpretação. Efectivamente, pode entender-se que o fundamento do crescer em sucessão testamentária implica que se trate de um verdadeiro crescer porque tal fundamento é incompatível com a configuração do fenómeno como um não-decrescer, ou porque esta configuração corresponde a outro fundamento, isto é, àquele que tem em sucessão legítima.

O único entendimento que, em abstracto, poderia atribuir alguma viabilidade ao argumento seria o primeiro. A segunda interpretação apresenta-se-nos mesmo quase como absurda, já que, dentro dela, o argumento seria caracterizado pela sua relatividade, isto é, teria ou não valor consoante existisse ou não um fenómeno de não-decrescer em sucessão legítima, de modo que, se amanhã fosse suprimido o não-decrescer em sucessão legítima (hipótese, aliás, inverosímil), já não seria possível argumentar pelo confronto e consequentemente o crescer em sucessão testamentária já poderia ser... não-decrescer. Não obstante isto, a insistência com que o Prof. Pires de Lima se socorre do confronto com o que sucede em sucessão legítima é susceptível de levantar as suas dúvidas...

Localizemo-nos, por conseguinte, na interpretação que, logicamente, é a única viável: a existência do não-decrescer em sucessão testamentária é incompatível com o fundamento do instituto em tal espécie de sucessão, isto é, com a presumida vontade do testador.

Basta pôr as coisas neste pé, para imediatamente ressaltar o infundado de tal afirmação, só a inversa sendo verdadeira. Com efeito, como se procurará demonstrar — e é esse um ponto que consideramos fulcral na nossa construção — a configuração do crescer que mais *naturalmente* se harmoniza com estar o seu fundamento na presumida vontade do testador, é justamente a configuração de um não-decrescer. E não foi ao acaso que as nossas investigações se

orientaram nesse sentido e nos levaram a tal conclusão. Muito ao contrário, aquilo que nos determinou foi antes a análise detida das diferentes realidades legislativas. Na verdade, se olharmos para o passado, com que deparamos? Com este dado impressionantemente constante: o não-decrescer indo enraizar-se na presumida vontade do testador. Foi assim que sucedeu no direito romano, abstraindo do que se verificava com o princípio *nemo pro parte testatus...*; e logo que o crescer se desligou da presumida vontade do testador (leis caducárias), logo, segundo a melhor opinião, passou a revestir a natureza de um verdadeiro crescer.

E não é menos significativo o que se passa com as legislações modernas, na maioria das quais, sendo incontestável a consagração de um não-decrescer, tal fenómeno é reconduzido à vontade presumida do testador, em algumas delas expressamente (81). E os autores que, à face de algumas de tais legislações, procuram dar um fundamento «mais científico» ao crescer, nada mais fazem do que deslocar o problema, pois reconhecem normalmente ter sido a razão inspiradora do legislador, ao consagrar o crescer, dar realização à presumida vontade do testador (82).

É, pois, caso para perguntar: donde se deduz a incompatibilidade do não-acrescer com o residir o seu fundamento na presumida vontade do testador?

Não nos parece, pois, que o argumento do Prof. Pires de Lima traga qualquer contribuição efectiva para o esclarecimento do problema, e isto apesar do referido Professor considerar o facto de o crescer em se fundar na presumida vontade do testador «...aquela razão que lhe atribui particular carácter na sucessão testamentária...»

A fragilidade do argumento revela-se, aliás, a cada passo na série de raciocínios e considerações mais menos complicadas, através de que se desenvolve o pensamento do Prof. Pires de Lima.

Assim é que, não obstante tudo o que vem de dizer-se, parece que para este Professor o crescer como mera solução lógica da lei, independente da vontade presumida do testador, como consequência fatal de certa posição atribuída aos herdeiros e legatários, nada mais

(81) V. g., Código Argentino, de 29 de Setembro de 1869, art.º 3.811.º

(82) V. g., Ricci, *Corso Teorico-pratico di diritto civile*, págs. 905-906.

e de que um dos prismas por que pode ser olhada aquela realidade a que se chama não-decrescer. Com efeito, referindo-se às diferentes doutrinas que procuram justificar o crescer através de certa posição atribuída aos beneficiários respectivos, isto é, às doutrinas puramente legalistas, as afasta com a consideração de que, se a nossa lei quisesse fixar as soluções puramente lógicas, consequência da tal posição atribuída aos beneficiados, se quisesse «sem se preocupar com a vontade testamentária assegurar o tal direito de não-decrescer teria mantido o mesmo eloquente silêncio que manteve em matéria de sucessão legítima» (83).

Parece resultar daqui que o tal fundamento de fenómeno do crescer puramente lógico e legalista e a ideia de não-decrescer são dois aspectos de uma mesma realidade, ideia manifestamente desmentida por todas as legislações em que se consagrou um não-decrescer, não obstante o seu fundamento não ser puramente legal, mas residir antes na vontade presumida do testador.

As consequências que o Prof. Pires de Lima tira dos textos legais ultrapassam o que por estes é permitido. O que se demonstra com as diferentes disposições da lei invocadas é apenas isto: que o crescer na sucessão testamentária, à face do nosso Código Civil, bem como de outras legislações, não representa uma solução puramente jurídica. Mas aceitando isto, aceitando que o crescer se fundamenta na vontade presumida do testador, isso de maneira nenhuma implica que tenha de ter necessariamente a natureza de um verdadeiro crescer. Quanto a este aspecto, o problema fica no mesmo pé, sendo preciso indagar outras razões de decidir.

Outras considerações, nesta mesma orientação poderiam ainda fazer-se, sobre o estudo do Prof. Pires de Lima. Já fomos longe de mais, e, por isso, limitamo-nos a acrescentar que, a ser procedente o argumento em discussão, isso implicaria a refundição de toda a elaboração doutrinal feita sobre a maioria das legislações. Com efeito, na maior parte das legislações estrangeiras os moldes em que a sucessão legítima é consagrada não se afastam substancialmente dos adoptados pelo nosso Código Civil, de modo que também nelas seria possível formular o argumento aduzido.

A fechar, não deixaremos de notar que o próprio Prof. Pires de

(83) *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 72, págs. 387-388.

Lima sustenta existir no nosso direito positivo, ao lado do direito de crescer, um mero fenómeno de não-decrescer, o qual vai encontrar o seu fundamento... na vontade presumida do testador, como melhor se verá na sequência do nosso estudo.

O segundo argumento com que se abona a tese do Prof. Pires de Lima é o de que, ao passo que na sucessão testamentária haveria verdadeiras quotas vagas aptas a um verdadeiro crescer, na sucessão legítima não existiriam tais quotas vagas e, por isso, é que aqui apenas podia falar-se de um mero não-decrescer.

É esta uma das ideias com que insistentemente joga o ilustre Mestre, de modo que cumpre analisá-la com o devido cuidado, designadamente porque se trata, em nosso entender, de uma expressão sem conteúdo, ou melhor, sem conteúdo relevante no sentido pretendido.

Para que possa aquilatar-se do alcance desta razão, necessário se torna averiguar, primeiro, o que é para o Prof. Pires de Lima quota vaga, e depois se, efectivamente, pode falar-se de tal em relação à sucessão testamentária em termos tais que impliquem um verdadeiro crescer, em contraposição ao mero não-decrescer de sucessão legítima.

Nem sempre resulta com clareza da exposição o que, no entender do Prof. Pires de Lima, deve entender-se por quota vaga. Refere com frequência tal expressão, mas sem ir longe em concretizações. Na medida, porém, em que julgamos poder extrair-se de tais referências uma ideia acerca do que seja quota vaga, cremos poder concluir pelo seu nulo alcance em vista da resolução do problema em causa. Senão vejamos.

Em duas emergências, fundamentalmente, fala o Prof. Pires de Lima em quotas vagas. Em determinado passo, exprime-se nos seguintes termos: «O direito de crescer pròpriamente dito supõe uma quota vaga que, por força da lei, é atribuída a certos sucessíveis. Ora a ideia de quota vaga supõe, por seu turno, uma vocação que não se efectiva, ou porque o chamado já tinha falecido, no momento da morte do *de cuius*, ou porque não pôde aceitar a herança ou legado, ou porque repudiou, etc., coisa que em rigor não pode verificar-se na sucessão legítima» (84).

