

O FENÓMENO DO «ACRESCER» EM SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

Pelo DR. A. CARLOS LIMA

CAPÍTULO IV

AMPLITUDE DO ACRESCER

47 — Razões da sequência. Problemas a versar.

Determinada a natureza do crescer no nosso direito positivo, e seja qual for a opinião para que nos inclinemos, surge com acuidade um problema, que consideramos um dos pontos cruciais de toda a teoria deste instituto.

Sem pretendermos entrar aqui numa apreciação crítica pormenorizada dos termos em que o crescer foi consagrado no Código Civil, não podemos, no entanto, deixar de a tal respeito fazer algumas considerações, para que surja a plena luz a génese do problema a que nos referimos.

Parece não oferecer dúvidas, uma vez assente que com os art.^{os} 1.852.º e segs. se pretendeu dar satisfação à vontade do testador, a insuficiência do sistema do Código em vista de tal objectivo. Tal insuficiência revela-se em dois sentidos principais.

Antes de mais, os elementos objectivos que o legislador considerou suficientemente reveladores da vontade do testador no sentido do crescer parecem não dar garantias de revelar tal vontade com bastantes probabilidades, de modo que, em grande número de casos, a vontade através de tais elementos presumida não corresponde efectivamente à vontade real do defunto. Como nota o Prof. Galvão

Teles, «pode acaso pretender-se que o testador, instituindo duas ou mais pessoas em porções distintas da herança, não estabelecendo qualquer ligação entre elas, quis que, se uma faltasse, a sua parte fosse adquirida pelas outras?» (108). Tal intenção da parte do testador ainda poderia admitir-se nas hipóteses em que tenha afastado totalmente os herdeiros legítimos, dispondo de toda a herança, mas não quando apenas tenha disposto de parte dela, caso em que não pode dizer-se que «revela de sobejo a sua predilecção pelos instituídos» (109).

Noutro sentido ainda se revela defeituoso o sistema do Código. Os art.º 1.852.º e 1.853.º estabelecem o não-decrescer em favor dos herdeiros instituídos, e sempre, parece, em favor de todos os herdeiros instituídos (110). Ora, se nos ativermos apenas a estes preceitos, teremos de concluir que todos os herdeiros continuam a aproveitar dele talvez mesmo naquelas hipóteses em que, dada a forma como alguns dos chamados foram instituídos, ou as relações entre eles existentes, se revela com particular clareza a vontade do testador no sentido de que, na falta de algum dos chamados em tais formas englobados, ou por tais relações ligados, a parte de faltoso apenas aproveite aos outros — pelo menos, de preferência — e não a todos.

São situações, dominadas por esta ideia comum, que levaram, por exemplo, o Prof. Galvão Teles a dizer que «alguns destes defeitos podem e devem corrigir-se por uma adequada interpretação da vontade testamentária...».

Depois do que vem de dizer-se, fácil é ver os termos em que se põe o problema: Verificados os pressupostos do não-decrescer, exigidos pelos art.º 1.852.º e segs., tal figura terá sempre a extensão que directamente resulta de tais preceitos? Ou haverá que restringi-la em certos casos?

Os nossos autores têm derivado para caminhos muito diversos,

(108) *Ob. cit.*, pág. 255.

(109) *Seabra, Gazeta dos Tribunais*, ano 15.º, págs. 9781 e seguintes.

(110) É discutível se o art.º 1.853.º não faz beneficiar do não-decrescer também os herdeiros legítimos. De momento, a questão não interessa. A aceitar-se a solução afirmativa, ao que se diz no texto devia acrescentar-se «e o art.º 1.853.º faz beneficiar de tal todos os herdeiros (instituídos e legítimos), e sempre todos os herdeiros».

quanto a este ponto, e de tal modo diversos que, olhando-os, à primeira vista, parecem não ter qualquer relação entre si.

Uma das atitudes tomadas — é, designadamente, a posição do Prof. José Gabriel Pinto Coelho — consiste em, reconhecendo embora quanto é defeituoso o sistema, dar ao fenómeno do não-decrescer toda aquela amplitude que directamente resulta dos art.^{os} 1.852.º e seguintes.

Em sentido diverso se inclina o Prof. Galvão Teles, o qual procura através da interpretação da vontade testamentária reduzir a frequência da verificação dos necessários pressupostos do crescer, em prejuízo da aplicação dos art.^{os} 1.852.º e seguintes.

Numa outra orientação ainda se encaminha o Prof. Pires de Lima, restringindo o campo de aplicação dos art.^{os} 1.852.º e segs. em função de uma figura do não-decrescer, que entende desenvolver-se paralelamente ao fenómeno regulado naqueles preceitos, que, para este Professor consagram, como se viu, um verdadeiro crescer.

Dissemos que estas diferentes posições se apresentam, à primeira vista, como não tendo qualquer ligação entre si. Mas não só à primeira vista tal sucede, pois, na realidade, além de que qualquer das soluções que ficaram referidas poderia reconduzir-se a outros temas do nosso estudo, nem sempre podem reportar-se a um problema de amplitude, nos mesmos termos. Repare-se, por exemplo, nas posições dos Profs. Galvão Teles e Pires de Lima.

O primeiro procura restringir o campo de aplicação dos art.^{os} 1.852.º e segs. mediante a demonstração de que muitas hipóteses, que aparentemente estão abrangidas em tal campo de aplicação, não o estão efectivamente, justamente porque falta determinado pressuposto exigido por aqueles preceitos. O segundo segue caminho diverso: olhando o fenómeno do crescer, regulado nos art.^{os} 1.852.º e segs., com todos os seus pressupostos, entende que o seu âmbito de aplicação é limitado pelo facto de existir um outro fenómeno paralelo, um não-decrescer, que o comprime. Isto é, o Prof. Galvão Teles vai *por dentro* do crescer, dizendo que em determinados casos só aparentemente se verifica, afinal, determinado requisito do fenómeno; o Prof. Pires de Lima, ao contrário, sustenta que em tais hipóteses existem efectivamente os pressupostos do crescer, mas o que sucede é que, muito embora existindo, assim, o condicionalismo *interno* necessário para o funcionamento do fenómeno,

tal funcionamento não se dá na realidade porque há uma outra figura que *de fora* comprime, impede a expansão do crescer. É claro que mesmo neste caso pode dizer-se que, afinal, o crescer não funciona por falta de um dos seus requisitos: a não actuação daquela outra figura que o comprime. A verdade, porém, é que, se tivermos em consideração os pressupostos correntemente apontados para o crescer, se trata de duas atitudes diferentes: uma procura restringir a amplitude do crescer, minando por dentro — permita-se a expressão — os seus alicerces; outra olha o fenómeno em globo, com todos os requisitos para funcionar, e comprime-o *de fora*.

Vê-se, assim, como pode não ser considerada rigorosa esta aproximação de caminhos tão diversos. Vê-se, designadamente, como o estudo de tais posições poderia facilmente reconduzir-se ao capítulo em que se estudarão os requisitos do crescer. No entanto, sendo certo, por um lado, que com tais construções se visa obviar àquele mesmo defeito do sistema do Código, acima referido, dar satisfação a uma mesma necessidade, e sendo certo, por outro lado, que o desenvolvimento dado a tais soluções justifica a sua consideração autónomamente, procurá-las-emos reunir neste capítulo.

48 — Problemas a versar (Continuação).

Uma vez aberto um capítulo sobre a amplitude do crescer, parece lógico que nele se considerem ainda outros problemas que a tal respeitam, diferentes do referido no número anterior. Trata-se agora de olhar a amplitude do crescer noutros sentidos.

Uma primeira questão que abordaremos será a de saber quem pode beneficiar do crescer: só os herdeiros instituídos ou também os legítimos? Só herdeiros ou também legatários?

É, por assim dizer, um problema de amplitude subjectiva do crescer, o qual, como facilmente se vê, também poderia ser reconduzido à questão dos pressupostos.

Finalmente, a outra questão que estudaremos neste capítulo é a de saber se, e, no caso afirmativo, em que termos, se aplicam os art.ºs 1.852.º e segs. à matéria de usufruto. É o que pode chamar-se um problema de amplitude externa: saber se o instituto do crescer em globo se aplica no campo das deixas de usufruto. Reconhecemos, todavia, o pouco rigor da expressão, uma vez que, dada a posição do

Prof. Pires de Lima, quanto ao problema enunciado no número anterior, poderia também qualificar-se este de um problema de amplitude externa.

Resumindo, reconhecemos que pode duvidar-se do rigor na sequência dos problemas que vão ser estudados. Todavia, cremos ser tal sequência a que melhor ajuda a esclarecer as questões.

Quanto à ordem por que devam ser tratadas, há razões que podem justificar uma ou outra das que são possíveis. Por nossa parte, optamos por tratar primeiro do problema de saber quem beneficia do acrescer, depois do problema do acrescer em relação com determinadas formas de instituição, e, finalmente, do acrescer no usufruto.

§ 1.º

BENEFICIÁRIOS DO ACRESZER

49 — **Da questão de saber se o acrescer pode beneficiar legatários. Tese que sustenta a afirmativa: a) Exposição; b) Apreciação crítica.**

a) Pode dizer-se actualmente pacífica entre nós a opinião segundo a qual o acrescer não aproveita a legatários.

Ponto de vista contrário já foi, todavia, sustentado, logo a seguir à publicação do Código Civil, por Macedo e Gama (111), com a argumentação que, sinteticamente, passamos a expor.

O art.º 1.853.º regula uma hipótese de acrescer de legatários para herdeiros, quando faltam *todos* os legatários, pois o artigo diz «... se os legatários...». Não se aplica, pois, à hipótese de, existindo herdeiros, só um ou alguns dos legatários não receberem os respectivos legados; se a quisesse referir acrescentaria «...ou algum deles...». Mas a contraprova de tal asserção está logo no art.º 1.854.º, que regula tal hipótese, e que seria inútil e contraditório se ela já fosse abrangida no art.º 1.853.º. Pode dizer-se, é certo, que o art.º 1.854.º regula antes a hipótese de toda a herança ser distribuída em legados. A verdade, porém, continua, é que tal não pode aceitar-se, pois o

(111) *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano II, págs. 552 e segs. e 562 e seguintes.

artigo, referindo-se, na sua segunda parte, a herdeiros, não pode ter sido na primeira em vista a hipótese de apenas haver legatários.

Mas, sendo assim, tem de concluir-se que a hipótese de toda a herança ter sido distribuída em legados é um caso omissivo que cabe integrar em vista a averiguar se, em tal hipótese, haverá ou não um fenómeno de crescer, quando falta algum ou alguns dos legatários. Para tal há que recorrer ao espírito da lei, aos casos análogos e ao direito natural.

O crescer fundamenta-se na vontade presumida do testador. Ora tal vontade, na hipótese em discussão, é no sentido de que os legados vagos pertençam aos colegatários e não aos herdeiros legítimos, porque são aqueles e não estes que o representam; e tanto é assim que respondem pelas dívidas e encargos da herança até onde chegarem as forças do legado, ao passo que os herdeiros legítimos foram pelo testador esquecidos, tendo claramente mostrado não querer contemplá-los com os seus bens. A conclusão a tirar daqui é que, atribuindo aos colegatários o benefício do crescer, se satisfaz a vontade presumida do testador e, portanto, o espírito do Código.

Recorrendo aos lugares paralelos, invoca Macedo e Gama, em abono da sua tese, o § único do art.º 1.854.º, bem como ainda o art.º 1.856.º.

A idêntica conclusão levariam ainda os princípios de direito natural, já que os herdeiros legítimos não pertencem ao número daqueles que têm direito à legítima, porque, embora tenham relações de sangue com o testador, essas relações não são tais que o constituam na obrigação natural e jurídica de lhes deixar os bens, tanto que pode dispor deles livremente; por outro lado, se os legatários são pessoas a quem o testador deve, em regra, benefícios, ou, pelo menos, dedicação e amizade, e que, além disso, podem ver anulada a vantagem do legado por terem de pagar as dívidas (art.º 1.794.º), compreende-se que é mais racional conceder-lhes o direito de crescer do que chamar os herdeiros legítimos.

Conclui Macedo e Gama por estas razões que, na hipótese de toda a herança ter sido distribuída em legados, a parte não adquirida por algum ou alguns de legatários aproveita aos outros.

b) Que saibamos, a doutrina de Macedo e Gama não foi acolhida por nenhum outro autor, nem pela jurisprudência.

Isto justifica que nos não detenhamos muito neste ponto, limitando-nos a fazer referência à apreciação crítica feita pela própria *Revista de Legislação e de Jurisprudência* (112) à tese sustentada por Macedo e Gama.

Como bem nota a *Revista*, quando a herança tenha sido dividida toda em legados, ou parte dela, mas sem que se tenham instituído herdeiros, já não pode dizer-se que tenha sido vontade do testador excluir os herdeiros legítimos, pois apenas existem legatários contemplados com valor ou objecto determinado, constituindo o limite máximo do benefício que o legislador lhes quis atribuir. A este propósito, dizia Seabra: «Seja qual for o legado, *conjunctis verbis et re, re ou verbis* sòmente, é sempre certo que o testador só quer beneficiar os colegatários na parte proporcional da coisa legada...» (113). A presunção, em tal hipótese, por conseguinte, é que o testador só quis beneficiar os legatários com aquela coisa certa e determinada com que os contemplou. E, sendo assim, tem de entender-se que as partes não aceites não podem crescer aos colegatários, mas deferem-se antes aos herdeiros legítimos.