(84) *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, págs. 388-389.

Noutras emergências, o Prof. Pires de Lima não diz de modo positivo o que é quota vaga, mas, sem formular um conceito, limita-se a referir quando há e quando não há quota vaga. Para bem se compreender isto necessário se torna desde já, embora antecipando, focar uma outra faceta do pensamento do referido Professor. Segundo ele, o facto de os art.^{os} 1.852.^o e segs. consagrarem um verdadeiro direito de crescer, não obsta a que, a par deste, se desenvolva também um mero não-decrescer, restringindo em muito o seu alcance. Isto é, existiria entre nós também um não-decrescer, que não estaria, contudo, consagrado naqueles art.^{os} 1.852.^o e segs. (85). E, para já, basta-nos referir isto.

Ora, a partir daqui, entende o Prof. Pires de Lima que, quando possa concluir-se pela existência de alguma vocação com virtualidade para absorver por um simples não-decrescer aquilo que algum ou alguns dos herdeiros ou legatários, não pôde ou não quis receber, os art.^{os} 1.852.^o e segs. não funcionarão, isto é, o direito de crescer não terá lugar, e isto porque pressupõe a existência de uma quota vaga, e de tal não pode falar-se se uma outra vocação já potencialmente abrangia a parte que um dos beneficiados não quis ou não pôde aceitar.

Em face disto, logo se vê a verdade da afirmação por nós feita de que, em certas emergências, a noção de quota vaga é delimitada negativamente. De facto, não se diz o que é quota vaga, mas apenas que não há quota vaga quando uma outra vocação seja dotada do poder de se expandir àquelas partes não adquiridas, absorvendo-as. Esta delimitação negativa é facilmente apreensível em várias passagens do já citado opúsculo.

Postos assim os dados que nos fornecem os escritos do Prof. Pires de Lima, surge naturalmente a pergunta : Quando existe, afinal, uma quota vaga ? Quando uma vocação se não efectiva ? Quando nenhuma outra vocação é dotada de expansibilidade para absorver a porção não adquirida ? Ou, ainda, quando se verifiquem cumulativamente estas duas circunstâncias ?

Olhando, isoladamente, as diversas referências a quota vaga, qualquer das respostas afirmativas é possível. É evidente, todavia, que ou aqueles diferentes modos de aludir a quota vaga correspondem

apenas a diversas formas de exprimir uma mesma realidade, ou, então, tal não sucedendo, parece não oferecer dúvidas que a noção de quota vaga há-de resultar da conjugação dos diferentes elementos fornecidos. Como, porém, se nos apresenta ainda como evidente não serem os dois modos de referir o que seja quota vaga apenas duas formas de exprimir uma mesma realidade, somos levados a concluir que, para que de quota vaga possa falar-se, no entender do Prof. Pires de Lima, é necessário, primeiro, que se não efective uma vocação, segundo, que a deixe nula, ineficaz ou caduca não seja absorvida por uma outra vocação.

Averiguado qual o conceito de quota vaga envolvido pela construção do Prof. Pires de Lima, cabe analisá-lo, em função da dupla delimitação feita, em ordem a determinar se de tal conceito pode deduzir-se uma natureza do crescer em sucessão testamentária diversa daquela que tal fenómeno apresenta em sucessão legítima.

A quota vaga supõe uma vocação que se não efectiva, o que rigorosamente não pode verificar-se em sucessão legítima, sustenta o Prof. Pires de Lima. Será exacta a afirmação? Cremos firmemente que não. A entender-se de tal modo a expressão quota vaga, ela tem aplicabilidade exactamente nos mesmos termos em sucessão testamentária e em sucessão legítima. Na verdade, se existe quota vaga quando uma vocação se não efectiva, por que é que de tal não pode falar-se a propósito da sucessão legítima? Porventura, não pode verificar-se na sucessão legítima a não efectivação de uma vocação? É incontestável que pode. Como na sucessão testamentária, há na sucessão legítima, em relação a cada fenómeno de sucessão, uma designação concreta virtual, que pode ou não, consoante as circunstâncias, vir a desenvolver-se numa designação concreta real, numa vocação. O facto de, a respeito da sucessão legítima, aquela designação ser feita pela lei, e não por um acto de vontade do *de cuius*, não envolve qualquer alteração de estrutura na designação; trata-se tão-sòmente de uma diversidade de fontes. O testamento, é claro, supõe certas e determinadas pessoas, a pessoa A, por hipótese o testador, e as pessoas B, C..., beneficiadas; a designação é, portanto, de pessoas determinadas, é uma designação concreta. Porém, é exactamente a mesma a posição das realidades na sucessão legítima, quando olharmos, em paralelo com o testamento, a designação feita pela lei em relação a cada caso concreto; a lei indica os sucessíveis legítimos abstracta-

mente, mas esses sucessíveis não deixam de ser em cada caso as pessoas D, E..., isto é, as pessoas em relação às quais se produziu determinado facto designativo, por lei previsto.

Ora esta designação estruturalmente idêntica na sucessão testamentária e na legítima, pode, nos mesmos termos e pelas mesmas circunstâncias em ambas as espécies de sucessão, transformar-se ou não em vocação sucessória. Isto é, a quota vaga como realidade que apenas supõe uma vocação que se não efectiva é conceito igualmente aplicável, e nos mesmos termos, na sucessão testamentária e na legítima, já que em qualquer das duas espécies pode não se efectivar uma vocação (86). Aliás, não parece ser com inteira segurança que o Prof. Pires de Lima faz a afirmação, a que vimos de nos referir, já que apenas diz não poder «em rigor» falar-se de quota vaga na sucessão legítima.

Sob este aspecto, por conseguinte, tanto pode falar-se de quota vaga na sucessão testamentária como na legítima.

Se agora olharmos o conceito de quota vaga como uma realidade (não sabemos bem o quê...) que surge quando, não sendo aceita uma parte da herança, ela não é todavia absorvida por qualquer outra vocação, fácil é ver o nulo interesse de tal afirmação em ordem a esclarecer a natureza do acrescer consagrado nos art.ºs 1.852.º e segs.. Além de que, como será desenvolvido, dentro de tal pensamento, bem como dentro da lógica de construção do Prof. Pires de Lima, nunca existiria quota vaga porque sempre haveria uma vocação com virtualidade para absorver as porções não adquiridas, além disto, o único argumento que poderia com base em tal delimitação do conceito de quota vaga formular-se em vista do fim pretendido seria o seguinte: os art.ºs 1.852.º e segs. consagram um verdadeiro direito de acrescer porque este existe quando há quota vaga, e esta existe quando não há qualquer outra vocação que absorva as porções não aceitas, isto é, quando não há um fenómeno de não-decrescer. Logo se vê, porém, que isto nem argumento chega a ser, e envolve uma flagrante petição de princípio: há direito de acrescer quando... não há um fenómeno de não-decrescer.

(86) Recordá-se, designadamente, o que se passa na sucessão representativa; ver Prof. Galvão Teles, *ob. cit.*, pág. 263.

Para o fim que de momento nos interessa, cremos serem suficientes as considerações feitas para revelar o que há de artificial no conceito de quota vaga. Trata-se efectivamente de uma fórmula sem qualquer conteúdo específico na sucessão testamentária, de que possa tirar-se contribuição real no intuito de esclarecer o fenómeno do crescer.

Segue-se analisar os outros argumentos em que o Prof. Pires de Lima fundamenta a sua tese, argumentos esses formulados no citado opúsculo.

Um das dessas razões consiste, como se disse, em fazer ressaltar, por um lado, a potencialidade da vocação dos herdeiros legítimos para absorver a totalidade da herança, e, por outro, o facto de o crescer nunca beneficiar tais herdeiros, mas apenas os testamentários, para concluir que tal benefício não pode efectivar-se através de um mero não-decrescer, pois, de contrário, também os herdeiros legítimos dele poderiam aproveitar.

O alcance que se pretende atribuir ao argumento não se nos apresenta claro; os termos um tanto dúbios em que é formulado impõem que se busquem outros elementos do texto que ajudem a esclarecer tal alcance.