Em harmonia com estes princípios foi redigido o art.º 1.854.º. Este preceito não é inútil, pois, tendo o art.º 1.852.º regulado o crescer na hipótese de apenas estarem em causa herdeiros, e o art.º 1.853.º na hipótese de o estarem herdeiros e legatários, veio, naturalmente, o art.º 1.854.º considerar a emergência de apenas haver legatários, estando toda a herança dividida em legados, ou parte dela, mas sem que tenham sido instituídos herdeiros. Nem prejudica esta conclusão a referência a herdeiros que o art.º 1.854.º faz na sua segunda parte, por isso que, não havendo crescer entre colegatários, os legados não aceites hão-de, naturalmente, ir para os herdeiros, que a lei chama à sucessão, e são estes que o preceito tem em vista. Também a objecção contra o que acaba de dizer-se, formulada com base no facto da secção, em que estão englobados os preceitos em causa, se referir aos herdeiros instituídos, não tem viabilidade. Tê-la-ia se o artigo tivesse principalmente em vista definir a posição dos herdeiros, e isso é que não sucede; fala esporadicamente na pessoa que recebe o

(112) Ano II, págs. 565 e seguintes.

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

legado não adquirido porque se impunha mencioná-la, e tal pessoa é o herdeiro ou herdeiros chamados à sucessão pela lei.

Se, porém, se insistir em considerar a hipótese de só haver legatários como um caso omissis, nem o espírito da lei, nem a analogia conduzem à solução de Macedo e Gama. Quanto ao espírito da lei, já se mostrou como toda esta matéria é dominada pela ideia de que a vontade do testador é atribuir aos legatários apenas aquilo com que os contemplou em testamento, e nada mais. Quanto à analogia, não pode sustentar-se, em face do art.º 1.853.º, que os legatários beneficiem do crescer.

É esta, aliás, a opinião expendida por Seabra no seu, já tantas vezes citado, estudo, na *Gazeta dos Tribunais*, e a solução mais de harmonia com o ambiente dos preceitos dos art.ºs 1.852.º e seguintes.

50 — *Idem*. Tese que sustenta a afirmativa.

Da apreciação crítica, tal como tem sido feita à doutrina de Macedo e Gama, já resultam as razões em que se fundamenta a tese oposta, razões que, *dentro das bases de que se parte*, nos parecem boas. No entanto...

51 — Solução defendida.

... Por nossa parte, muito embora apresentando-se-nos como aceitáveis as considerações da *Revista*, cremos haver, talvez, um outro caminho, mais directo e incisivo, que leva à mesma conclusão. Na verdade, se olharmos os art.ºs 1.852.º e segs., um dado nos parece ressaltar com clareza: os art.ºs 1.852.º e 1.854.º apresentam-se como preceitos base, como núcleos da regulamentação, ao passo que todos os outros preceitos são, por assim dizer, disposições intermediárias, de ligação, complementares. Expliquemos. O art.º 1.852.º estabelece um preceito fundamental: «Se algum dos co-herdeiros instituídos falecer... acrescerá a sua parte aos outros co-herdeiros instituídos...», isto é, *entre herdeiros há direito de crescer*; em perfeito paralelismo com esta disposição surge o art.º 1.854.º: «*Entre legatários não haverá direito de crescer...*». Entre estes dois preceitos jogam todos os outros. Quer dizer, é o art.º 1.854.º que trata «*ex-professo*» do problema do crescer entre colegatários, e a sua maneira de dizer é cate-

górica, incisiva: entre legatários não há direito de crescer. O art.º 1.853.º tem de interpretar-se subordinadamente a esta afirmação. Que assim é, resulta com clareza da segunda parte do preceito. Efectivamente essa segunda parte é tão necessária quando os legados não adquiridos vão aproveitar a herdeiros legítimos como a herdeiros instituídos (art.º 1.853.º); se assim é, qual a explicação para ela estar contida no art.º 1.854.º e não no anterior, no art.º 1.853.º? A explicação é simples: o art.º 1.854.º é o assento da regulamentação do crescer entre legatários, o art.º 1.853.º um preceito acessório, complementar (114), regulando aquela das consequências da primeira afirmação do art.º 1.854.º, que era necessário regular, por não resultar já de outros preceitos.

Repare-se, mesmo, como tal preceito tem em vista, como primeiro objectivo, o crescer entre herdeiros. — «O direito de crescer *também* competirá aos herdeiros...».

Em face disto, a conjugação dos dois preceitos mais natural e lógica parece ser a seguinte. O art.º 1.854.º contém o princípio fundamental, quanto ao crescer entre colegatários: entre estes não há direito de crescer. E, a amplitude com que é formulado permite abranger todas as hipóteses, isto é, haja herdeiros e legatários ou só legatários.

Mas, tratando o artigo da matéria *ex-professo*, depois de estabelecer aquele princípio que é comum a todas as hipóteses, vai estabelecer ainda outra regra também comum a todos os casos: seja qual for o herdeiro — legítimo ou instituído — que venha a aproveitar do legado não adquirido, por não haver direito de crescer entre colegatários, «se a coisa legada for indivisível, ou não puder dividir-se sem deterioração, terá o colegatário opção, ou para conservar o todo, repondo aos herdeiros o valor da parte caduca, ou para haver deles o valor do que directamente lhe pertencer, entregando-lhe a coisa legada».

E, em abstracto, mais nada seria preciso dizer, pois bastavam outros princípios de direito das sucessões para dar destino aos legados não adquiridos. No entanto, o legislador não se quis conformar com tais princípios, de modo que seguir-se-ia indicar a quem aproveitam, afinal, tais legados. Mas isso já se fez no artigo anterior e, portanto,

(114) Entenda-se, complementar do ponto de vista dos legatários.

não há que repetir. E porque se fez no artigo anterior? A explicação parece-nos simples. Tendo-se começado por regular os termos em que o acrescer beneficia os herdeiros, depois de se considerar a hipótese em que falta um herdeiro, considerou-se, naturalmente, a outra hipótese em que os herdeiros beneficiam de tal fenómeno, que corresponde, como reverso da medalha, à consequência do regime que se estabeleceria a seguir quanto ao acrescer entre colegatários. Assim se vê como, por coincidência, se antecipou aquilo que, olhado pelo lado dos legatários, só a seguir ao art.º 1.854.º deveria vir, e mais se vê ainda o carácter, por assim dizer, acessório do art.º 1.853.º, quando olhado pelo prisma dos legatários.

E tudo que se dispusesse, além disto, seria desnecessário, pois, não havendo herdeiros instituídos, lá estão engatilhados os princípios da sucessão legítima, para assegurar o destino aos legados não adquiridos.

Esta a interpretação que aventamos, e que nos parece simples, natural e lógica, e dentro da qual não há lugar ao acrescer entre colegatários, mesmo na hipótese que Macedo e Gama pôs à discussão.

Significará isto, todavia, que em nenhuma hipótese admitimos o fenómeno de não-decrescer em favor de legatários? Dentro do regime-base dos art.ºs 1.852.º e segs., é exacta a resposta afirmativa. Isto não impede, contudo, que admitamos *em certos casos especiais* um fenómeno de não-decrescer de que beneficiam legatários; e, como sustentamos consagrarem, afinal, os art.ºs 1.852.º e segs. um simples não-decrescer, temos que em tais casos especiais os legatários beneficiam de um fenómeno com tal estrutura. O que sucede é que apenas aproveitam de tal num outro plano, que não naquele em que se desenvolvem os art.ºs 1.852.º e segs.. Adiante se ajuizará de qual seja a posição relativa de tais fenómenos de não-decrescer.

52 — Da questão de saber se o acrescer aproveita também aos herdeiros legítimos, na hipótese do art.º 1.853.º. Tese que sustenta a afirmativa. Tese que sustenta a negativa (solução adoptada).

Antes da reforma do Código Civil, operada em 1930 pelo Decreto-Lei n.º 19.126, ponha-se com acuidade o problema de saber se o acrescer aproveitava apenas aos herdeiros testamentários, ou também aos legítimos. A origem de tal questão residia nos termos dúbios

em que estava redigido o art.º 1.852.º, concebido do seguinte modo : «se algum dos co-herdeiros instituídos falecer primeiro que o testador, repudiar a herança, ou se tornar incapaz de a receber, acrescerá a sua parte aos outros *co-herdeiros*...». Esta referência genérica a *co-herdeiros*, sem distinguir entre herdeiros testamentários e legítimos, podia levar a crer — e levou — que também os últimos beneficiavam do crescer. Não obstante isto, já mesmo então, a opinião dominante inclinava-se no sentido de que com aquela expressão apenas se visavam os herdeiros testamentários (115).

Com a reforma de 1930 a questão foi resolvida, mas só em parte. Efectivamente, o aditamento, que então se fez, à expressão «*co-herdeiros*» do art.º 1.852.º, acrescentando a palavra «*instituídos*», cortou cerce as dúvidas, quanto à hipótese do crescer entre herdeiros : só de tal beneficiam os herdeiros testamentários.

Idêntico aditamento não se fez, porém, nos artigos seguintes, e daí a questão : quando o crescer respeitar a legados não adquiridos, quem beneficia de tal fenómeno ? Só os herdeiros testamentários, ou também os legítimos ?

Pela segunda solução pronunciou-se o Prof. Galvão Teles (116). Baseia-se o ilustre Professor, por um lado, na já referida circunstância de o legislador de 1930 não ter feito no art.º 1.853.º aditamento paralelo ao que fez no art.º 1.852.º, donde deduz não ter querido o legislador restringir o crescer, regulado naquele preceito, aos herdeiros testamentários ; baseia-se, por outro lado, na circunstância de os herdeiros *em geral* gozarem, no pensamento do legislador, aos olhos do autor da herança, de melhor favor que os legatários.

Na peugada do Prof. Pires de Lima, não julgamos aceitável tal doutrina, não só pelas razões invocadas por este Professor, mas por outras ainda.

Quando só herdeiros legítimos existam, entende este Professor não haver que falar de crescer, pois se estará, em tal hipótese, no âmbito de aplicação do art.º 1.968.º, não sendo crível «que o legislador tenha pretendido repetir a doutrina desta disposição, introdu-

(115) Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de Outubro de 1928, de 15 de Janeiro, e de 3 de Dezembro de 1929, respectivamente, na *Colecção Oficial*, vol. 27.º, pág. 231, e *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 61.º, pág. 411, e na *Colecção Oficial*, vol. 28.º, págs. 7 e 329.

zindo na regulamentação do direito de crescer uma matéria que lhe é estranha. Por outro lado, quanto à hipótese de existirem as duas espécies de herdeiros, já se compreenderia o chamamento de ambas; no entanto, tal solução traria «uma quebra grave da lógica que inspira o artigo anterior», pois não são os herdeiros em geral que gozam de melhor favor que os legatários, mas apenas os herdeiros instituídos, como resulta do art.º 1.852.º, só justificável «como consequência de se admitir que o testador tem a intenção de afastar *definitivamente* os herdeiros legítimos quando lhes tira a totalidade ou mesmo uma parte da herança». A solução contrária importaria uma assimetria no sistema do Código, e o facto de o Código não ter também aditado no art.º 1.853.º a expressão *instituídos* deve considerar-se mais uma deficiência do Decreto n.º 19.126, tão fértil nelas.

Inclinamo-nos, como se disse, para esta última solução, mais de harmonia com a atmosfera que se respira à volta dos art.ºs 1.852.º e segs.. Notaremos ainda que, mesmo admitindo gozarem os herdeiros *em geral*, aos olhos do autor da herança, e dentro do pensamento do legislador, de melhor favor que os legatários, o certo é que os herdeiros instituídos gozam dum favor *especial*, quanto à parte da massa que se defere a título de sucessão testamentária, em relação à qual o testador «revela de sobejo a sua predilecção pelos instituídos...», afastando os legítimos definitivamente enquanto instituídos houver.

Repare-se no elucidativo confronto de duas soluções a que leva a doutrina do Prof. Galvão Teles. Suponha-se uma hipótese em que há herdeiros testamentários, legítimos e legatários; em tal hipótese, ficando vago algum legado, irá aproveitar tanto a herdeiros legítimos como testamentários, e, como tal benefício tem lugar através do crescer, ele efectiva-se com os encargos que o oneravam. Suponha-se agora que toda a herança foi distribuída em legados; algum dos legatários não adquire a respectiva parte; está irá aproveitar, no entender do Prof. Galvão Teles — e no nosso — aos sucessíveis legítimos, não pelo mecanismo do crescer, o qual já supõe nos beneficiários a qualidade efectiva de sucessores, mas antes por força do art.º 1.968.º, do próprio conceito de sucessão legítima, e, consequentemente, aproveita-lhes livre de encargos (117).

Veja-se agora como são incompreensíveis tais soluções. Na primeira hipótese, em que a *má vontade* do testador em relação aos herdeiros legítimos não era — permita-se a expressão — *total*, pois alguma coisa ainda permitiu que lhes fosse atribuída, os legados que vierem a ficar vagos aproveitam-lhes com os respectivos *encargos*; na segunda hipótese, em que a *má vontade* do testador em relação aos sucessíveis legítimos era *total*, pois foram completamente preteridos, os legados, que ficarem vagos, aproveitam-lhes *sem encargos* (118).

§ 2.º

O ACRESCE E DETERMINADAS FORMAS DE INSTITUIÇÃO

53 — Colocação do problema.

Já acima foi posto o problema que nos propomos tratar neste parágrafo. Trata-se de saber se, e, no caso afirmativo, por que modo determinadas formas de instituição ou nomeação, ou certas outras realidades, restringem o alcance, a extensão do acrescer, tal como directamente resulta dos art.ºs 1.852.º e seguintes.

Abordaremos, a este respeito, as doutrinas sustentadas pelos Profs. José Gabriel Pinto Coelho, Galvão Teles e Pires de Lima, as quais, orientando-se muito embora em sentidos diversos, podem, todavia, congraçar-se em torno daquela ideia nuclear do problema, já referida.

54 — Doutrina do Prof. José Gabriel Pinto Coelho (119): a) Exposição ; b) Apreciação crítica.

a) A doutrina do Prof. José Gabriel Pinto Coelho é a que pode chamar-se «da máxima amplitude do acrescer», regulado nos art.ºs 1.852.º e seguintes.

(118) Neste sentido, antes de 1930 : acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 22 de Outubro de 1928, e de 15 de Janeiro de 1929, respectivamente, na *Coleção Oficial*, vol. 27.º, pág. 231, vol. 28.º, págs. 6 e 7 e *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 61.º, pág. 411.

(119) Na *Revista da Faculdade de Direito*, ano III, págs. 71 e seguintes.

Entende este ilustre Mestre, em consonância, aliás, com toda a doutrina portuguesa, que o crescer vai encontrar o seu fundamento na presumida vontade do testador, bem como entende ainda que dele beneficiam os outros herdeiros instituídos—e todos estes—, sem que tenha qualquer interesse saber qual o modo de instituição dos diferentes contemplados, de modo que mesmo os instituídos em certa quota ou com designação de partes gozam do benefício do crescer.

É esta, como já várias vezes se tem referido, a doutrina geral que se extrai dos art.ºs 1.852.º e segs.. E de tais preceitos, à primeira vista pelo menos, no aspecto que agora está em causa, extrai-se isto, e mais nada : o crescer aproveita a todos os herdeiros instituídos, e *sempre* a todos os herdeiros instituídos.

No entanto, como também já foi notado, tal doutrina genérica e absoluta suscita dificuldades, justamente naquelas hipóteses em que o próprio tipo formal da instituição de que se serviu o testador revela, com maior ou menor intensidade, a vontade deste de que do crescer beneficiem, pelo menos em primeira mão, apenas certos chamados, precisamente aqueles em tal tipo de instituição enquadrados. E, então, surge o problema : em tais hipóteses, aplica-se rigidamente o princípio referido de que, na falta de algum dos chamados testamentariamente, se verifica sempre o crescer em benefício de todos os herdeiros, ou, ao contrário, deverá entender-se que só de tal falta aproveitam, através deste ou daquele processo técnico, os outros chamados, com o faltoso englobados no tipo de instituição especial em causa ?

Os tipos de instituição que os autores consideram, como tendo sido feitos em termos de suscitar o problema, não são apresentados com uniformidade. Pode, no entanto, dizer-se que o problema é, em geral, posto a respeito das instituições conjuntas.

O Prof. José Gabriel Pinto Coelho formula a sua doutrina a respeito de uma hipótese particular, que pode justamente reconduzir-se aos tipos clássicos das conjunções. Esta circunstância, todavia, não tem importância de maior, pois se, porventura, quanto a tal hipótese, se sustentasse haver uma preferência na atribuição das porções não adquiridas, em relação aos conjuntamente instituídos, dificuldades não surgiriam a impedir o alargamento de tal doutrina a casos semelhantes. Esta última emergência não chega, contudo, a verificar-se,

dentro da tese do Prof. José Gabriel Pinto Coelho, uma vez que, em seu entender, vigora em absoluto o princípio segundo o qual, verificados os pressupostos do crescer, este aproveita *sempre* a todos os herdeiros instituídos, não envolvendo esses tipos especiais de instituição qualquer preferência na atribuição das porções não adquiridas.

A hipótese considerada pelo ilustre Mestre é a de uma deixa concebida nos seguintes termos: «o remanescente da minha herança dividir-se-á em duas partes iguais, sendo uma para os meus irmãos Pedro e Paulo, e outra para os meus sobrinhos, filhos de meu irmão Joaquim, já falecido».

Portanto, o testador constitui dois grupos distintos, atribuindo a cada um deles uma fracção da herança, sem qualquer distribuição de partes. Supondo que morre algum dos irmãos, ou algum dos sobrinhos, antes que morra o próprio testador, quem aproveita da porção que ao faltoso devia vir a competir? Sòmente aquele ou aqueles que com ele no mesmo grupo estavam compreendidos? Ou, ao contrário, todos, irmãos e sobrinhos, sem ter em consideração a existência de grupos?

Em favor da primeira solução, prevê o Prof. José Gabriel Pinto Coelho a possibilidade de se invocar o art.º 1.761.º, que consagra o princípio geral do respeito pela vontade do testador, bem como ainda o art.º 1.852.º, que ressalva da aplicação dos preceitos sobre o crescer as hipóteses em que o testador tenha disposto outra coisa, podendo pretender-se que o facto de a instituição dos herdeiros por grupos envolve «dispor outra coisa», dispor, justamente, que da porção ao faltoso destinada apenas aproveitem aqueles que ao lado dele enfileirem no respectivo grupo. Crê, todavia, o referido Professor que não pode tirar-se de tais preceitos qualquer elemento positivo em tal sentido.

É certo, argumenta o Prof. José Gabriel Pinto Coelho, que, assentando o art.º 1.852.º na presumida vontade do testador, este pode afastar a sua aplicação. Todavia, continua, tal não é possível «sem uma disposição expressa que, em via positiva, indique os termos especiais ou restritos em que o testador o queira estabelecer», e, conseqüentemente, a não se verificar tal hipótese, «não poderá (o direito de crescer) admitir-se em condições diversas daquelas em que a lei o consagra».

Também não pode dizer-se que a instituição em dois grupos

implica que o acrescer se circunscreva aos membros do grupo a que pertencia o faltoso, por se entender que o testador com tal modo de instituição revelou a vontade de que os englobados em cada um dos grupos sejam contemplados tão-somente com a quota que lhe foi atribuída, e isto porque, conquanto tal entendimento seja possível, o certo é que essa é a sua *vontade normal*, revelada para a hipótese de efectivamente concorrerem à sucessão todos os designados. Sendo assim, e tendo em consideração, por outro lado, que o testador conhece os termos em que a lei consagra o acrescer, isto é, em favor de todos os herdeiros instituídos, tem de entender-se que ele admite que, no caso anormal de faltar algum dos chamados, aqueles que efectivamente vêm à sucessão recebam mais do que aquilo que originariamente lhes foi assinado no testamento.

E assim é que — conclui o Prof. José Gabriel Pinto Coelho — a presunção que está na base do acrescer não pode deixar de estar presente na solução a dar à hipótese em causa. Tal presunção consiste em se entender ter querido o testador repartir a herança pelos instituídos, e não pode ser afastada por tipos de instituição semelhantes àquele que temos considerado. Fazendo beneficiar a lei todos os co-herdeiros do acrescer, pela só razão de se entender que o testador quis afastar os herdeiros legítimos, o motivo para atribuir a todos os instituídos os quinhões dos faltosos subsiste.

b) A doutrina do Prof. José Gabriel Pinto Coelho foi objecto de críticas, designadamente da parte do Prof. Galvão Teles (120).

Quanto à primeira razão invocada, a qual consiste em dizer que, para que seja afastada a aplicabilidade da primeira parte do art.º 1.852.º, se torna necessária uma «disposição expressa», julgamos que procede inteiramente a crítica que lhe é dirigida pelo Prof. Galvão Teles, dizendo que «... o art.º 1.761.º não se opõe a que o testador manifeste a sua vontade tanto de forma expressa como tácita, e também é evidente que a última parte do art.º 1.852.º não exige, na sua letra, que a disposição derogadora do direito de acrescer seja expressamente estabelecida pelo testador», bem como não o exige o seu espírito, já que tal preceito, fundando-se numa simples presunção,

tem de ceder desde que seguramente se apura ser outra a vontade do testador, conquanto não expressamente manifestada.

Note-se, desde já, todavia, que, muito embora aceitando como correcto o modo por que o Prof. Galvão Teles afasta o argumento em causa, isso não significa que, no caso concreto em discussão, aceitemos poder apurar-se, só com os elementos fornecidos, a tal vontade de afastar o art.º 1.852.º; ao contrário, nesta hipótese, julgamos que o simples facto de a instituição ter sido feita em dois grupos não permite apurar «com segurança» a vontade do testador de afastar aquele preceito.

Uma outra razão, a que recorre o Prof. José Gabriel Pinto Coelho, é a que pode sintetizar-se assim: o tipo de instituição considerado revela a intenção de deixar a cada grupo apenas a quota que lhe atribuiu; tal vontade, porém, é a sua vontade *normal*, isto é, para a hipótese de todos os chamados efectivamente concorrerem à sucessão; por outro lado, o testador sabe que o direito de acrescer beneficia todos os herdeiros instituídos; e, conseqüentemente, admite que, no caso anormal de faltar algum dos chamados, os outros recebam mais do que aquilo que originariamente lhes foi atribuído.

Mais uma vez vem o Prof. Galvão Teles à liça, procurando rebater esta razão. O modo como se apresentam as disposições, diz, só faz sentido desde que a elas tenha presidido a vontade do testador de reservar inteiramente para cada um dos grupos a respectiva quota, sejam quais forem as contingências de facto, isto é, venham à sucessão todos ou só alguns dos seus componentes. Além disso, acrescenta, não é curial interpretar o silêncio do testador como querendo que se apliquem os art.ºs 1.852.º e segs., pois isso «seria presumir, artificialmente, que é seu desejo que tenham aplicação as normas legais onde se diz qual a sua vontade».

A primeira consideração com que o Prof. Galvão Teles procura afastar o argumento, não se nos apresenta como viável. Na verdade, ela baseia-se na ideia de que as disposições concebidas nos termos em que o está a da hipótese discutida envolvem uma substituição tácita recíproca entre os membros do respectivo grupo. Ora tal ideia é que julgamos inaceitável. Inclina-mo-nos para que os art.ºs 1.852.º e segs. podem ser afastados pela vontade, posto que tácitamente manifestada, do testador; não admitimos, todavia que, na hipótese considerada, se possa entender existir uma vontade, tácitamente

manifestada, no sentido pretendido. Tal género de disposições não implica necessariamente aquela vontade; poderá, quando muito, servir de base a presunções, mais ou menos fortes, e, uma vez colocados no campo das meras presunções, não é lícito substituir as nossas às da lei.

Por outro lado, posta de parte esta primeira consideração, logo se vê que a outra, a seguir feita, não apresenta só por si virtualidade para atingir de modo decisivo o argumento aduzido pelo Prof. José Gabriel Pinto Coelho. Aliás, o presumir-se ter sido desejo do testador que se applicassem as normas que presumem a sua vontade, não é tão pouco curial como pretende o Prof. Galvão Teles.

Significará, todavia, o que vem de dizer-se que aderimos à tese do Prof. José Gabriel Pinto Coelho?

Não julgamos ser oportuno o momento para, a respeito de tal ponto, nos pronunciarmos. Todavia, podemos, desde já, adiantar considerarmos ser essa efectivamente a boa doutrina, pelo menos em princípio, e no que respeita aos resultados práticos. Os termos em que a aceitamos, bem como as razões que nos determinam, ressaltarão melhor, quando desenvolvermos a nossa opinião sobre o problema.

55 — Doutrina do Prof. Galvão Teles : a) Exposição ; b) Apreciação crítica.

a) A doutrina sustentada pelo Prof. Galvão Teles, quanto ao problema que estamos a considerar, é a que poderá chamar-se, como se verá, «das substituições tácitas».

As disposições relativas ao direito de acrescer têm mero carácter supletivo, e, portanto, têm de ceder perante uma vontade contrária do testador (art.º 1.852.º, *in fine*).

Tal vontade, todavia, não carece necessariamente de ser manifestada expressamente; pode também sê-lo de modo tácito.

Sendo assim, nada impede, mas antes tudo impõe, que se considere derogado o direito de acrescer, nos termos em que resulta dos art.ºs 1.852.º e segs., desde que se apure existir uma substituição tácita, em favor, designadamente, apenas de algum ou alguns dos chamados.

Ora, entre os modos de manifestação tácita de vontade estão precisamente as *conjunctiones*, as quais envolvem uma substituição

tácita recíproca em favor dos conjuntamente instituídos, em prejuízo do direito de crescer estabelecido nos art.º 1.852.º e seguintes.

Que é assim, isto é, que tal forma de instituição implica uma vontade tácita de substituir reciprocamente os conjuntos, e, portanto, envolve «dispor outra coisa», nos termos da parte final do art.º 1.852.º, com o consequente afastamento do direito de crescer, que isto é assim, diz-se, resulta de várias razões.

Antes de mais uma longa experiência testemunha traduzir, com grande probabilidade, a instituição conjunta a vontade do testador de fazer beneficiar, quanto ao objecto em que foram instituídas, sòmente as pessoas abrangidas naquela designação conjunta, de modo que, enquanto uma destas, pelo menos, existir, nenhum benefício de tal objecto podem tirar as outras. É certo que esta presunção pode por vezes falhar, e, por isso, em matéria tão delicada como é a da indagação da vontade testamentária, não pode valer para todos os casos, sem disposição da lei que assim o estabeleça. Todavia, naquelas hipóteses em que o objecto da conjunção é uma fracção delimitada da herança, a força da presunção é tal que não a fazer funcionar seria esquecer inteiramente as realidades. «Se o testador diz que deixa metade da herança a Joaquim e a outra metade a Pedro e a Paulo, que pode significar, razoavelmente entendida, esta segunda disposição senão que a metade, a que diz respeito, é apenas para Pedro e Paulo, de maneira que, faltando um, só o outro a herderá, sem a concorrência de Joaquim?» (121).

Não pode esquecer-se também aquele princípio de justiça, com afloramentos em outros pontos do direito das sucessões, segundo o qual se apenas determinadas pessoas são prejudicadas pelo concurso de outra ou outras, apenas aquelas devem beneficiar com a falta destas. Os instituídos numa fracção delimitada da herança recebem tanto menos quanto maior for o seu número, justo é, por consequência, que em compensação recebam tanto mais quanto menor esse número for.

Acrescenta-se que, dentro da solução oposta à que vem de ser defendida, difícil seria explicar a solução segundo a qual, havendo mais de um substituto de algum dos instituídos e um deles faltar, a sua parte reverte apenas para os outros, e não também aos outros

(121) *Ob. cit.*, pág. 282.

instituídos. Assim, suponha-se que X institui herdeiros A e B, e designa, como substitutos de A, C e D; se A não puder ou não quiser herdar, e C, um dos substitutos, quem deve beneficiar da porção que a C devia competir? Apenas a D ou também os outros herdeiros instituídos?