Um dos dados em que assenta o argumento é o de que os herdeiros legítimos nunca podem invocar em seu benefício um não-decrescer. É isto que logo ressalta dos próprios termos em que se desenvolve o raciocínio, e que pode abonar-se em passagens como esta: «Qualquer que seja a natureza atribuída ao direito de crescer no domínio da sucessão legítima ou no domínio da sucessão testamentária, a hipótese do art.º 1.968.º citado, como a da primeira parte do art.º 1.972.º, nunca caberiam no âmbito daquele instituto, que sempre supõe um aumento dos direitos hereditários de certos herdeiros. São hipóteses de devolução de herança a pessoas que nenhum direito tinham a ela se não fossem as circunstâncias previstas, o que já é um aspecto novo e diferente do fenómeno sucessório, e que surge somente quando se esgota o meio de crescer» (87). É, fundamentalmente, este o sentido para que também nos inclinamos. E, dentro desta base, sem entrar ainda a analisá-lo, por dentro, o argumento

(87) *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 72, pág. 375, nota 3.

delinea-se correctamente, pois os herdeiros legítimos quando beneficiam da parte da herança que, em princípio, devia deferir-se a título de sucessão testamentária, nunca obtém tal benefício por um não-decrescer.

No entanto, outras afirmações do mesmo Professor podem suscitar legítimas dúvidas. Atente-se, por exemplo, no seguinte passo, contido no opúsculo, onde também é deduzido o argumento: «... O direito de crescer começa onde acaba, onde deve acabar o direito de não-decrescer, e o legislador, cremos que bastante bem, entendeu que este não devia acabar nos casos duvidosos a que acima nos referimos, e por isso chamou os herdeiros legítimos à sucessão das deixas testamentárias, só na aparência vagas, *mas que potencialmente lhes pertencem*» (88). Parece resultar daqui com clareza que os herdeiros legítimos, quando recebem as deixas testamentárias caducas ou ineficazes, tal sucede por virtude de um não-decrescer, o que se nos apresenta com flagrante contradição com a afirmação de que «... a hipótese do art.º 1.968.º citado..., nunca caberia no âmbito daquele instituto (do crescer)...». Isto é, quando se procura demonstrar consagrarem os art.ºs 1.852.º e segs. um verdadeiro crescer, alega-se que se, ao contrário, aí se desenhasse um não-decrescer, também de tal deviam beneficiar os herdeiros legítimos, *quando os testamentários não aproveitassem*, o que efectivamente não acontece; depois de se ter assentado em que os art.ºs 1.852.º e segs. consagram um crescer pròpriamente dito, vem-se afirmar não apenas que os herdeiros legítimos beneficiam de um não-decrescer, quando de tal não beneficiem os testamentários, mas vai-se ainda mais longe, pois, como se verá, admite-se um não-decrescer a favor dos herdeiros legítimos em termos tão amplos que o campo de acção do fenómeno consignado nos art.ºs 1.852.º e segs. se restringe ao ponto de se lhe atribuir a qualificação de excepcional...!

Deixemos, porém, este ponto já que o argumento também é vulnerável com o alcance que os seus termos directamente inculcam.

Será legítimo tirar das premissas postas a conclusão que o Professor Pires de Lima deduz? Isto é, o facto de os herdeiros legítimos nunca beneficiarem de um não-decrescer, mesmo subsidiariamente,

implicará que os herdeiros testamentários também não possam obter as deixas não adquiridas através de tal processo técnico? Cremos que não. O Prof. Pires de Lima limita-se a reafirmar o que a lei diz : o fenómeno do crescer circunscreve-se no âmbito da sucessão testamentária. Todavia, quanto ao problema de saber em que termos aí se circunscreve, as coisas ficam no mesmo pé, nada podendo concluir-se do facto de sistematicamente se negar o não-decrescer aos herdeiros legítimos.

Pode dizer-se : mas, se há alguém com vocação dotada de virtualidade para tudo absorver, são justamente os herdeiros legítimos. Todavia isso é que falta demonstrar ; é a lei que diz até onde vai a potencialidade de tal vocação e não nós ; e da lei só pode extrair-se um dado incontestável, qual seja o de que os herdeiros legítimos têm uma vocação expansível a tudo *o que se defere a título de sucessão legítima*. Na medida em que ultrapasse este limite cai-se numa manifesta petição de princípio. Isto é, o Prof. Pires de Lima aceita que, se alguém tem vocação ao todo, são os herdeiros legítimos, os quais deveriam, por isso, gozar de um não-decrescer ; reconhece, todavia, que tal não sucede no que respeita à parte que por sucessão testamentária se devia deferir ; e conclui que, porque é assim, os herdeiros testamentários não podem receber as porções não adquiridas por um simples não-decrescer. Ora, se alguma conclusão poderia tirar-se daquelas premissas, parece que seria esta : os herdeiros legítimos não têm vocação a toda a herança porque, se tivessem deviam gozar de um não-decrescer, mesmo em relação às deixas testamentárias não-adquiridas.

A solução mais lógica é esta : assim como os herdeiros legítimos gozam do benefício do não-decrescer, mas limitado à sucessão legítima, assim os herdeiros testamentários gozam de um não-decrescer limitado à sucessão testamentária. O raciocínio enferma daquele vício, que já fizemos ressaltar, isto é, do vício de assentar em que uma vocação dotada de poder de expansibilidade para além daquilo que, em princípio, ao respectivo sujeito apenas devia caber, tem de possuir tal característica em absoluto, isto é, aquela expansibilidade tem de ser total.

Mas aceitemos, para efeitos de discussão, que, efectivamente, os herdeiros legítimos têm vocação a toda a herança. Mesmo assim é fácil descobrir, sem prejuízo de um eventual fenómeno de não-decres-

cer entre herdeiros testamentários, a razão por que os herdeiros legítimos não podem beneficiar de um não-decrescer em relação à massa de que se dispôs por testamento. Com efeito, atribuída aquela característica à vocação dos herdeiros legítimos, mesmo então, o *menos* que se poderia conceder era que entre os herdeiros testamentários teria lugar um não-decrescer preferente, (o próprio Prof. Pires de Lima o aceita, quando, ao admitir a possibilidade de um não-decrescer em favor dos herdeiros legítimos, diz: «quando ele não pudesse ser invocado pelos herdeiros testamentários») como já se disse ao apreciar a doutrina do Prof. Galvão Teles. Suponhamos ainda que se esgotou a possibilidade de crescer entre herdeiros testamentários; devia surgir, por isso, um não-decrescer em benefício dos herdeiros legítimos, dado o poder de expansão da sua vocação, e, todavia, não surge. Porquê? A razão é simples. É que, uma vez esgotada a possibilidade de não-decrescer entre co-herdeiros testamentários, vão beneficiar os herdeiros legítimos, mas por força do próprio conceito de sucessão legítima (art.º 1.968.º), e não por virtude de qualquer pretensão não-decrescer.

Não queremos terminar as referências a este ponto sem fazer ainda uma observação. A considerar-se procedente o argumento do Prof. Pires de Lima, ter-se-ia de concluir pela impossibilidade sistemática de um fenómeno de não-decrescer entre herdeiros testamentários, pelo menos enquanto a sucessão legítima for moldada segundo o esquema hoje corrente. Efectivamente tal argumento poderia sempre invocar-se, fosse qual fosse o regime do crescer, designadamente podê-lo-ia ser em todas as outras legislações em que, sendo incontestável a existência de um não-decrescer, a sucessão legítima é vasada em quadros estruturalmente idênticos aos consagrados no nosso direito positivo. Na verdade, sendo certo, por um lado, que o fenómeno do crescer é limitado, por sistema, ao campo da sucessão testamentária, e, por outro, que, dada aquela estruturação corrente da sucessão legítima, sempre poderia dizer-se que, se alguns herdeiros tinham virtualidade para tudo absorver, eram os herdeiros legítimos, igualmente se teria de concluir não beneficiarem os herdeiros testamentários das deixas não adquiridas por um não-decrescer, mas sim por um verdadeiro e próprio crescer. Portanto, ainda que o nosso Código tivesse consagrado o crescer exactamente nos termos tradicionais, sempre poderia argumentar-se da maneira referida, pois sem-

pre subsistiriam as premissas que tal argumentação supõe: limitação do crescer aos chamados testamentariamente, e subsistência dos actuais quadros da sucessão legítima. Fazendo uma aplicação concreta, teríamos, designadamente, de concluir que, afinal, laboram em erro aqueles autores — que são todos — que sustentam ter tido o crescer no direito romano a configuração de um não-decrescer. Com efeito, segundo parece, a sucessão legítima tinha aí, no aspecto que nos interessa, a mesma configuração que actualmente, sendo do mesmo modo o crescer limitado aos chamados testamentariamente; em face disto, seria inevitável tirar a mesma conclusão que o Prof. Pires de Lima à face do nosso direito positivo. Isto, é claro, considerando aquela fase do direito romano em que já não vigorava o princípio *nemo pro parte testatus...*, pois na vigência deste o problema não se punha, por definição.