São fortes os motivos que inclinam para a primeira solução. Ora fácil é apreender a identidade básica desta situação com a anterior. É o facto de D ter sido instituído conjuntamente com C, embora a título de substituto, que faz com que possa chamar a si todo o quinhão que a A era destinado. «É, em suma, a existência de tal conjunção que lhe dá legitimidade para funcionar, não só como substituto de A (substituição simples e expressa), mas inclusivamente como substituto de C (substituição recíproca e tácita)».

Finalmente, a tese contrária a esta, conduz a graves injustiças, como, por exemplo, na seguinte hipótese: — O testador contemplou com metade da herança o filho ou filhos de A, e com a outra metade B; se A tiver só um filho, este herdará tanto como B, se tiver cinco, cada um receberá apenas um décimo; mas, se desses cinco falecerem quatro antes do testador, a maior parte daquilo que aos pré-mortos devia caber irá beneficiar, na tese oposta, a situação de B, sem que nada haja que o justifique.

Quanto aos legados, o problema põe-se e resolve-se nos mesmos termos. No entanto, se, porventura, houver uma conjunção respeitante à totalidade do legado, a doutrina exposta não se aplicará pela razão de que, em tal caso, a conjunção não garante plenamente a existência da vontade do testador de estabelecer uma substituição tácita e recíproca entre os nomeados. Quando muito, poderá haver em tais hipóteses uma vontade provável, que tem de ceder o passo em face da vontade, também provável, presumida pelo legislador.

Esta a doutrina do Prof. Galvão Teles, cuja apreciação cumpre fazer.

b) Embora sendo de louvar o intuito de corrigir, na medida do possível, as deficiências da lei por uma adequada interpretação da vontade testamentária, não consideramos viável a posição do Prof. Galvão Teles, por falta de base legal. cremos, efectivamente, que as razões aduzidas se revelam impotentes para alcançar o objectivo almejado.

Aceitando, como base de discussão, a possibilidade de substituições tácitas, com a eficácia particular, no aspecto que nos interessa, de afastar a aplicação dos art.º 1.852.º e segs., o certo é que não pode entender-se envolver a instituição conjunta, só por si, tal modalidade de substituição, nos termos em que o Prof. Galvão Teles pretende. Para que possa considerar-se existente uma manifestação tácita de vontade, no nosso caso uma substituição tácita, é preciso que tal vontade resulte necessária, inequivocamente (art.º 648.º do Código Civil) dos próprios termos do testamento, conjugados com todas aquelas circunstâncias a que, nos termos da lei, é legítimo recorrer em vista de tal indagação.

Ora, do mero facto de se terem instituído conjuntamente alguns dos chamados não resulta necessariamente a vontade do testador de os substituir reciprocamente. De tal forma de instituição pode inferir-se, quando muito, uma vontade presumida, hipotética, no sentido pretendido. Isto parece-nos inatacável, e é, aliás, reconhecido pelo próprio Prof. Galvão Teles. Na verdade, conquanto o ilustre Mestre, ao afirmar resultar da instituição uma substituição tácita, use expressões como «deve fazer-se prevalecer a vontade efectiva do testador», «sendo esta vontade inequívoca...», «se ao certo se sabe...», etc., conquanto use expressões como estas, dizíamos, não deixa, por outro lado, de se exprimir em termos menos incisivos, usando fórmulas, de certo modo em contradição com as anteriores, que já não traduzem aquela certeza acerca da vontade do testador, tais como «... traduz (entenda-se, a conjunção traduz a vontade tácita) com grandes probabilidades...», «razoavelmente entendida» (a conjunção), «bem pode dizer-se», etc.. Estas e outras locuções logo mostram como aquela vontade tácita, no sentido da substituição recíproca, exteriorizada pela instituição conjunta é, afinal, uma vontade tácita inferida... com grandes probabilidades, é, afinal, uma vontade... presumida ou hipotética.

Tomemos um dos exemplos postos, justamente aquele qualificado de «mais sugestivo» para revelar como, efectivamente, a instituição conjunta envolve uma substituição tácita. Suponhamos que o testador deixa metade dos seus bens a *Primus* e *Secundus*, e a outra metade a *Tertius* e *Quartus*; se todos os chamados concorrerem à sucessão os resultados da partilha são os mesmos que se obteriam se o testador não tivesse constituído estes dois blocos de instituídos, ou

tivesse atribuído a cada um, um quarto da herança; e porque é assim, conclui o Prof. Galvão Teles que é forçoso entender, «sob pena de se reputar mentalmente afecto o testador», que com a formação de tais grupos teve este em vista exteriorizar a sua vontade de que cada uma das metades seja apenas para o respectivo grupo, de modo que, na falta de algum dos chamados, só o outro, abrangido no mesmo grupo, aproveite de tal falta.

E esta é, na verdade, *presunção possível*, mas apenas possível. Da formação dos grupos não se deduz, necessária e inequivocamente, a vontade do testador de substituir, uns aos outros, os respectivos componentes. Suponha-se, por exemplo, que *Primus* e *Secundus* são filhos de um irmão do testador, e *Tertius* e *Quartus* de outro; em tal hipótese, logo se vê que o mais natural não é que a vontade do testador seja a de que, na falta de algum dos sobrinhos, só o outro, com este compreendido no mesmo grupo, aproveite da porção não adquirida, mas antes a de que desta aproveitem também os outros. Na verdade, a explicação mais plausível da instituição feita em tais termos está no facto de, sendo as pessoas englobadas em cada um dos grupos filhos, respectivamente, de um e de outro irmão, se apresentarem na mente do testador com uma configuração unitária, como constituindo grupos (os filhos do meu irmão A, os filhos do meu irmão B), sem que, ao exteriorizar tal configuração tenha sido impellido pela vontade de substituir reciprocamente os membros de cada um dos grupos.

Assim se vê como, numa das hipóteses pelo Prof. Galvão Teles considerada mais sugestiva, a vontade do testador se pode ter orientado em sentido diverso daquele que pretende. E os exemplos em que circunstâncias várias determinem a instituição conjunta, sem que com ela se tenha querido dar vida a substituições tácitas, poderiam multiplicar-se; pode-se ter querido significar apenas que a partilha se faça em operações distintas, que cada um dos grupos mantenha em comunhão a respectiva quota, etc..

Portanto, a instituição conjunta tão-sòmente poderá revelar a vontade presumida do testador de que, na falta de um dos conjuntos, apenas o outro ou outros beneficiem da porção respectiva, mas nunca, só por si, uma vontade efectiva, como tem de ser a vontade tácita, com tal conteúdo. E, sendo assim, não podemos substituir à vontade por lei presumida a que o for por nós, quando com aquela se teve em vista precisamente evitar dúvidas. Podemos dizer, como

diz o próprio Prof. Galvão Teles, a propósito da nomeação conjunta relativa à totalidade do legado: «... essa vontade não apresenta um carácter certo, é apenas provável e, como tal, deve ceder perante a vontade, também provável, que o legislador presumiu».

Certo é que, nos casos de instituição conjunta, podem existir circunstâncias especiais, outros elementos, que revelem tal vontade tácita. Mas, então, esta não resulta da instituição conjunta, só por si, mas de todos esses elementos conjugados. «... Enquanto não aparecerem essas circunstâncias, e estivermos no domínio das *hipóteses normais* ou *mesmo prováveis*, nada é possível contra o texto da lei».

É esta também, fundamentalmente, a crítica dirigida à doutrina pelo Prof. Pires de Lima, cuja orientação, neste aspecto, nos parece de acolher.

Se quisermos olhar agora a solução proposta por um outro prisma, poderemos dizer que, mesmo aceitando envolver a instituição conjunta uma restrição à doutrina geral dos art.^{os} 1.852.^o e segs., então, o melhor caminho não seria o das substituições tácitas, mas antes o da existência de um fenómeno de não-decrescer, implicado por tais tipos de instituição, desenvolvendo-se paralelamente ao direito de crescer, na tese do Prof. Galvão Teles, ou preferente ao não-decrescer, no nosso ponto de vista, regulado nos art.^{os} 1.852.^o e segs.. Ligando o referido Mestre, tão intimamente, o não-decrescer às conjunções, não se vê por que não se manteve, nas hipóteses consideradas, fiel à sua ideia fundamental. Todavia, se por aí enveredasse, mais artificial ainda se revelaria a sua construção do «direito de crescer»; as semelhanças do nosso sistema com o do direito romano seriam, então, de tal ordem que dificilmente permitiriam continuar a sustentar a sua diferença de estrutura. Por outro lado, tal posição iria de encontro à opinião do próprio autor do Código, bem como de toda a nossa doutrina — inclusive, do Prof. Galvão Teles —, segundo a qual o nosso Código aboliu as conjunções. Aliás, dentro da posição efectivamente tomada pelo Prof. Galvão Teles, só *formalmente* se evitam tais consequências, pois, começando-se por afirmar ter o nosso Código abandonado o sistema das *conjunctiones*, vem-se afinal, a cair *praticamente* em tal sistema.

Para terminar as referências a este ponto, não queremos deixar de fazer ainda uma pergunta: Como pode envolver uma substituição tácita, nos termos pretendidos, aquilo que todas as legislações sempre

sentiram a necessidade de consagrar expressamente, para obter resultados semelhantes aos de tal substituição tácita ?

A razão de justiça invocada, além de apenas ter o valor que, só por si, têm as razões de tal género, isto é, ser capaz de determinar soluções *de iure condendo*, mas impotente para justificar soluções *de iure condito*, além disto, nada mais seria do que um reflexo do sistema injusto do Código. Mas há mais. Tal razão de justiça, nos termos em que é formulada, não existe, afinal. Aceitando que também neste campo deve ter aplicação o princípio de que, se só certas pessoas são prejudicadas pelo concurso de outras, só elas também devem beneficiar com a falta destas, logo se vê, como a formulação da razão de justiça assenta numa petição de princípio, pois se parte já da base de que a concorrência de uns componentes do grupo apenas prejudica os outros, no mesmo grupo compreendidos, quando a verdade é que, em face do art.º 1.852.º, tal concorrência *também* prejudica os instituídos, independentemente de tal grupo, e, portanto, também a estes deve aproveitar a falta dos primeiros.

Um outro argumento, trazido à liça pelo Prof. Galvão Teles, é o extraído do confronto com a solução, «que por certo ninguém contesta», para a hipótese de serem vários os substitutos ordinários de um dos instituídos e faltar algum deles, solução que consiste em fazer beneficiar de tal falta apenas os outros substitutos.

Aceitando tal solução como incontestável, repare-se, antes de mais, que ela é susceptível de plena explicação dentro da ideia de um não-decrescer preferente, como se verá, não impondo por isso, necessariamente, a aceitação da tese do Prof. Galvão Teles.

De qualquer modo, porém, de duas uma: ou a solução aceite, quanto ao caso da substituição com pluralidade de substitutos, se justifica com razões especiais, derivadas da própria configuração do instituto, ou, a querer baseá-la *exclusivamente* no facto dessa pluralidade de substitutos terem sido conjuntamente instituídos, repudiámo-la sem hesitações, por todas aquelas razões que já foram expostas (122).

Por fim, poder-se-á acrescentar, tendo em conta a restrição introduzida na sua doutrina geral pelo Prof. Galvão Teles, a respeito da

(122) Ver págs. 55 e seguintes.

conjunção relativa à totalidade de um legado, a observação feita pelo Prof. Pires de Lima: «Como se justificará, por exemplo, que a nomeação conjunta de herdeiros, em relação à mesma fracção da herança, deva conduzir à substituição recíproca, e não a conjunção relativa à totalidade do legado?» Se é apenas a existência da instituição conjunta que envolve uma substituição tácita, por que não há-de também envolvê-la em matéria de legados?

Não consideramos, por conseguinte, viável a posição tomada pelo Prof. Galvão Teles.

56 — Doutrina do Prof. Pires de Lima (123) : a) Exposição ; b) Apreciação crítica.

a) Como se viu, o Prof. Pires de Lima inclina-se para a solução de que os art.^{os} 1.852.º e segs. consagram um verdadeiro direito de crescer. Contrariamente, porém, à orientação corrente na nossa doutrina, não entende que toda a matéria de caducidade ou ineficácia de deixas testamentárias caia sob a alçada de tais preceitos, e isto porque, «se o legislador pretende estabelecer um regime para o crescer, supôs apenas os casos de quotas vagas, e não aqueles em que uma outra vocação absorve a deixa caduca ou ineficaz (direito de não-decrescer) que por esse motivo não deve ser considerada vaga, nem tão-pouco tem que crescer a ninguém». Daqui se vê como não seria descabido qualificar a doutrina do Prof. Pires de Lima como «do não-decrescer», pois é através de um fenómeno com tal configuração que se vai restringir o campo de aplicação dos art.^{os} 1.852.º e seguintes.

Em três sentidos fundamentais é desenvolvida a doutrina: no sentido de procurar demonstrar que os termos amplos do art.º 1.852.º têm de ser entendidos restritivamente; no de pôr à luz os afloramentos do não-decrescer que surgem na lei, para mostrar não ter sido tal figura esquecida pelo nosso legislador; e no sentido de anular o que possa dizer-se em contrário com base no facto de o nosso Código ter abolido o sistema das *conjunctiones*.

O art.º 1.852.º está redigido em termos genéricos, parecendo ter uma amplitude total. Não obstante isto, e desde que nele se quis fixar o destino das quotas vagas, não terá aplicação uma vez que se

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

apure não existirem quotas vagas, devendo, conseqüentemente, ser interpretado restritivamente.

Esta inexistência de quotas vagas pode resultar da lei ou de elementos do próprio testamento. E assim é que, designadamente, transcendem o âmbito dos art.^{os} 1.852.^o e segs. os casos de revogação, nulidade, ineficácia originária das deixas testamentárias, bem como ainda os de não verificação de condição suspensiva, os quais não estão previstos naqueles preceitos, embora a nossa doutrina insista, preconcebidamente, em incluí-los aí. Tais casos terão, antes, a sua solução noutros preceitos da lei, ou no próprio testamento. E esta observação tem particular significado porque se trata justamente de casos em que «deve presumir-se a existência de uma vocação global», envolvendo, portanto, um fenómeno de não-decrescer.