Uma outra razão que fundamentaria a sua tese é aquela que o Prof. Pires de Lima deduz do art.º 1.853.º do Código Civil: a herança, quer deferida por sucessão legítima, quer testamentária, absorve a totalidade do património hereditário, e, por isso mesmo, é ela que responde pelo cumprimento dos legados; sendo assim, uma vez que não fosse aceite um legado, toda a herança devia beneficiar de tal legado, dado o seu poder virtual de tudo absorver; e, no entanto, os beneficiários são apenas os herdeiros instituídos, sintoma seguro de que esse benefício não se efectiva através de um poder de expansão da vocação dos herdeiros instituídos, já que de tal expansibilidade é dotada a vocação dos herdeiros legítimos.

Trata-se de mais um argumento do género do anterior, e a que são aplicadas as considerações que a propósito deste se fizeram. Mais uma vez parece querer inculcar-se que os limites do poder de expansão das vocações dos herdeiros testamentários e legítimos têm de estar em correlação, quando nada há que o impunha. É ao legislador que compete dizer *quem*, e *dentro de que limites*, beneficia o crescer. Averiguado isto, é que se pergunta *como* se efectiva tal benefício, o que de maneira nenhuma depende de haver ou não outros chamados com vocação dotada de poder de expansão em relação a outras massas.

As outras razões invocadas pelo Prof. Pires de Lima são aquelas mesmas que já o Prof. Galvão Teles ia buscar aos art.ºs 1.855.º e 1.856.º.

Segundo ficou referido, na opinião dos ilustres Mestres, o regime estabelecido por tais preceitos harmonizar-se-ia melhor, pelo menos num ponto de vista puramente lógico, com a existência de um crescer, pròpriamente dito. Aqui limitamo-nos a repetir ter sido sempre tal regime, e continuar a ser, o consagrado noutras legislações em que é incontestável e incontestado apresentar-se o fenómeno como um simples não-decrescer. É impressionante a consonância de tais legislações neste sentido (89).

Algumas considerações, em especial, se impõe, todavia, fazer ainda acerca do art.º 1.856.º.

Como ficou dito, o regime regra consignado neste preceito quadra perfeitamente a um fenómeno de não-decrescer. No que respeita à excepção em tal preceito admitida, isto é, à possibilidade de repúdio da parte acrescida, quando onerada com encargos especiais, também já se deu a sua explicação em termos tais que não prejudicam o valor do argumento que da regra pode extrair-se em favor da tese do não-decrescer.

O Prof. Pires de Lima, contudo, procura neutralizar em certa medida o valor de tal regra, socorrendo-se do art.º 1.813.º do Código Civil, onde se dispõe: «... mas o herdeiro, que for ao mesmo tempo legatário, pode renunciar a herança e aceitar o legado, e vice-versa». Em face desta disposição, conclui que não pode considerar-se afastada, de modo que, se a parte acrescida for um legado, pode sempre o herdeiro repudiá-la, tenha ou não encargos especiais impostos pelo testador. Isto é, o argumento que formulamos em favor da tese do não-decrescer, partindo da regra do art.º 1.856.º, veria o seu alcance muito reduzido por virtude de limitações de duas ordens: tal regra não teria aplicação quando a parte acrescida tivesse encargos especiais impostos pelo testador, e isto quer se trate de crescer entre co-herdeiros, quer de legatários para herdeiros; não teria também aplicação, tratando-se de crescer de legatários para herdeiros, por força do art.º 1.813.º.

O certo, porém, é que a primeira destas limitações tem a sua explicação, como já foi dito, e a segunda não pode aceitar-se. O Prof. Pires de Lima não diz a razão por que «não pode considerar-se afas-

(89) Ver supra, págs. 142 e 143, bem como respectivas notas.

tada a parte final do art.º 1.813.º». Razões há, sim, mas é para afastar tal preceito. O art.º 1.813.º permite, de facto, que o herdeiro aceite a herança e repudie o legado com que também tenha sido beneficiado. E isto porquê? Justamente porque, conquanto tratando-se de uma mesma pessoa, o certo é que ela vem à sucessão por dois títulos diferentes como herdeiro e legatário, através, portanto de duas vocações autónomas, de dois direitos de suceder, de modo que se compreende perfeitamente, pelo menos em princípio, que ela exerça um em determinado sentido e o outro em sentido diverso. Ora, se o art.º 1.856.º abre uma derrogação ao art.º 1.813.º, a única coisa que podia concluir-se, mesmo dentro da ideia de que os art.ºs 1.852.º e segs. consagram um verdadeiro acrescer, seria que aquele preceito como disposição especial para os legados a obter por via do acrescer, prevalece sobre a disposição genérica, para todo os legados, do art.º 1.813.º. Mas, se caminhar-mos mais um pouco e formos averiguar qual a razão do art.º 1.853.º, a única conclusão legítima que pode tirar-se do seu confronto com o art.º 1.813.º é a de que se não permite o repúdio do legado acrescido justamente porque tal legado não cresce efectivamente, não beneficia os herdeiros por força da constituição de um novo direito de suceder. Tal legado já estava potencialmente contido na vocação do herdeiro, de modo que, exercido o direito de suceder em determinado sentido, não se compreende a possibilidade de vir depois exercer o *mesmo direito* em sentido diverso.

O Prof. Pires de Lima entende que os art.ºs 1.852.º e segs. consagram um verdadeiro acrescer, e, porque é assim, restringe o alcance do art.º 1.856.º, preceito especial para a matéria do acrescer, e mais de harmonia com um simples não-decrescer, e fá-lo através de um preceito que, visando hipóteses de uma mesma pessoa ser chamada por mais de uma vocação, por mais de um título, estabelece efectivamente um regime mais de harmonia com um direito de acrescer. No entanto, logo se vê o vício de que enferma o caminho seguido: os art.ºs 1.852.º e segs. consagram um acrescer pròpriamente dito, logo o art.º 1.856.º deve ser restringido no seu alcance pelo art.º 1.813.º, mais de harmonia com tal configuração do fenómeno; o art.º 1.856.º é restringido pelo art.º 1.813.º, logo os art.ºs 1.853.º e segs. estabelecem um verdadeiro acrescer...

c) Em face da análise feita da tese do Prof. Pires de Lima, cremos poder concluir não corresponder a opinião segundo a qual no nosso direito positivo existe um direito de crescer, em sentido próprio às realidades legislativas.

Tal afirmação será, aliás, melhor justificada ao procurarmos demonstrar em via positiva a natureza de não-decrescer do fenómeno regulado nos art.^{os} 1.852.º e segs.. Bem assim, melhor se ajuizará das doutrinas que acabam de ser expostas quando se considerarem, nos lugares adequados, outros dos seus aspectos.

43 — Doutrina defendida : os art.^{os} 1.852.º e segs. consagram um mero fenómeno de não-decrescer. A) Conceito do não-decrescer ; sua emancipação de certos elementos incaracterísticos.

A apreciação crítica das doutrinas desenvolvidamente expostas logo inculca que nos inclinamos no sentido de que os art.^{os} 1.852.º e segs. consagram um mero fenómeno de não-decrescer ou de não-decrescimento, seguindo, aliás, a orientação tradicional das legislações a este respeito.

Muitas das razões que nos levaram a tal conclusão ficaram já explícita ou implicitamente referidas em tudo aquilo que foi dito. Convém, todavia, procurar agora elaborar sistematicamente a doutrina, que cremos firmemente ser a boa, além do mais, pela razão de que ainda alguma coisa de novo há a dizer a este respeito.