Trata-se, como se disse, de casos não previstos no art.^o 1.852.^o. Todavia, mesmo naqueles outros em tal preceito expressamente contemplados, haverá, por vezes, que subtraí-los à sua aplicação por virtude precisamente da existência de elementos do testamento que o imponham.

É certo que a doutrina corrente tem submetido muitos daqueles casos não previstos ao regime do art.^o 1.852.^o, considerando-o meramente exemplificativo. Invoca-se, designadamente, em abono de tal atitude, o preceito do art.^o 1.822.^o e § único, apesar de tais preceitos, diz-se, conjugados com o art.^o 1.823.^o, conduzirem justamente à solução contrária.

O modo por que correntemente se argumenta é o seguinte: o § único do art.^o 1.822.^o prevê, a propósito da não-verificação de condição suspensiva, por um lado, a hipótese de entre o co-herdeiro testamentário condicional e o incondicional poder dar-se o direito de crescer, por outro lado, a hipótese de tal não poder ter lugar; e, sendo assim, revela-se aqui o carácter exemplificativo do art.^o 1.852.^o, pois estamos perante uma hipótese que nele não é prevista, de modo que o direito de crescer é a regra; só assim não seria se o § único do art.^o 1.822.^o tivesse em vista os casos de estipulação expressa por parte do testador, interpretação manifestamente inverosímil, pois implicaria que a lei chama direito de crescer a uma substituição directa...

E, no entanto, é assim, sustenta o Prof. Pires de Lima. Dentro da orientação referida, o direito de crescer, a que se refere o § único do

art.º 1.822.º, como verdadeiro direito de crescer, só não teria lugar quando afastado pelo testador. Ora, numa hipótese destas, de não haver direito de crescer, e, portanto, de existir vontade do testador afastando-o, o art.º 1.823.º estabeleceria, dentro de tal interpretação, uma solução inverosímil ao mandar entregar a administração ao herdeiro legítimo presumido, e isto porque se não compreende que o testador declare que, no caso de a condição se não verificar, a deixa condicional não crescerá aos outros co-herdeiros, e não tenha nesse caso indicado o substituto do herdeiro condicional; ao contrário, uma vez que o testador pôs para si o problema do destino dos bens, a ponto de afastar os outros co-herdeiros do direito de crescer, é de presumir que tenha levado o seu raciocínio até ao fim, dizendo quem deve substituir o herdeiro condicional, na hipótese de a condição se não verificar; o normal, portanto, será a nomeação de um substituto, e seria a este, e não aos herdeiros legítimos, que devia ser entregue a administração dos bens, contra o que dispõe o art.º 1.823.º. Este artigo só se compreende, portanto, uma vez que o direito de crescer seja olhado como excepcional. «Se for estipulado, a administração é entregue aos herdeiros testamentários incondicionais porque são estes os substitutos. Não sendo estipulado, como não existe ninguém com direito de crescer por força da lei — passe a expressão — são chamados à sucessão como substitutos, os herdeiros legítimos, aos quais competirá, por isso mesmo, a administração dos bens durante a pendência da condição». Isto é, esse direito de crescer é, afinal, uma substituição vulgar, o que redundaria em prejuízo do argumento correntemente formulado, a que nos referimos.

Nem se argumente — continua o Prof. Pires de Lima, derivando já para outra razão — com os termos amplos do art.º 1.853.º (não quererem ou não poderem os legatários receber o respectivo legado), pois, conquanto sendo tal preceito susceptível de uma interpretação lata, também o é de uma interpretação restrita. E, sendo assim, logo se vê que ele apenas deverá ter o alcance que lhe puder ser atribuído, em função do artigo anterior, uma vez que se trata de preceitos intimamente ligados.

Uma outra razão, normalmente invocada, é a analogia entre as hipóteses de caducidade previstas no art.º 1.852.º e as de ineficácia por não verificação da condição suspensiva. Tal analogia não tem, porém, fundamento em face da natureza do direito de crescer, o

qual, porque o é verdadeiramente, foi restringido pelo legislador àquelas hipóteses em que pôde presumir a vontade do testador de afastar aqueles que por força do próprio testamento ou por força da lei tinham virtualmente o direito de absorver as deixas caducas ou ineficazes. «O direito de crescer começa onde acaba ou deve acabar o direito de não-decrescer, e o legislador entendeu que este não devia acabar nos casos duvidosos...», como os que ficaram referidos, chamando, por isso, os herdeiros legítimos à sucessão das deixas testamentárias, só na aparência vagas, mas que potencialmente lhes pertencem.

E o entendimento do legislador justifica-se. Na verdade, só nas hipóteses que o art.º 1.852.º prevê é que é razoável supor que tenha sido vontade do testador afastar definitivamente os herdeiros legítimos. Trata-se de casos normalmente não previstos pelo testador, e sempre independentes da sua vontade, portanto, de casos em que o testador cria inteiramente e legitimamente na viabilidade da sua pretensão, sendo, por isso, de presumir a sua vontade de afastar definitivamente os sucessíveis legítimos com o consequente surgir de quotas vagas, aptas ao crescer, quando efectivamente algum ou alguns dos chamados não concorrer à sucessão. Porém, tratando-se de casos em que o testador previu ou devia prever a não efectivação da vocação, e não tomou providências, traduzidas na nomeação de substituto, é porque quis permitir aos herdeiros legítimos o exercício do direito que virtualmente lhes pertence.

Estas considerações são confirmadas pelos próprios termos em que está redigido o art.º 1.852.º, o qual não fala em o herdeiro ser incapaz ou indigno de receber a herança, mas em se tornar incapaz ou indigno de receber, o que não pode significar senão que, se o herdeiro já o era, aquando da feitura do testamento, não há que fazer crescer a sua quota a ninguém, justamente porque, em tais hipóteses, já se está no campo de não-decrescer, que, em regra, aproveita aos herdeiros legítimos, e, excepcionalmente, aos testamentários.

De tudo o que vem de expor-se resulta não só que não é possível incluir no art.º 1.852.º aquilo que lá não está, mas ainda que há que interpretar restritivamente o preceito quanto aos próprios casos que prevê, de modo a deixar margem a um fenómeno de não-decrescer, em relação ao qual o direito de crescer se apresenta com carácter

excepcional, apenas com aplicação nos casos em que existam quotas vagas.

Derivando para a segunda objecção que costuma opor-se à existência de um não-decrescer no nosso Direito, ou seja o silêncio da lei a tal respeito, procura mostrar o Prof. Pires de Lima como tal dificuldade não tem fundamento através de preceitos em que se previram hipóteses de não-decrescer, e justamente por se tratar de casos em que não há razões para supor existente uma quota vaga. É o que sucede com os art.ºs 1.854.º, § único, 1.868.º, 1.907.º e 2.250.º.

No § único do art.º 1.854.º dispõe-se : «se, porém, sendo o legado onerado com algum encargo, este caducar, lucrará o legatário o proveito que daí lhe resultar, se o testador não tiver ordenado o contrário. «Entre legatários não há direito de crescer (art.º 1.854.º). Não obstante isso, consagra-se neste parágrafo um não-decrescer, justamente porque o impor-se a um legatário determinado encargo não implica que a vocação do legatário deixe de ter virtualidade para absorver todo o objecto, de modo que, desaparecendo o encargo, seria necessário fazer decrescer o direito do próprio legatário para não lhe atribuir o benefício.

Fenómeno semelhante se verifica na hipótese prevista no art.º 1.868.º, redigido nos seguintes termos : «Se o fideicomissário não aceitar a herança ou legado, ou se falecer antes do fiduciário, caducará a substituição, ficando o fiduciário com a propriedade definitiva dos bens». Ao contrário do anterior este preceito estende-se também às heranças. Por outro lado tal preceito deve considerar-se aplicável ainda à hipótese inversa, isto é, de ser o fiduciário que repudia, etc., já que tanto um como o outro têm, potencialmente, poderes para absorver todo o fideicomisso, não dando, por isso, lugar o desaparecimento de algum deles a uma quota vaga, apta a crescer a alguém.

No art.º 1.907.º diz-se : «Se o testador houver legado aos testamentários conjuntos alguma retribuição, a parte de que se escusar, ou não puder aceitar o encargo, acrescerá à dos outros». Mais uma vez se afastam os art.ºs 1.852.º e segs.. Como cada um dos legatários tem direito a absorver a totalidade do legado, absorve-a efectivamente logo que os outros não possam receber a parte que lhes deveria competir.

Finalmente, neste mesmo sentido, é particularmente sugestivo

o art.º 2.250.º, concebido do seguinte modo : «O usufruto, constituído em proveito de várias pessoas vivas ao tempo da sua constituição, só acaba por morte da última que sobreviver». Estamos perante mais um caso em que o legislador entendeu que o facto de se ter atribuído o usufruto a várias pessoas revela a vontade do testador de o atribuir, virtualmente, por inteiro a cada um dos chamados, de modo que, extinto o usufruto em relação a algum, terá lugar um fenómeno de não-decrescer em proveito dos outros.

Em face destes preceitos, fácil é concluir como apenas é aparente o silêncio da lei a respeito de um fenómeno de não-decrescer.

Faz incidir, por último, o Prof. Pires de Lima a sua atenção naquela outra dificuldade oposta à existência de um não-decrescer na nossa lei, ou seja o facto de se ter abolido o sistema das *conjunctiones*.

Trata-se, todavia — e aqui estamos de pleno acordo com o Prof. Pires de Lima — de uma dificuldade puramente imaginária. É que, na verdade, a abolição das conjunções representou uma reacção, não directamente contra o não-decrescer em si, mas contra as soluções em desconformidade com a vontade do testador a que levava aquele sistema. Ora, se a reacção se dirigiu à teoria das conjunções, e não ao não-decrescer, nenhum motivo existe para considerar banida esta ideia. Sempre que uma deixa testamentária englobe em si uma outra, a caducidade desta só pode beneficiar o destinatário daquela.

Sintetizando as conclusões que podem inferir-se de todas as considerações feitas, exprime-se o Prof. Pires de Lima nos seguintes termos : «Sendo excepcionais os princípios contidos nos art.ºs 1.852.º e segs., eles só devem aplicar-se nos três casos previstos naquele primeiro artigo. Em qualquer outro, se em nenhuma disposição testamentária se integra a deixa ineficaz, deverão ser chamados os herdeiros legítimos, nos termos do art.º 1.968.º. Mesmo naqueles três casos, cessa a aplicação dos mesmos artigos se se puder verificar, usando os meios de interpretação dos testamentos, que a deixa ineficaz não deve considerar-se vaga, por estar englobada noutra disposição testamentária. Simplesmente, não nos servem para chegarmos à conclusão de que a quota não é vaga, as simples conjunções, porque elas conduzem facilmente aos exageros em que caiu o Prof. Galvão Teles. Essas, de per si, devem considerar-se definitivamente abolidas, com a publicação do Código Civil, como meio de interpre-

tação da vontade testamentária. São sempre necessários outros elementos de informação, e os termos em que esses elementos devem influenciar o intérprete, embora não se possam enunciar, podem exemplificativamente referir-se, ou até se podem formular alguns critérios com base nas hipóteses em que o novo legislador manteve expressamente o princípio do *ius non decrescendi*.

Fazendo a aplicação destes princípios, refere o Prof. Pires de Lima várias hipóteses em que deve entender-se existir um fenómeno de não-decrescer, em prejuízo do direito de crescer regulado nos art.º 1.852.º e seguintes.

Quando exista um encargo onerando exclusivamente um dos herdeiros, a sua caducidade beneficiará apenas esse herdeiro, e não também os outros instituídos. É o caso de o testador dizer: «Deixo a A metade da minha herança, e B a outra metade, com o encargo de dar a C a quantia de X»; se C repudiar, a solução que se impõe é a de apenas B beneficiar com tal repúdio, e não também A. A solução contrária iria, incompreensivelmente, chocar com o critério do § único do art.º 1.854.º, e reafirmado no art.º 1.868.º. Na mesma orientação, o repúdio do usufruto deve aproveitar apenas ao proprietário da raiz.

Solução semelhante deve adoptar-se quando do próprio testamento resulta o chamamento de um herdeiro ou legatário que engloba expressamente uma segunda vocação. É o caso de se dizer: «Deixo a A a minha biblioteca; deixo a B os livros X e Y», ou «deixo a A a minha garrafeira; deixo a B seis garrafas de vinho do Porto». Em tais hipóteses, a falta de B apenas deve beneficiar A, por força de direito virtual que este tem a toda a garrafeira ou a toda a biblioteca, isto é, por força de um fenómeno de não-decrescer.

Noutras hipóteses, ainda, deve a solução ser idêntica, como naquelas em que o testador diz: «Deixo todos os meus prédios sítos no concelho X a A; deixo o prédio y (um dos situados neste concelho a B); «deixo os móveis da minha casa de habitação a A; deixo a minha mobília de quarto a B», etc..

Outro grupo de casos em que deverá funcionar o *ius non decrescendi* são aqueles em que se institui uma generalidade de pessoas não individualizadas para lhes atribuir uma porção delimitada de herança ou do legado, casos em que deve entender-se ser indiferente ao testador o número de beneficiados. Uma hipótese característica

é a de uma instituição nos seguintes termos: «Deixo 20 contos para distribuir igualmente pelas casas de caridade do concelho X». Se algumas dessas casas repudiar, a quota que lhe deveria competir vai aproveitar às outras, não por direito de crescer, mas porque a sua vocação já continha, virtualmente, a parte repudiada; não há uma quota vaga, mas um mero fenómeno de não-decrescer. O mesmo se pode dizer no caso de se deixar uma porção da herança aos filhos de determinada pessoa, sem os individualizar.

b) A construção do Prof. Pires de Lima é, sem dúvida, engenhosa. Não obstante isso — ou, talvez, mesmo por isso — cremos não traduzir fielmente a realidade legislativa. Teòricamente, julgamos que não pode aceitar-se; pràticamente, as vantajosas consequências que dela se pretendem tirar apresentam-se-nos, umas como inaceitáveis, outras como tendo a sua explicação dentro de princípios e ideias diversas daquelas de que parte o distinto Professor.