É afirmação corrente a de que o *ius decrescendi*, aliás imprópria-mente chamado *ius*, como já se disse, pressupõe ou é fruto de uma *vocação conjunta*. E tal afirmação pode aceitar-se, uma vez que fique esclarecido o que por tal deva entender-se. Para nós, ela é indiscutível desde que por *vocação conjunta* se entenda aquela *vocação* que tem virtualidade para absorver mais do que aquilo que, em princípio, apenas devia competir ao respectivo chamado, na hipótese de todos os outros chamados efectivamente concorrem à sucessão. Mas *vocação conjunta*, como elemento do conceito do não-decrescer é *isto*, e apenas *isto*. Quanto a ser *isto*, é unânime a opinião dos autores ; o mesmo, todavia, já não pode dizer-se quanto a ser *apenas isto*, como, porventura, logo o inculcará o qualificativo «conjunto».

Para nós, por conseguinte, para que um sucessor beneficie de um não-decrescer, basta que ele pelo simples facto de ser chamado à sucessão fique, desde logo, potencialmente com direito a absorver, além daquilo a que directamente foi chamado, ainda aquilo que seria recebido por outro ou outros sucessíveis, se não se desse a circunstância de este ou estes não poderem ou não quererem aceitar as porções que lhes tinham sido destinadas. E é justamente porque o beneficiado, em virtude da verificação de tais circunstâncias, já tinha um direito dotado daquela expansibilidade, que se diz aproveitar ele das porções não adquiridas, não através de um verdadeiro e próprio direito de crescer, mas simplesmente através de um fenómeno de não-decrescer. Para impedir que ele absorvesse tais porções seria necessário fazer decrescer o seu direito, que, potencialmente, as já continha.

É esta a ideia focada pelos autores. Como já se insinuou, todavia, muitos deles não ficam por aqui, e vão mais longe, ligando o não-decrescer a mais alguma coisa que a simples potencialidade de uma vocação para absorver mais do que aquilo que, em princípio, devia caber ao respectivo chamado. Esse será mesmo, porventura, a razão da própria expressão usada: vocação conjunta.

Na verdade, autores há que, aceitando aquela ideia nuclear que ficou referida, como implicada pelo próprio conceito do não-decrescer, a cada passo fazem jogar tal ideia com uma outra realidade, qual seja a de determinadas formas de instituição ou nomeação, estabelecendo entre elas uma relação de lógica necessidade. Isto é, alguns autores, talvez influenciados pelo modo, histórica e espacialmente, mais corrente de construir a figura do não-decrescer, partindo daquela ideia base a que aludimos, ligam-na por sua vez a determinados tipos de instituição ou nomeação, que, fundamentalmente coincidem, com aqueles tipos de instituição envolvidos pelo tradicional sistema das *conjunctiones*; e fazem-no — pelo menos assim parece, às vezes — com o carácter de uma relação de lógica necessidade. Como, por via de regra, o não-decrescer é construído com base nas *conjunctiones*, compreende-se, até certo ponto, esta inclinação natural do espírito para atribuir o carácter de *necessário* àquilo que apenas é *normal*.

Em tais águas, parece-nos, também se já tem navegado entre nós. Assim, por exemplo, o Prof. Galvão Teles, afirmando que o direito de não-decrescer tem lugar quando o seu beneficiário recolha o acrescido

em resultado da força expansiva inerente à sua vocação pessoal (90), acrescenta mais adiante que «sendo intenção do legislador português fazer-se eco, nesta matéria, do provável querer do testador e só desse querer, não parece racional supor que pretendesse consagrar o *ius non decrescendi*, desde que não exigiu a forma idónea para exteriorizar a vontade de a esse direito dar existência» (91) (92). Parece, por conseguinte, supor-se que a tal força de expansão da vocação, e portanto, o não-decrescer, está dependente da tal forma idónea, que é «precisamente a forma conjunta» (93).

O facto que acabamos de acentuar nenhuma dificuldade suscita à face das legislações estrangeiras, o que facilmente se explica por tais legislações, em geral, assentarem, em termos mais ou menos semelhantes, o não-decrescer no sistema das *conjunctiones*. Isto explica ainda que os autores estrangeiros não façam qualquer alusão a dificuldades deste género. Entre nós, porém, assume a circunstância referida particular relevo, justamente porque o nosso Código Civil abandonou aquele sistema a que pretende ligar-se o fenómeno do não-decrescer.

Que o não-decrescer supõe uma vocação com aquela elasticidade a que nos temos referido, não há dúvidas. É esse o elemento definidor do próprio conceito do não-decrescer. Mas que tal vocação supõe determinado tipo de instituição, seria necessário demonstrá-lo, o que, aliás, não seria possível, pois tal afirmação é inexacta. O certo é que, parece, nem sequer se tentar ou pensar fazer tal demonstração. Assentou-se numa ideia preconcebida, e tiraram-se conclusões.

Já acentuámos que o não-decrescer, a vocação dotada daquela elasticidade por este implicada, não supõe, nem lógica, nem histórica, nem espacialmente, a instituição conjunta. Prometemos, então, concretizar mais estas afirmações.

Que não pressupõe logicamente, parece-nos claro. Já nos referimos a este ponto. Tal resulta, aliás, das próprias considerações his-

(90) *Ob. cit.*, pág. 220.

(91) O sublinhado é nosso.

(92) Referimos esta passagem da citada obra do Prof. Galvão Teles por ser a primeira que nos saltou aos olhos. O Prof. Pires de Lima transcreveu este mesmo passo em abono da sua orientação. *Opusc. cit.*, pág. 11.

(93) *Ob. cit.*, pág. 259.

tóricas e de direito comparado que se podem fazer no mesmo sentido. Efectivamente, como pode qualificar-se de pressuposto necessário de determinada realidade uma outra nem sequer chega a sê-lo, isto é, quem nem sequer se pode delimitar rigorosamente? Qual é a instituição conjunta capaz de gerar o não-decrescer? Aquela que a legislação A considere para tal eficaz? Ou antes a considerada pela legislação B?

Recorde-se o que se disse no mesmo sentido acerca do princípio *nemo pro parte testatus...*, e atente-se, por exemplo, nos preceitos que vão transcritos, e que o Código Suíço de 1819, estabelece sobre a epígrafe *Droit d'accroissement* (94):

Art.º 640.º — «*Lorsqu'il y a deux ou plusieurs héritiers d'une même succession et que l'un d'eux ne peut ou ne veut pas recueillir sa part, cette part accroît aux autres héritiers, dans la même proportion qu'ils on appellés a l'hérédité, et ils ne peuvent y renoncer qu'en renonçant en même temps à leur part héréditaire*».

Art.º 641.º — «*Toutefois lorsqu'un testateur a disposé sa succession par portions, et a appelé deux ou plusieurs héritiers conjointement pour l'une de ces portions, l'un de ces héritiers ne succèdent pas, sa part sera dévolue aux cohéritiers pour cette portion de preference aux autres héritiers*» (95).

Não nos foi dado tomar contacto com a doutrina sobre tais preceitos naturalmente elaborada. Todavia, o autor de cuja obra extraímos este elemento não deixa de considerar um e o mesmo fenómeno o regulado nestes preceitos (96).

Do art.º 640.º deste Código resulta nítido um não-decrescer com base na simples qualidade de herdeiro, independentemente de qualquer instituição conjunta. É essa a natureza do fenómeno regulado no art.º 641.º, e diversa não pode ser a daquele que o art.º 640.º prevê.

Temos presente uma possível objecção que poderia fazer-se a esta conclusão. Repetindo que desconhecemos a elaboração doutrinal acerca de tais preceitos, cremos, no entanto, fornecer a interpretação

(94) Bortolan, *ob. cit.*, págs. 107-108.

(95) Em sentido semelhante, ver Código Alemão de 1896, art.º 2.094.º, em Bortolan, *ob. cit.*, pág. 128.

(96) Bortolan, *ob. cit.*, pág. 108.

directa dos preceitos em causa elementos mais que suficientes para reafirmar a afirmação acima feita, pelo que nos abstermos de mais considerações a este respeito (97).

Poder-se-ia ainda invocar, para corroborar tudo que vem de dizer-se, o que se passa na sucessão legítima, onde se desenvolve um não-decrescer, independentemente de qualquer instituição conjunta (98).