Expusemos pormenorizadamente o pensamento do Prof. Pires de Lima, dominados pela preocupação de evitar que a síntese que dele fizéssemos o pudesse atraiçoar, por virtude da amputação de alguma das suas facetas. Todavia, impõe-se agora, para facilidade de apreciação, fazer tal síntese, ou melhor, fazer um esquema dos sucessivos lanços de doutrina, esquema esse que julgamos poder delinear-se do seguinte modo:

O direito de crescer supõe uma quota vaga; quota vaga não existe quando uma outra vocação absorve a deixa caduca ou ineficaz, isto é, quando paralelamente se desenvolve um fenómeno de não-decrescer; tal fenómeno tem lugar, sempre que haja elementos no testamento para supor que afinal a quota não é vaga, ou quando a hipótese tem solução em outras disposições da lei, o que sucede, designadamente, em todos os casos não previstos no art.º 1.852.º, em que beneficiam das porções não adquiridas, por não-decrescer, aqueles a quem tiver sido feita uma deixa, em que se integra a deixa caduca ou ineficaz, e na falta de chamados com tal posição, os herdeiros legítimos, bem como sucede ainda, mesmo nos casos previstos naquele preceito, quando a deixa ineficaz esteja englobada numa outra, segundo determinados critérios que ficaram referidos.

O direito de crescer supõe uma quota vaga. Já se procurou mostrar como — em nosso entender — tal afirmação não tem qualquer

alcance relevante no sentido que se pretende. Efectivamente a noção de quota vaga que pode apreender-se nos escritos do Prof. Pires de Lima é alguma coisa que surge nos mesmos termos, quer quando o fenómeno é de crescer, quer quando o fenómeno é de não-decrescer. Ou a quota vaga supõe uma vocação que se não efectiva, e, então, tal pode suceder em qualquer das configurações do crescer. Ou quota vaga existe quando não há uma vocação que absorve a deixa não-adquirida, portanto, um fenómeno de não-decrescer, o que, como é evidente, não nos diz qual o mecanismo do fenómeno em virtude do qual se dá a atribuição da porção não-adquirida, quando não exista uma vocação com o tal poder de absorção, ou este já se tenha esgotado. Isto é, averiguado que não há qualquer vocação com o poder de absorver a porção não-adquirida, devolve-se tal porção àquele ou àqueles que são indicados nos art.ºs 1.852.º e segs.; fica, todavia, por demonstrar *como* se devolve, se por uma nova vocação, se pelo alargamento da primitiva vocação dos beneficiados, caso este em que, afinal, quota vaga nunca chegaria existir, tal como é entendida pelo Prof. Pires de Lima. É, portanto, para nós evidente ser um nome sem conteúdo, relevante para os fins que se tem em vista (natureza do fenómeno regulado nos art.ºs 1.852.º e segs.), a expressão quota vaga; o problema referido fica exactamente no mesmo pé.

Este argumento transportado, por exemplo, para o direito romano apresentar-se-ia assim: as conjunções envolvem um fenómeno de não-decrescer; se aquelas, e, portanto, este não existirem, haverá quota vaga, que pode beneficiar outrem por direito de crescer; e, no entanto, beneficiava outrem, sim, mas ainda e também por não-decrescer, de modo que quota vaga não chegava, afinal, a existir.

Significará isto, todavia, que a nossa posição, a respeito da questão das quotas vagas, prejudica toda a construção do Prof. Pires de Lima, quanto ao problema agora em discussão? É evidente que não. O problema, naquilo que tem de substancial, põe-se nos mesmos termos em ambas as concepções. Com efeito, admitido que os art.ºs 1.852.º e segs. consagram um simples não-decrescer, pode sustentar-se tratar-se de um não-decrescer de «recurso» ou «subsidiário»; pode sustentar-se que tal fenómeno só entra em funcionamento, quando não houver uma outra vocação que, por força da lei ou do testamento, absorva a deixa ineficaz ou caduca, preferentemente em

relação à vocação daqueles que são beneficiados pelos art.^{os} 1.852.^o e seguintes.

Um primeiro passo para restringir o campo de aplicação dos art.^{os} 1.852.^o e segs., se procura dar recorrendo ao art.^o 1.822.^o, conjugado com o art.^o 1.823.^o; do confronto de tais preceitos resultaria não querer o art.^o 1.822.^o, § único, referir-se, ao falar em direito de crescer, ao fenómeno regulado nos art.^{os} 1.852.^o e segs., o que redundaria em prejuízo da doutrina que sustenta o carácter exemplificativo do art.^o 1.852.^o, com base no facto de aquele § único falar em direito de crescer numa hipótese não prevista no art.^o 1.852.^o.

O raciocínio do Prof. Pires de Lima é este: Dentro da tese oposta o direito de crescer só não tem lugar quando expressamente afastado; mas quando tal sucede, o testador nomeia normalmente um substituto, sendo irreal a hipótese de o não fazer; e, havendo um substituto, é a este que deve ser entregue a administração dos bens. O art.^o 1.823.^o, na hipótese de não haver o direito de crescer, a que se refere o art.^o 1.822.^o, entrega a administração dos bens aos herdeiros legítimos; e se o faz é porque, em tal hipótese, não há substituto; mas se não há substituto é porque, afinal, o tal direito de crescer não precisou de ser afastado expressamente; e, se assim é, temos que se não considera nestes preceitos aquele verdadeiro direito de crescer, regulado nos art.^{os} 1.852.^o e segs., e que precisa de ser afastado expressamente, mas antes uma simples substituição vulgar. Não tem, pois, fundamento o argumento que correntemente se formula, com base no § único do art.^o 1.822.^o, a favor do carácter exemplificativo do art.^o 1.852.^o.

O fulcro do raciocínio do Prof. Pires de Lima apresenta-se facilmente vulnerável, dado o seu carácter meramente tendencial. Efectivamente, parte-se do princípio de que, *normalmente*, o testador, ao afastar o direito de crescer, nomeia um substituto. Acrescenta-se, todavia, depois que é irreal a hipótese de o testador não nomear substituto e em tal base se assenta.

Será efectivamente irreal tal hipótese? Parece-nos que não. Mais, cremos mesmo ser essa a hipótese normal. Com efeito, o normal é que o testador disponha em favor de certa pessoa em atenção a ela, porque a quis beneficiar, de modo que, na falta desta, e uma vez que se afaste o direito de crescer, são os herdeiros legítimos que devem aproveitar da porção não adquirida. Mais irreal é a hipótese

que o Prof. Pires de Lima considera normal, pois parte do princípio de que o testador dispõe em favor de certa pessoa, não com o intuito imediato de a beneficiar, mas antes com o fim de afastar os herdeiros legítimos, o que, na generalidade dos casos, não corresponde à realidade das coisas; e só sendo esse o fim do testador é que se compreende que ele nomeie substituto. Nem se diga que o legislador presume, ao estabelecer o direito de acrescer, a vontade do testador de afastar os herdeiros legítimos, pois, uma vez que ele derroge o acrescer, cessa tal presunção. A nomeação de substituto tem sempre carácter esporádico, excepcional. E tem-no, designadamente, na hipótese em discussão. Na verdade, porque é que o testador afasta o direito de acrescer? Naturalmente porque apenas quer beneficiar os herdeiros com aquela quota que lhes atribuiu em testamento. Mas o testador, porque afastou o acrescer, previu, naturalmente, a falta de um dos chamados, e, conseqüentemente, pensou em fazer com que tal falta fosse beneficiar outrem; mas quem? Os herdeiros legítimos, ou um substituto? Naturalmente, os herdeiros legítimos. Com efeito, como se compreende que ele retire um benefício àqueles que chamou em primeira mão à sucessão, para o atribuir a uma outra pessoa, apenas em função de um fenómeno de substituição? Tal só poderia compreender-se se o testador tivesse um particular carinho pela pessoa do substituto, superior àquele que aos herdeiros devotava; mas, se isto for assim, qual a razão por que o não chamou em paralelo, com a mesma posição que os outros herdeiros instituídos? A circunstância de se ser chamado como substituto, subsidiariamente, de se ser chamado, portanto, a um benefício incerto, é sem dúvida sinal de que o afecto, ou quaisquer outras razões da instituição, agem com uma intensidade muito menor do que aquela com que actuam quanto aos herdeiros. E, sendo assim, não é hipótese verosímil a de o testador afastar o direito de acrescer, que teria lugar em benefício dos herdeiros instituídos, ao mesmo tempo que nomeia um substituto para alguma quota que, eventualmente, venha a ficar vaga. O facto de se ter afastado a possibilidade de acrescer só pode, verosimilmente, significar ser intenção do testador que a falta de algum dos herdeiros instituídos vá beneficiar os herdeiros legítimos, por força do art.º 1.968.º. Consideramos, assim, como «fim» natural do raciocínio do testador que afaste o direito de acrescer deixar actuar o art.º 1.968.º, e não nomear qualquer substituto. E, sendo assim, com-

preende-se e justifica-se plenamente o art.º 1.823.º, dentro da ideia de que o art.º 1.822.º se refere ao acrescer regulado nos art.ºs 1.852.º e seguintes.

Concedendo mesmo que, no caso de o testador afastar o direito de acrescer, tanto é verosímil a nomeação de um substituto, como deixar que a herança se defira aos herdeiros legítimos — o máximo que pode conceder-se — a única conclusão a tirar seria esta: no caso de não haver nomeação de substituto, a administração dos bens competiria aos herdeiros legítimos; no caso de haver essa nomeação, a questão de administração dos bens constituiria um caso omisso a integrar nos termos gerais, designadamente, por exemplo, dentro da concepção do Prof. Galvão Teles (124), a integrar mediante a aplicação analógica do art.º 1.822.º (125).

Mas aqui tocamos num outro ponto melindroso da questão, que, sob um outro aspecto, revela a falibilidade do argumento. Com efeito, supondo que o testador, porque afastou o direito de acrescer, nomeou um substituto, impor-se-á, na verdade, que a administração seja atribuída a tal substituto? O ponto é discutido. Conquanto haja quem se pronuncie pela afirmativa (126), o certo é que são de ponderar as fortes razões aduzidas em sentido contrário. Efectivamente, atribuída à substituição vulgar a natureza de uma instituição condicional, como é dominante entre nós (127), dificilmente poderá sustentar-se tal solução. Sendo o substituto vulgar também um herdeiro condicional parece que, nessa qualidade, não lhe pode ser concedido aquilo que aos herdeiros condicionais é negado. A este propósito são elucidativas as seguintes considerações do Prof. Galvão Teles (128): «A inexactidão do referido ponto de vista resulta, com particular evidência, de um exemplo em que se deixe a herança a

(124) E, segundo parece, dentro da própria concepção do Prof. Pires de Lima.

(125) *Ob. cit.*, pág. 262, nota 2.

(126) *V. g.*, Dr. Cunha Gonçalves, *Tratado*, vol. IX, pág. 552.

(127) *Ver, v. g.*, Prof. Galvão Teles, *Direito de Representação, Substituição Vulgar e Direito de Acrescer*, págs. 177 e segs.; *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 75.º, págs. 391 e segs.; Dr. Cunha Gonçalves, *Tratado*, vol. X, pág. 130; José Tavares, *Sucessões*, pág. 404; Ruggiero, *Istit.*, vol. II, pág. 889; Barassi, *Succ.*, pág. 228, etc., etc.

(128) *Ob. cit.*, págs. 206-207.

determinado indivíduo sob condição suspensiva, e a outro para o caso em que a dita condição se não realize: «quero que seja meu herdeiro Pedro, se se der determinado acontecimento, *porque, se este acontecimento não se der, será herdeiro Paulo*». Porque havia de conceder-se a administração a Paulo, e não a Pedro, quando é certo que ambos são herdeiros condicionais? E o absurdo resulta maior ainda, se se pensar que o testador, sem alterar a substância da disposição, podia redigi-la de modo diverso, referindo-se primeiro a Paulo e só em seguida a Pedro».

«Não pode, pois, imputar-se a mero lapso a omissão da lei quanto à substituição vulgar» (129).

Daqui se vê com quantas dificuldades depara a asserção, em cuja base raciocina o Prof. Pires de Lima.

Por outro lado o entendimento do Prof. Pires de Lima depararia com dificuldades do mesmo género daquelas que se pretende ver dentro do entendimento oposto. Efectivamente, dentro da orientação do referido Professor teríamos: a administração dos bens é entregue aos co-herdeiros incondicionais, substitutos do condicional (art.º 1.822.º, § único); essa administração é entregue aos herdeiros legítimos presumidos, quando não existirem co-herdeiros substitutos.

Ora, se a administração dos bens só é entregue aos substitutos quando estes forem co-herdeiros testamentários incondicionais, temos do mesmo modo aquela «solução inverosímil», de entregar essa administração aos herdeiros legítimos, quando existam substitutos que não sejam co-herdeiros incondicionais.

Outras soluções inexplicáveis haveria ainda, dentro do pensamento do Prof. Pires de Lima, a aceitar-se a interpretação que o mesmo Professor dá aos preceitos em causa. Na verdade, de harmonia com esta, conclui-se que, não existindo substitutos nomeados, «porque não existe ninguém com direito de acrescer por força da lei, são chamados à sucessão, como substitutos, os herdeiros legítimos, aos quais competirá, por isso mesmo, a administração dos bens durante a pendência da condição». Ora, sendo certo, por outro lado, que se admite poderem os elementos do testamento revelar existir uma outra deixa que englobe a ineficaz ou caduca, de modo que aos beneficiários

(129) No mesmo sentido, ver *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 75.º, págs. 391 e seguintes.

daquela deva aproveitar esta, não se compreende por que razão devem continuar os herdeiros legítimos a administrar os bens, e não aqueles beneficiários.