Entre as *conjunctiones*, ou qualquer outro tipo de instituição ou nomeação, e o fenómeno do não-decrescer, não existe, pois, nenhum nexo incidível. Trata-se de realidades apenas normalmente concorrentes. O não-decrescer, no aspecto agora em causa, pressupõe, e pressupõe apenas, uma vocação com aquele poder de expansão, a que nos temos referido. A função das *conjunctiones*, quando relevantes, será esclarecida dentro em pouco.

Por outro lado, compreende-se facilmente que a extensão do não-decrescer, isto é, os limites do poder de expansão da vocação daquela definidora podem ser mais ou menos largos. Tal poder não tem necessariamente de ser extensível a toda a herança. Pode ser restrito a esta ou àquela parte dela, bem como ainda pode suceder que, em relação a determinada porção da massa hereditária, havendo mais de uma vocação com potencialidade para a absorver toda, haja, no entanto, certa ou certas vocações em que aquela potencialidade se revela mais intensa, nesse campo mais restrito, de tal modo que aquelas só possam tornar efectiva a sua potencialidade, quando tal não for possível por parte das últimas.

Pense-se, quanto ao primeiro aspecto — expansibilidade limitada a uma parte da herança — no que sucede quando não-decrescer assenta no puro sistema das *conjunctiones*. Em tais casos, efectivamente, o poder de expansão, que envolve o não-decrescer, é limitado

(97) A objecção a que nos referimos era a que poderia formular-se com base na circunstância de o art.º 640.º falar em *accroît* e o art.º 641.º em *dévolue*, para sustentar-se estarmos em face de figuras diferentes. Repetimos que não tem interesse insistir no ponto, pois em muitos outros passos os artigos são claros no sentido contrário.

Tal objecção não seria possível à face do Código Alemão de 1896, atrás citado (pág. 203, nota 1), o qual fala sistematicamente em *accroît*, *accroissement*.

(98) Prof. Galvão Teles, *ob. cit.*, págs. 262 e seguintes.

ao objecto da instituição conjunta. Recorde-se, quanto ao segundo aspecto — poder de absorção das diferentes vocações mais ou menos intenso, em relação a uma mesma parte da massa — nas hipóteses de preferências no não-decrescer, por virtude de cumulação de conjunções, ou, no direito romano, por força ainda do princípio *nemo pro parte testatus...* Em tais hipóteses, efectivamente, só pode efectivar-se a potencialidade de determinadas vocações para absorver determinada ou determinadas porções, quando tal não possa suceder em relação a outra ou outras vocações, que, em relação a tais porções, tem um poder de expansão mais intenso.

De tudo o que acaba de ser referido, podem, pois, extrair-se duas conclusões :

1.^a — O não-decrescer não supõe qualquer tipo especial de instituição ou nomeação, designadamente não supõe uma instituição ou nomeação conjunta ;

2.^a — O poder de expansão de uma vocação, além daquilo que, em princípio, ao respectivo sujeito apenas devia caber, pode ser mais ou menos amplo não sendo necessariamente extensivo a toda a herança.

Postas estas considerações que — pelo menos assim o cremos — nos permitiram limpar o não-decrescer de algumas «impurezas» com que por vezes anda de mistura, vejamos como efectivamente é esta a estruturação do fenómeno delineado nos art.^{os} 1.852.^o e segs. do Código Civil.

44 — Idem. B) Fundamentação da doutrina: 1) O próprio fundamento do fenómeno; 2) Razões de texto; 3) Dificuldades técnicas da tese contrária; 4) Razões históricas e de direito comparado.

1) É verdade tida como incontestável pela nossa doutrina, como ficou referido, a de que o fenómeno regulado nos art.^{os} 1.852.^o e segs. encontra a sua razão de ser na presumida vontade do testador. Bem ou mal presumida é problema que agora não interessa; aliás, o próprio conceito de vontade presumida supõe a possibilidade da sua não coincidência com a vontade real do defunto.

O facto de haver a este respeito, pode dizer-se, unanimidade de opiniões facilita-nos, sobremaneira, a tarefa de demonstrar a verdade da nossa tese. Efectivamente, se meditarmos um pouco sobre tal dado, cremos poder dele deduzir-se uma razão séria em abono do nosso ponto de vista, isto não obstante não parecer ter, no sentido que pretendemos, tal dado a menor importância para os autores.

O acrescer encontra o seu fundamento na presumida vontade do testador. Que significa isto? Qual o alcance de tal afirmação? Esse alcance é este, e só pode ser este: o legislador presumiu (repetimos, não interessa se bem ou mal) que aquele que faz testamento *quer* que, na falta de um herdeiro ou legatário instituídos, a porção que lhe era destinada seja atribuída aos outros herdeiros instituídos. Supondo que, pelo testador, Abel, são instituídos Bento, Carlos e Daniel, a atitude do legislador é a seguinte: em meu entender — e só o seu entender interessa — é vontade do testador, vivida, naturalmente, no próprio momento da feitura do testamento, que, faltando Bento, a porção respectiva aproveite apenas a Carlos e Daniel, que, faltando Carlos, a porção respectiva aproveite apenas a Bento e Daniel, e assim sucessivamente; isto é, em meu entender é vontade do testador que *tudo aquilo que se defere a título de sucessão testamentária seja atribuído, sejam quais forem as contingências de facto, venham todos ou só alguns dos instituídos efectivamente à sucessão, a todos os outros, herdeiros instituídos, e só a eles*. Para a lei, por conseguinte, cada herdeiro instituído receberá, na hipótese normal de todos concorrerem, apenas o quinhão que lhe tenha sido assinado em testamento, por força da própria vontade do testador. É esta a vontade do testador para a hipótese normal. Mas qual é essa vontade, quando algum ou alguns dos instituídos não aceitem, a respeito das porções respectivas? O testador, por hipótese, não a exteriorizou; e, então, a lei vai dizer qual o conteúdo *daquela mesma vontade, vivida no momento do testamento*, quanto a este outro aspecto: essa mesma vontade é que, na hipótese em causa, aproveitem das porções vagas os outros herdeiros instituídos.

Fácil é ver o alcance que atribuímos a esta observação, não obstante a sua simplicidade, quase chocante. Se a vontade do testador foi sempre, desde o momento em que se manifestou, que cada herdeiro instituído recebesse *tudo*, na falta dos outros, logo se vê que, afinal, cada herdeiro sempre teve vocação potencial a tudo aquilo

que se defere a título de sucessão testamentária, vocação que apenas se não efectivará, na generalidade dos casos, por virtude do concurso dos outros co-herdeiros: *solo concursu partes fiunt*.

Creemos, assim, firmemente que é a construção técnica do crescer como um não-decrescer aquela que melhor se adequa ao fundamento do fenómeno na nossa lei, o modo mais natural e lógico de dar satisfação àquele conteúdo da vontade do testador, presumido pela lei: os herdeiros instituídos obtêm as porções acrescidas através do alargamento da própria vocação.

Aceitamos como possível, em abstracto, a construção de tal fenómeno como um verdadeiro crescer, de modo que os beneficiados obtenham o acrescido através de uma vocação autónoma, de um novo direito de suceder. Tal construção, cuja lógica, dentro da ideia de que o fundamento do fenómeno reside na vontade presumida do testador, seria muito discutível, essa construção, dizíamos, só poderia aceitar-se perante insofismável imposição da lei, o que não sucede, como vimos, e melhor veremos ainda.

Esta relação, entre o não-decrescer e o fundamento do fenómeno na presumida vontade do testador, é confirmada, como já foi notado, pela observação das legislações estrangeiras, nas quais aparece com uma constância significativa.

Poderá argumentar-se — e é essa a ideia sempre latente nas exposições dos autores — que nas outras legislações o que dá vida ao não-decrescer não é apenas aquele elemento, mas ainda outro, qual seja a instituição conjunta.

Já vimos que assim não é. Outras legislações há em que se consagrou um não-decrescer, independentemente das *conjunctioes*. Aliás, o próprio Prof. Pires de Lima, não obstante acentuar que «como diz o Prof. Galvão Teles, «sendo intenção do legislador português fazer-se eco, nesta matéria, do provável querer do testador, e só desse querer, não parece racional supor que pretendesse consagrar o *ius non decrescendi*, desde que não exigiu a forma idónea para exteriorizar a vontade de a esse direito dar existência (as *conjunctioes*)», não obstante acentuar isto, o Prof. Pires de Lima não deixa posteriormente de sustentar desenvolvidamente, que «a reacção (da nossa lei) se dirigiu à teoria das conjunções e aos seus abusos, e não directamente à ideia do não-decrescer...», figura esta que o referido Professor entende, como se verá, viver ainda no nosso Direito.

Para procurar esclarecer definitivamente este ponto, julgamos aconselhável fixar a função que, em nosso entender, desempenham as *conjunctiones* no mecanismo do não-decrescer, quando admitidas.

As conjunções nada mais constituem do que um «sintoma», um «índice» da existência de uma vontade no sentido do crescer, sintoma esse que as legislações nem sempre consideram revelador daquela vontade nos mesmos termos, já que umas consideram seu índice suficiente certos tipos de conjunção que para outras são irrelevantes. Claro que da existência das *conjunctiones* pode depender a admissão pela lei do não-decrescer. Esta observação, todavia, só teria qualquer significado especial quando se entendesse residir o fundamento do fenómeno na própria lei. Uma vez que se aceite que este se encontra, ao contrário, numa realidade mais longínqua, não vemos outra função, a não ser a referida, a atribuir a tal tipo de instituição. O facto de certo tipo de conjunção ser ou não eficaz em vista do crescer apenas revela o diferente critério de «diagnosticar» do legislador, critério que pode conduzir a erros maiores ou menores, consoante se dá um tratamento menos ou mais conforme com a realidade que se tem em vista, e a que se quer dar satisfação. Feito o «diagnóstico» — melhor ou pior — procede-se ao «tratamento», não por causa ou em função do próprio diagnóstico, ou dos elementos em que este se baseou, mas sim por causa e em função daquela realidade que se fixou existir, a qual constitui a força causal de todo o processo ulterior. A realidade cuja existência ou inexistência se procura averiguar, em vista de certo «tratamento», é a vontade do testador; o «tratamento» que se se pretende aplicar, na hipótese de existir aquela realidade, é a admissão do não-decrescer; para averiguar se existe tal realidade, o legislador vai analisar os «sintomas», isto é, os diferentes elementos objectivos a que pode recorrer-se, designadamente as *conjunctiones*; perante tal análise desempenha papel importante o elemento pessoal, a preparação, a posição quanto a certos problemas, o critério, muito variável do legislador, etc., em ordem ao «diagnóstico» a proferir, isto é, em ordem a presumir ou não a vontade do testador em vista do crescer. Feito o «diagnóstico», porém é de harmonia com ele que se vai proceder ao «tratamento», sendo, todavia, este determinado por aquilo que está na base de tudo: a vontade do testador. É certo que esta pode, na realidade, não existir, com aquele conteúdo que se diagnosticou; isso não impede, contudo,

que seja apenas enquanto se entende que existe que todos os efeitos se produzem. Isto é, os efeitos, o não-decrescer gera-se porque existe a vontade do testador, *juridicamente fixada*, nesse sentido.

Assente que as conjunções nada mais representam de que um «índice» ou «sintoma» da existência de determinada realidade, logo se vê como pode variar aquilo que cada legislador considera como suficientemente revelador de tal realidade, imediatamente se vê, designadamente, como os legisladores podem abandonar o índice-conjunção por outros índices, sem afectar a estrutura do fenómeno do crescer. É caso típico o do nosso direito positivo.

O legislador português também curou de estabelecer qual o «índice» suficientemente revelador da vontade do testador de atribuir aos co-herdeiros testamentários as porções não aceites por um ou alguns deles, ou por algum dos legatários. Foi, porém, menos exigente que a generalidade dos outros legisladores, pois considerou «sintoma» bastante de tal vontade o simples facto de se terem instituído outros herdeiros (99). Diagnosticou mal, dir-se-á. Isso, porém, será apenas uma razão a atender de *iure condendo*.

O «índice» que ficou referido desempenha, pois, no nosso Código Civil, idêntica função àquela que, na generalidade das legislações, é desempenhada pelas conjunções.

Em face do exposto, apreende-se facilmente o desvio lógico a que se deixaram levar muitos autores.

A observação histórica e do direito comparado revelou-lhes dois dados. Por um lado, mostrou-lhes que o não-decrescer se vai enraizar na presumida vontade do testador; por outro, que, *por via de regra*, tal fenómeno supunha a instituição conjunta. Chegadas aqui, arvoraram em elemento definidor do instituto aquilo que de maneira nenhuma pode sê-lo — as conjunções —, atitude logicamente inadmissível, dada a função de mero «índice» de tal modo de instituição.

Para concluir o que vimos dizendo sobre este ponto, passamos a sintetizar a posição relativa das diversas realidades a que nos temos referido.

O legislador recorre a determinados elementos objectivos para averiguar a existência da vontade do testador no sentido do crescer.

(99) Ver Seabra. *Gazeta dos Tribunais*, ano 15, págs. 9781 e seguintes.

Verificados tais elementos, tem lugar o fenómeno. Contudo, este tem lugar por força daquela vontade, tal como a lei a apura. Estando a força causal do fenómeno nessa vontade, e tendo em conta o seu conteúdo, logo de início definido e desenvolvido, tem de concluir-se pelo carácter potencialmente extensivo a toda a massa testamentária da vocação dos herdeiros instituídos.

2) O regime pela nossa lei estabelecido para o crescer quadra inteiramente à configuração de tal fenómeno como um simples não-decrescer. É certo que entre nós se tem sustentado que tal não acontece com os art.^{os} 1.855.^o e 1.856.^o, relativos, respectivamente, a encargos, e repúdio da parte acrescida. Reivindicamos, todavia, tais preceitos como duas razões de texto decisivas em abono do nosso ponto de vista. Já dissemos acerca disto mais do que suficiente para não serem legítimas — em nosso entender — dúvidas, a tal respeito. A regulamentação em tais preceitos estabelecida é comum a todas as legislações, em que não se contesta a configuração do fenómeno como um não-decrescer: a sua verificação *cum onere* e, como regra, a impossibilidade de repúdio. Não queremos ainda deixar de chamar a atenção para o elucidativo confronto, atrás feito, entre os art.^{os} 1.813.^o e 1.856.^o.

É de referir ainda, embora não lhes atribuamos, um interesse decisivo o art.^o 1.907.^o em que se dispõe: «Se o testador houver legado aos testamentários conjuntos alguma retribuição a parte, do que se escusar, ou não puder aceitar o encargo, *acrescerá* à dos outros».

Trata-se de uma disposição em que se consagra um fenómeno de não-decrescer, como se verá, usando a expressão «*acrescerá*», donde a possível aproximação de tal fenómeno do regulado nos art.^{os} 1.852.^o e seguintes.

Um outro preceito existe ainda, que suscita sérias dúvidas quanto à viabilidade da tese segundo a qual o nosso Código consagrou um verdadeiro direito de crescer, com a natureza de uma substituição vulgar presumida por lei. Referimo-nos ao art.^o 1.822.^o e respectivo § único, em conjugação com o art.^o 1.823.^o. Naquele preceito revela-se a vontade do legislador de afastar da administração dos bens dos herdeiros condicionais, e, portanto, também os próprios substitutos directos, que herdeiros condicionais são — é esta, designadamente, a

opinião do próprio Prof. Galvão Teles (100). Mas, sendo assim, não se compreenderia a atribuição pela lei de tal administração aos co-herdeiros incondicionais, quando gozem do direito de crescer, uma vez que a este se atribuisse a natureza de uma substituição vulgar, envolvendo, portanto, uma instituição condicional. Esta objecção apresenta-se com particular vigor, se se pensar em que os substitutos directos, preferindo aos co-herdeiros que podem beneficiar do crescer, deveriam, dentro da orientação criticada, ser chamados à administração, também de preferência àqueles co-herdeiros.

O Prof. Galvão Teles procura atalhar esta dificuldade da sua construção, alegando que se atribui aos co-herdeiros com direito de crescer a administração porque, tratando-se de pessoas que têm a sua parte no acervo hereditário, estão em condições especialmente favoráveis para cuidar daquela administração (101).