A circunstância de se considerar a substituição apenas entre co-herdeiros, e debaixo do nome de direito de acrescer, não pode significar senão que, efectivamente, se trata de direito de acrescer e não de substituição vulgar, pròpriamente dita.

Além do que acaba de dizer-se, há que considerar ainda o facto de existir identidade de razão, para admitir o acrescer nos casos de não-verificação de condição suspensiva, em relação aos previstos no art.º 1.852.º, como se verá.

Concluimos, pois, ter em vista o § único do art.º 1.822.º o acrescer, regulado nos art.ºs 1.852.º e seguintes.

Caminhando, agora, para outras das razões aduzidas, diremos que, se é certo que o art.º 1.853.º é susceptível de uma interpretação restrita, a verdade é que os termos amplos em que está redigido não podem deixar de considerar-se um sintoma do seu carácter exemplificativo; trata-se de uma razão de efectivo valor, o qual só poderá ser prejudicado por fortes razões em contrário, que não existem. Esse valor aparece ainda com mais relevo depois de se mostrar, através do art.º 1.822.º, § único, o carácter exemplificativo do art.º 1.852.º: há que interpretar este preceito extensivamente, e não o art.º 1.853.º restritivamente.

Só assim interpretado ficará de harmonia com a *ratio legis*, que impõe identidade de solução quanto a outros casos nele não previstos.

E não poderá, efectivamente, invocar-se a analogia entre a hipótese de não-verificação de condição suspensiva e os casos previstos no art.º 1.852.º? O Prof. Pires de Lima sustenta que não porque estes são casos em que o legislador pôde presumir a vontade do testador de afastar aqueles que por força da lei ou do próprio testamento tinham virtualmente o direito de absorver as deixas ineficazes ou caducas. Os casos previstos no art.º 1.852.º seriam, efectivamente, casos em que é razoável supor a vontade do testador de afastar definitivamente os herdeiros legítimos, pois neles o testador cria inteira e legitimamente na viabilidade da sua pretensão.

Será, na realidade, assim? Não poderá dizer-se isto mesmo quanto aos casos de não-verificação de condição suspensiva? Cremos firmemente que sim. Basta confrontar, por exemplo, a hipótese de não

verificação de condição suspensiva com a de repúdio. Com que fundamento pode afirmar-se que nos casos de repúdio, não obstante este, o testador cria inteira e legitimamente na viabilidade da sua pretensão, e nos casos de não-verificação de condição tal não sucede, devendo, ao contrário, o testador prever tal ineficácia? Parece-nos evidente que tanto a emergência de não-verificação da condição suspensiva, como a do repúdio, estão, sob este aspecto em pé de igualdade: ambas podiam e deviam ser previstas pelo testador. Tanto num como noutro caso há a mesma razão para crer ou não na viabilidade da pretensão, nada havendo que justifique qualquer diferenciação de regimes.

Nem se diga que a condição é alguma coisa que consta concretamente do próprio testamento. Isso em nada influi no aspecto agora em causa. Pense-se, por exemplo, numa hipótese em que, sendo a deixa onerada com particulares encargos, é natural prever-se o repúdio, e numa deixa condicional, mas cuja condição só muito dificilmente não se poderá verificar, de modo que era de crer inteira e legitimamente na sua viabilidade; logo se vê como não há nenhuma razão para estabelecer diferente regime para as duas hipóteses. Isto é, em *abstracto*, não pode dizer-se que esta ou aquela hipótese devia ser prevista e outra não; só em *concreto* alguma coisa poderá dizer-se a esse respeito, mas, então, consoante as circunstâncias do caso concreto, tanto pode dever ou não dever ser previsto o repúdio, como a não-verificação de condição suspensiva. E, como o legislador tem de colocar-se no campo abstracto, logo se vê a identidade de razão para considerar, a par dos casos previstos no art.º 1.852.º, outros que o não estão, designadamente, a hipótese de não-verificação de condição suspensiva.

Estas realidades insofismáveis, são, aliás, confirmadas pelo próprio desenvolvimento do pensamento do Prof. Pires de Lima. Diz-se, na verdade, que os casos previstos no art.º 1.852.º são hipóteses em que deve existir o direito de acrescer porque é de presumir neles (em razão daquelas circunstâncias já, mais de uma vez, referidas) a vontade do testador de afastar definitivamente aqueles que por força do *próprio testamento* ou por força de lei tinham virtualmente o direito de absorver as deixas caducas ou ineficazes; e, não obstante dizer-se isto, vem-se sustentar que, mesmo em tais casos, cessa a aplicação daqueles artigos «se se puder verificar, usando os meios de

interpretação dos testamentos, que a deixa ineficaz não deve considerar-se vaga, por estar englobada noutra disposição testamentária»; isto é, não obstante nos três casos referidos no art.º 1.852.º ser de presumir a vontade do testador de afastar aqueles que por força do próprio testamento tinham poder para absorver as deixas vagas, apesar disso vem, afinal, a atribuir-se tais deixas a essas pessoas... Por outras palavras, nada mais se diz que isto: existe direito de crescer, isto é, aplicam-se os art.ºs 1.852.º e segs., quando não exista uma vocação que absorva a deixa caduca ou ineficaz, isto é, quando não exista um fenómeno de não-decrescer; existe uma vocação com tal natureza, isto é, um fenómeno de não-decrescer, quando não for afastado pelos art.ºs 1.852.º e segs., isto é, pelo direito de crescer, formulados pelo legislador com base na presunção de que em tais casos é intenção do testador afastar aqueles que por força do próprio testamento ou da lei tinham virtualidade para absorver as deixas não adquiridas.

Isto nada mais é do que entregar tudo ao arbítrio do intérprete. O art.º 1.852.º dispõe de determinada maneira, mas isso não interessa, desde que nós, intérpretes, averiguemos, não mediante o apuramento *de vontades inequívocas, tácitamente exteriorizadas*, mas por presunções mais ou menos fundadas que tais preceitos não devem aplicar-se. Sobre este ponto mais alguma coisa se dirá.

Estas dificuldades nada mais são, aliás, do que fruto do conceito artificial de quota vaga com que insistentemente se joga. Outro aspecto em que isso mesmo se revela é o seguinte. Afirma-se existir quota vaga, e, portanto, direito de crescer quando uma outra vocação não observe a deixa ineficaz ou caduca, e reconhece-se, por outro lado, que os herdeiros legítimos têm sempre potencialidade para absorver toda a herança, de modo que, afinal, parece que nunca deveria haver quota vaga. E, então, diz-se que tal não sucede porque os art.ºs 1.852.º e segs. vem justamente afastar aqueles — os herdeiros legítimos — que por força da lei têm virtualidade para tudo absorver. Isto é, primeiro vai-se restringir o campo de aplicação daqueles preceitos em função da inexistência de quotas vagas; mas como, porque os herdeiros legítimos tudo podem absorver, nunca haveria quota vaga, viram-se as coisas ao contrário, e agora já não é a inexistência de quotas vagas a marcar os limites do crescer, das quotas vagas, mas estas a marcar os limites da inexistência de quotas vagas. Mas,

aparentemente resolvida esta dificuldade, não se fica por aqui : agora é outra vez a inexistência de quotas vagas a marcar os limites das quotas vagas, isto é, do acrescer dos art.^{os} 1.852.^o e segs.. Mas não obsta à aplicação destes preceitos o facto de não existirem quotas vagas, em quaisquer circunstâncias ; é necessário que a não existência de quotas vagas derive do próprio testamento, pois aquela que deriva do facto de os herdeiros legítimos terem potencialidade para tudo abranger, essa, não interessa. Vê-se, assim, como o conceito de quota vaga joga neste ou naquele sentido, limitado desta ou daquela maneira, sendo restringido ou restringindo, consoante as emergências.

Nenhum valor atribuímos também ao argumento deduzido do facto de o art.^o 1.852.^o falar em «se tornar incapaz ou indigno...». Além de que terminologia diversa é empregada quanto ao caso da pré-morte, o uso da expressão referida tem a sua explicação na circunstância de a hipótese normal e natural ser a de, efectivamente, a incapacidade ou a indignidade ter lugar depois de feito o testamento, pois não se compreende que o testador contemple pessoas que sabe serem incapazes de suceder. Porém, se, porventura, o fizer devem continuar ainda a ter aplicação os art.^{os} 1.852.^o e segs.. Na verdade, ou o testador, aquando da feitura do testamento, tinha conhecimento da incapacidade ou não. Se tinha esse conhecimento e, apesar disso, contemplou o incapaz — hipótese, aliás, pouco verosímil — outro alcance não pode ter a disposição senão o de fazer beneficiar, por acrescer, os outros herdeiros ; é certo que será incompreensível ir fazer beneficiar, pela via indirecta do acrescer, aqueles que no mesmo testamento contemplou directamente com outras deixas, mas justamente por isso é que qualificamos a hipótese de inverosímil. Todavia, se se verificar não vemos que outro alcance, além do referido, lhe possa ser atribuído. Um outro entendimento, mais natural, em tal hipótese, é o de que o testador disponha em favor do incapaz na expectativa de que, apesar disso, a instituição venha a produzir efeitos (para ver se «passa»), mas é evidente que, então, o problema não oferece especialidades em relação à hipótese que referiremos a seguir. Se, porém, o testador não tinha conhecimento da incapacidade, a situação, a respeito do acrescer, é identificável com a que se verifica quando a incapacidade é posterior ao testamento ; o fundamento do acrescer é a presumida vontade do testador, e a mera circunstância fáctica de a incapacidade ser anterior ao testamento

não altera aquela vontade, a configuração mental do testador. Pelo que respeita à indignidade, se o testador tinha dela conhecimento, e, não obstante isso, contemplou o indigno, cessa a incapacidade, como é entendimento geral, e, então, o problema não se põe. Se o testador não tinha conhecimento da indignidade, as coisas passam-se nos mesmos termos que, para a hipótese correspondente de incapacidade, ficaram determinados, já que, afinal, a indignidade nada mais é do que uma modalidade de incapacidade.

Creemos, assim, poder concluir que não há que interpretar restritivamente o art.º 1.852.º. Muito ao contrário, o preceito, dado o seu carácter meramente exemplificativo, tem de alargar-se a outras hipóteses não previstas na sua letra, como já foi adiantado, e melhor se precisará no lugar oportuno *ratione materiae*.

Mas a inviabilidade da tese do Prof. Pires de Lima ainda pode pôr-se à luz sob outros aspectos, designadamente quando parte de certos preceitos em que entende ter o *legislador* consagrado casos de não-decrescer, derogando os art.ºs 1.852.º e segs., para formular critérios que devem orientar o intérprete na determinação das hipóteses em que deve considerar-se existir um fenómeno de não-decrescer, afastando os art.ºs 1.852.º e segs., em função de certos tipos de instituição. Ora, dentro de tal ideia uma de três hipóteses se podem verificar :

— Ou tais tipos de instituição, conjugados, com os próprios termos do testamento, e com todas as outras circunstâncias a que, consoante a posição adoptada em matéria de interpretação testamentária, se entenda ser legítimo recorrer, ou tais tipos de instituição, dizíamos, completados com estes elementos, envolvem a vontade inequívoca do testador de que, na falta de algum ou alguns dos chamados por tal forma instituídos, apenas os outros, que ao lado deles enfileiram, aproveitem dessa falta ;

— Ou tais tipos de instituição podem reconduzir-se, por via de interpretação extensiva ou analogia (se se considerar admissível aqui), àqueles preceitos em que a *lei* concretamente derroga os art.ºs 1.852.º e seguintes ;

— Ou tais tipos de instituição envolvem uma presunção, mais ou menos forte, mais ou menos fundada, da vontade do *de cuius* no sentido de, na falta de algum daqueles por tal forma instituídos, apenas os outros beneficiarem.

Se se verificar a primeira hipótese, estaremos perante uma substituição tácita, e nenhum interesse terá a doutrina do Prof. Pires de Lima, nem há que falar em não-decrescer.

Se se verificar a segunda hipótese, nenhum alcance terá ainda a doutrina, pois nada vem dizer de novo: tais hipóteses são subtraídas ao regime dos art.^{os} 1.852.^o e segs. porque devem, nos termos gerais do Direito em matéria de interpretação e integração, ser reguladas por outros preceitos.

É, portanto, para a terceira hipótese que interessa e foi com certeza formulada a doutrina em discussão. Mas a verdade é que, então, é inaceitável a doutrina, pois não podemos substituir às presunções legais as por nós formuladas, tendo inteira aplicação aqui as críticas dirigidas pelo próprio Prof. Pires de Lima à doutrina do Prof. Galvão Teles. «Enquanto a primeira (vontade tácita) pode caber, e entendemos que cabe, na afirmação final do art.^o 1.852.^o..., já a admissibilidade duma vontade hipotética, com base em menos pressupostos objectivos, contraria manifestamente esse artigo e seguintes, *pois onde o legislador estabeleceu, ele próprio, o conteúdo da vontade (vontade legalmente presumida) não pode impor-se nenhuma outra.* Onde há, na verdade, *uma substituição presumida pela lei* (direito de crescer) não pode, na falta de *elementos concretos e especiais*, deduzidos do próprio testamento (ou de circunstâncias exteriores que tenham reflexo no próprio testamento), admitir-se outra solução, porque isso é sair dos domínios da *vontade tácita, única permitida*, para os domínios da vontade hipotética, que a lei pretende precisamente evitar». E continua mais adiante: «...mas enquanto... estivermos no domínio das hipóteses normais, ou mesmo *prováveis, nada é possível contra o texto da lei*», etc., etc..

Julgamos mais nada ser preciso acrescentar às palavras do Prof. Pires de Lima, pois são suficientemente esclarecedoras.