Tal consideração não parece, todavia, ter relevância lógica para afastar a objecção posta, por isso que se trata de uma razão demasiadamente fraca para explicar uma diferença tão profunda de situações. Além disso, tal razão nunca explicaria a diferença, quando o substituto for co-herdeiro ou consorte nos bens da herança, hipótese em que continuará a não poder ser o administrador, desde que não possa beneficiar do direito de crescer. Por outro lado, a circunstância invocada conduziria, contra a lei, a atribuir aos legatários consortes a administração da parte dos legados que lhes não coubesse na sucessão (102).

3) Além de tudo o que tem sido referido, não queremos deixar de acentuar ainda uma dificuldade de ordem técnica que, em nossa opinião, a tese oposta não pode solver satisfatoriamente, e que constitui mais um sintoma da sua inviabilidade.

Na doutrina oposta, como, aliás, também na nossa, o fenómeno do crescer é um fenómeno de sucessão testamentária, sem que jogue aqui qualquer ideia de sucessão legal. Os autores não consideram

(100) *Ob. cit.*, págs. 206-206.

(101) *Ob. cit.*, pág. 207.

(102) Ver *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 75, págs. 391 e seguintes.

concretamente este ponto, mas cremos que a opinião referida aflora a cada passo nas suas exposições. Sem ir mais longe, todos aceitam que o seu fundamento está na presumida vontade do testador. Por outro lado, sustenta-se consagrar a lei um verdadeiro crescer.

A dificuldade técnica a que nos referimos é a seguinte: Existe um verdadeiro direito de crescer, existe, portanto, um direito de suceder, uma vocação autónoma. A vocação nada mais é do que a simbiose da devolução (direito de suceder) com a designação concreta real (103). Isto é, a vocação supõe uma designação (primeiro, virtual, depois real), de que é, até certo ponto, uma transformação ou uma fase nova. Sendo, assim, surge, naturalmente, a pergunta: onde está e como se apresenta a designação sucessória que está na base da vocação autónoma, envolvida pelo direito de crescer? Uma resposta salta logo: essa designação tem por fonte a lei. Tal resposta, porém, já está posta à margem: o fenómeno do crescer é um fenómeno de sucessão testamentária, fundamenta-se na vontade presumida do testador, à qual tem de reconduzir-se. A fonte de tal designação está, pois, na vontade do testador, exteriorizada no acto testamentário. Mas como consta ela do acto testamentário? Aqui é que depara com dificuldades, em nosso entender, a tese contrária à por nós sustentada. Efectivamente, a designação do herdeiro beneficiário na porção acrescida só pode conter-se na sua própria designação na parte que, em princípio, apenas lhe devia competir. Isto é, essa designação não respeita apenas a esta última parte, mas respeita, potencialmente, a tudo aquilo que se defere a título de sucessão testamentária: é uma designação, virtualmente, em toda a massa testamentária. Pelo simples facto de o testador dizer: «instituo A em metade dos meus bens, e B na outra metade», o legislador, completando tal manifestação de vontade entende que a vontade do testador era dizer: «instituo A e B nos meus bens, em partes iguais» (ou em proporção de 2 para 3, etc.).

Ora, se a designação de uma pessoa como herdeiro é, potencialmente, extensiva a tudo o que se defere por sucessão testamentária-

(103) Ver Prof. Paulo Cunha, *Lições de Direito das Sucessões*, publicadas, no ano lectivo de 1948-49, por A. Carlos Lima e António Gerales, pág. 20 da Introdução. Tratando-se de lições não revistas, a imputação de opiniões nelas expressas ao ilustre Mestre tem de ser feita com as necessárias reservas, dada a possibilidade de não traduzirem fiel e inteiramente o seu pensamento.

ria (104), o que impede que idêntica natureza tenha a vocação que nela se baseia? Claro que nada o impede, mas antes tudo o impõe. Desdobrar tal designação em duas vocações autónomas e independentes é puro artificialismo, sem qualquer fundamento lógico, e sem que nada na lei o imponha.

Não queremos deixar de lembrar uma outra consequência curiosa da doutrina contrária à nossa. Dentro de tal concepção o crescer tem a natureza de uma substituição vulgar presumida, envolve, por conseguinte, uma instituição condicional (105): cada herdeiro é instituído na porção com que foram contemplados os respectivos co-herdeiros ou os legatários se estes faltarem. O facto de a instituição ser condicional suspende totalmente a devolução, e, consequentemente, a vocação até ao momento em que se verifique a condição. Por outro lado, verificada esta, produzem-se aquela devolução e vocação, mas sem carácter retroactivo. Isto é, não só cronológica, como juridicamente, o direito de suceder só se constitui naquele momento (106). Mas, mesmo então, constitui-se... para se impedir — pelo menos na generalidade das hipóteses — que seja exercido, já que a porção acrescida nem precisa de ser aceita, nem pode ser repudiada.

4) Se, a par de tudo, o que vimos de referir, tivermos em mente que o fenómeno do crescer se apresenta tradicional e uniformemente em todas as legislações como um não-decrescer (nem sequer vimos, nos autores que lemos, o problema posto), bem como ainda se nos lembrarmos que a mesma natureza reveste tal fenómeno em outras legislações sòmente com base na vontade presumida do testador e no facto de se ser instituído herdeiro, podemos concluir com segurança que os art.^{os} 1.852.^o e segs., mantendo-se fiéis à tradição, consagram um mero fenómeno de não-decrescer, cujo alcance só ficará, aliás, completamente esclarecido no capítulo seguinte.

(104) É este carácter que mais naturalmente apresenta. Seria artificioso entender que havia duas designações, a respeito da mesma pessoa, feitas no mesmo momento.

(105) Prof. Galvão Teles, *ob. cit.*, págs. 177 e seguintes.

(106) Ver Prof. Galvão Teles, *Teoria Geral do Fenómeno Jurídico Sucessório*, págs. 81 e seguintes.

45 — **Idem. D) Aproximação do acrescer em sucessão legítima.**

A doutrina que sustentamos leva-nos, pois, a atribuir identidade de *estrutura técnica* ao acrescer em sucessão testamentária e em sucessão legítima (107), identidade que só à primeira vista poderá chocar, mas não depois de uma análise um pouco cuidada. Efectivamente é entre nós opinião corrente a existência de um não-decrescer em sucessão legítima, e até a existência de preferências em tal fenómeno, como sucede dentro de cada estirpe, em que primeiro beneficiam da falta de algum dos chamados nela englobados apenas os outros componentes, e só na falta de todos estes os membros de outras estirpes.

Sendo certo, por um lado, que o nosso estudo é restrito ao acrescer em sucessão testamentária, e, por outro, que nos não afastamos da opinião corrente acerca do não-decrescer em sucessão legítima, limitamos a remeter para os autores que abordam o problema, designadamente para a obra já citada do Prof. Galvão Teles, e para o estudo, também já referido, do Prof. Pires de Lima, na *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 72, págs. 373 e segs. e 388 e seguintes.

§ 2.º

O NÃO-DECRESCER E AS ESPÉCIES DE SUCESSÃO
EM RAZÃO DA DESIGNAÇÃO SUCESSÓRIA46 — **O não-decrescer reconduz-se à sucessão testamentária.**

Sabido que, consoante a fonte da designação sucessória é a vontade do testador ou a lei, assim temos a sucessão testamentária ou legal, pergunta-se: A qual destas duas espécies de sucessão se reconduz o fenómeno do não-decrescer?

(107) Neste sentido parece que também se inclinava Seabra, ver *Gazeta dos Tribunais*, ano 15, págs. 9781 e seguintes.

O problema, dentro do ponto de vista que acabamos de defender no parágrafo anterior, não suscita dificuldades, melhor, em rigor nem chega a pôr-se. Com efeito, não sendo o não-decrescer senão produto do alargamento da vocação sucessória do herdeiro testamentário; nada mais sendo esta vocação, em certa medida — naquela que agora interessa —, que um estágio, por assim dizer, no desenvolvimento da designação, dúvidas não pode haver de que o não-decrescer se reconduz à fonte de tal designação, à vontade do testador.

Dificuldades, a este respeito, podem surgir, e surgem, dentro da doutrina oposta à nossa, como se viu no parágrafo anterior.