Há, efectivamente, hipóteses em que o legislador presumiu existir uma vontade do testador no sentido de fazer beneficiar, por um fenómeno de não-decrescer, apenas os instituídos por certa forma. Mas, então, é *ele legislador* que com uma presunção especial para tais hipóteses derroga a presunção geral dos art.^{os} 1.852.^o e segs., não sendo lícito, neste campo, que *nós* a ele nos substituamos para estabelecer também presunções especiais, por mais fundadas que sejam.

Cremos, efectivamente, como o Prof. Pires de Lima, que naqueles

diferentes preceitos, art.º 1.854.º, § único, art.º 1.907.º, art.º 2.250.º, se consagra um fenómeno de não-decrescer, nos termos e com a posição, em relação aos art.ºs 1.852.º, a fixar no momento oportuno; quanto ao art.º 1.868.º há que fazer algumas reticências, como se verá. Mas, para além de tais preceitos, devidamente interpretados, aplicam-se rigidamente os art.ºs 1.852.º e seguintes.

Quanto às várias hipóteses com que o Prof. Pires de Lima concretiza a sua doutrina, diremos que apenas aceitamos a solução como boa naquelas que podem reconduzir-se, nos termos a determinar, aos preceitos que concretamente estabelecem um não-decrescer preferente.

57 — Doutrina defendida : a) Carácter geral dos art.ºs 1.852.º e segs. ; b) Casos especiais de fenómenos de não-decrescer preferentes ; c) Coordenação e hierarquização dos diversos fenómenos de não-decrescer.

a) Para nós, o acrescer regulado nos art.ºs 1.852.º e segs., com a natureza que lhe atribuímos no capítulo anterior, tem carácter geral no sentido de que tem lugar em todos os casos previstos no art.º 1.852.º, bem como ainda em todos aqueles que aí devem considerar-se abrangidos, embora não previstos, e que oportunamente serão referidos.

Um primeiro, e principal, passo no sentido da demonstração do que vem de dizer-se já foi dado ao apreciar a doutrina oposta defendida pelo Prof. Pires de Lima, quer pondo à luz a impossibilidade de interpretar restritivamente o art.º 1.852.º, quer a necessidade de considerar abrangidos em tal preceito outras hipóteses, dado o seu carácter exemplificativo, revelado, designadamente, através da interpretação dos art.ºs 1.822.º, respectivo § único, e 1.823.º, que deve considerar-se correcta.

Tudo o que se disse será ainda desenvolvido com algumas considerações complementares, destinadas a fixar outros fundamentos do carácter geral dos art.ºs 1.852.º e segs., quando de tal nos ocuparmos no capítulo sobre os requisitos do acrescer.

Portanto, em princípio, uma vez verificados os pressupostos do fenómeno de não-decrescer, regulado nos art.ºs 1.852.º e segs., ele entrará a funcionar com a amplitude que directamente resulta de

tais preceitos, designadamente, em favor dos herdeiros instituídos e de todos os herdeiros instituídos, sem que obste à aplicação desta regra a existência de instituição conjunta, limitada apenas a alguns dos instituídos, do mesmo modo que não obstem quaisquer outras formas de instituição, só por si.

b) Casos há, porém, em que o *legislador* estabelece um fenómeno de não-decrescer, beneficiando especialmente certo ou certos instituídos.

Um primeiro caso desses é o previsto no § único do art.º 1.854.º. Não obstante o corpo do artigo negar a possibilidade de crescer entre legatários, estabelece o § único que, sendo o legado onerado com algum encargo, e este caducar, lucrará com tal o respectivo legatário. Trata-se de um puro fenómeno de não-decrescer. Com efeito, a única explicação jurídica para o fenómeno não pode residir senão no facto de a vocação do legatário ser dotada de potencialidade para absorver todo o legado, de modo que, desaparecendo os encargos com que foi onerado, aquela potencialidade efectiva-se, aproveitando o legatário de todo o legado.

A lei não considera «índice» suficiente da vontade do testador, no sentido de ter lugar o crescer entre legatários, o mero facto de se ter esta qualidade, ao contrário do que sucede em relação aos herdeiros. Todavia, a circunstância de determinado legatário ter sido especialmente onerado com determinado encargo já constitui para a lei «sintoma» bastante da vontade do testador de fazer beneficiar o legatário onerado com o desaparecimento do ónus. E, como se vê, esse «sintoma» consiste aqui não tanto em determinado tipo de instituição, como em determinada posição relativa de onerado e beneficiado, por virtude da qual a vocação do primeiro tem virtualidade para absorver mesmo aquilo com que é beneficiado o segundo.

Outro preceito em que se estabelece um fenómeno de não-decrescer em favor de legatários é o art.º 1.907.º. Trata-se da hipótese de o testador ter legado certa retribuição aos testamentários, hipótese em que o facto de um ou alguns deles se escusar apenas redundará em benefício dos outros. Mais uma vez a lei em face de um índice mais aparente do que a mera qualidade de legatários, presumiu ser vontade do testador que a não aquisição por parte de um dos testamentários apenas beneficiasse os outros. O «índice» que o legislador con-

aiderou aqui como suficientemente revelador de tal vontade consiste no facto de se tratar de legatários com determinada qualificação — testamentários —, que implica uma identidade de posições relativamente a determinada função: fazer cumprir ou dar execução ao testamento. O legado é atribuído em globo em atenção a certos serviços, que podem ser prestados por todos ou apenas por um dos nomeados, de modo que, se algum deles se escusar, a vocação dos outros, dotada de expansibilidade ao todo, absorve, por não-decrescer a parte que ao que se escusou era destinada.

Ainda o art.º 2.250.º consagra, em nosso entender, um fenómeno de não-decrescer. Contudo, como se trata de um preceito relativo ao crescer entre usufrutuários, cujo enquadramento no esquema geral do crescer se procurará fazer, dada a sua delicadeza, num parágrafo à parte, para aí remetemos.

Finalmente outro caso existe ainda em que poderia, à primeira vista, entender-se ter lugar um fenómeno de não-decrescer. Referimo-nos ao art.º 1.868.º, onde se dispõem: «Se o fideicomissário não aceitar a herança ou legado, ou se falecer antes do fiduciário, caducará a substituição, ficando o fiduciário com a propriedade definitiva dos bens». Para o Prof. Pires de Lima prevê-se ainda aqui um fenómeno de não-decrescer, paralelo ao consagrado nos artigos anteriormente citados.

Sem pretender entrar a considerar os complexos problemas a que dá lugar a figura do fideicomisso, parece-nos não se delinear no art.º 1.868.º um fenómeno de não-decrescer. Na verdade o não-decrescer supõe sempre isto: uma vocação dotada de virtualidade para absorver mais do que aquilo que, em princípio, pelo testamento, apenas devia competir ao respectivo chamado. Assim na hipótese de um legado onerado com determinado encargo, a vocação do legatário tem potencialidade para absorver *mais* o encargo, na hipótese de este não ser adquirido. Ora, não é isto que sucede na hipótese prevista no art.º 1.868.º. Aqui a vocação do fiduciário efectivou-se logo plena e totalmente em relação a todo o objecto do fideicomisso; não tem virtualidade para absorver mais nada. É certo que sobre o fiduciário impende um encargo (130) que pode cessar, esse encargo não con-

(130) A lei fala em encargo; em rigorosa técnica jurídica talvez deva qualificar-se como um modo.

siste, todavia, na obrigação de prestar a outrem alguma coisa, que possa ser absorvida pela vocação do onerado, na hipótese do beneficiário a não querer adquirir; consiste antes esse encargo na obrigação de conservar e transmitir a *própria herança ou legado* a determinada pessoa — o fideicomissário. Apenas sucede que o direito do fiduciário é um direito resolúvel; a cessação daquilo a que a lei chama encargo traduz-se em fazer desaparecer essa resolubilidade. Todavia, o fiduciário, enquanto goza do objecto do fideicomisso, goza dele totalmente *ab initio*. Aceitando, mediante o exercício do direito de suceder, conteúdo da vocação, aquele, e, conseqüentemente esta, effectivam-se em todas as suas possibilidades quanto à extensão do objecto da deixa, nada ficando que possa *vir* a ser depois absorvido.

Estas as hipóteses do não-decrescer consagradas em preceitos especiais, para além dos art.ºs 1.852.º e seguintes.

c) Qual é, porém, a posição relativa daqueles preceitos em relação a estes? Os preceitos especiais que referimos consagram um não-decrescer preferente em relação ao regulado nos art.ºs 1.852.º e segs., de modo que estes só actuam quando se esgotar a possibilidade do não-decrescer nos termos daquelas disposições. Assim, na hipótese do art.º 1.854.º, § único, se desaparecer o encargo que onerava o legado, será o beneficiário deste que de tal aproveita; todavia, se depois o próprio legado for, por exemplo, repudiado, entrará em funcionamento o art.º 1.853.º, com o conseqüente benefício dos herdeiros instituídos.

Há, assim, uma hierarquização de fenómenos de não-decrescer, hierarquização que também surgia no direito romano, designadamente, nos casos de cumulação de conjunções, embora, é claro, em termos muitíssimo diversos e mais amplos.

58 — **Natureza dos preceitos que consagram um não-decrescer preferente.**

Sendo certo que os preceitos que consagram um não-decrescer preferente são poucos, de modo que ligeiras atenuações trazem ao regime rígido dos art.ºs 1.852.º e segs., não poderão contudo tais preceitos alargar-se mediante a sua aplicação analógica? Por outras palavras, tais preceitos têm carácter excepcional ou meramente especial?

Sabido como correntemente é aceita a distinção entre preceitos excepcionais e especiais, para o efeito de permitir a aplicação por analogia dos segundos, embora não também dos primeiros, logo se vê o interesse da questão, muito embora diminuído pelo número de preceitos em causa.

Pondo de parte o art.º 2.250.º, que será examinado mais adiante, ficam-nos os art.ºs 1.854.º, § único, e 1.907.º, que se referem a fenómenos de não-decrescer entre legatários.

É claro que tais preceitos são sempre, nos termos gerais, susceptíveis de interpretação extensiva. Serão, todavia, também susceptíveis de aplicação analógica?

Uma coisa temos por certa: tais preceitos não são susceptíveis de ser estendidos analógicamente de modo a alargar o campo do não-decrescer entre legatários. Efectivamente, sob este aspecto são nitidamente excepcionais. O art.º 1.854.º é claro: entre legatários não há direito de crescer. Esta é a regra. Os preceitos que referimos são incompatíveis, contrariam o disposto neste artigo, e não podem, por conseguinte, aplicar-se por analogia.

Não poderão, todavia, tais preceitos ser aplicados analógicamente, desde que tal aplicação tenha por consequência fazer beneficiar do crescer herdeiros, nos termos especiais em tais preceitos consignados? Conquanto com alguma hesitação, inclinamo-nos para a resposta afirmativa. Efectivamente, quanto aos herdeiros, não existe um preceito semelhante ao art.º 1.854.º; muito pelo contrário, existe um preceito inverso: o crescer tem lugar em favor de herdeiros. Isto é, olhando as coisas pelo lado dos herdeiros, já nos não surge um preceito como o do art.º 1.854.º, de modo que o alargamento dos preceitos em causa, em ordem a fazer beneficiar preferentemente certos herdeiros do crescer, já não depara com as dificuldades suscitadas pelo art.º 1.854.º. As soluções que, por via de tal alargamento, se obtenham continuam ainda a ser dominadas pela ideia que preside aos art.ºs 1.852.º e 1.853.º, isto é, dar satisfação à vontade presumida do testador. Apenas sucede que são soluções para hipóteses com certas particularidades, a que melhor se adaptam do que os art.ºs 1.852.º e seguintes.

Dentro desta orientação, seria de aceitar a solução do Prof. Pires de Lima, para as hipóteses em que exista um encargo onerando exclusivamente um dos herdeiros, solução segundo a qual apenas esse

herdeiro beneficia de caducidade desse ónus, e não também os outros.

Quanto às outras hipóteses postas pelo referido Professor, só admitimos as soluções defendidas, quando a elas se chegue ou através da existência de substituições tácitas, ou daqueles preceitos especiais que temos referido.

A existência ou inexistência de uma substituição tácita terá, todavia, de ser averiguada em função de todas as circunstâncias do caso concreto, para tal fim relevantes.

A possibilidade de aplicação dos art.ºs 1.854.º, § único, e 1.907.º a outras hipóteses dependerá da posição que se tome quanto ao carácter desses preceitos. Designadamente, cremos poder reconduzir-se àquele primeiro preceito, sem violência, aquelas hipóteses em que a vocação de um herdeiro engloba uma segunda vocação, tais como: «Deixo a A a minha biblioteca; deixo a B os livros X e Y».

Não cremos, todavia, poder adoptar-se idêntica solução para os casos em que se institui uma generalidade de pessoas não individualizadas para lhes atribuir uma porção delimitada da herança. Ao contrário, em tais hipóteses, o acrescer irá beneficiar, nos termos gerais, todos os herdeiros instituídos.

59 — **Conclusões.**

Procurando, agora, sintetizar tudo o que vem de referir-se, podemos fazê-lo do modo seguinte :

O acrescer beneficia normalmente todos os herdeiros instituídos, e não também os legatários.

Contudo, em certos casos especiais, beneficia, preferentemente, certos legatários, e, porventura, apenas certos herdeiros.

Na prática, a doutrina rígida dos art.ºs 1.852.º e segs., será atenuada pela existência de substituições tácitas, em muitas daquelas hipóteses em que mais injusta se afigura a aplicação daqueles preceitos. Todavia, tais substituições tácitas não podem inferir-se do mero facto de alguns dos chamados terem sido englobados em determinados tipos de instituição. Ao contrário, há que atender sempre aos elementos concretos e especiais de cada caso para averiguar da existência ou inexistência de substituição tácita.

§ 3.º

O ACRESCEER E AS DEIXAS DO USUFRUTO

60 — Colocação do problema.

Questão delicada é a de saber se, e, no caso afirmativo, em que termos, tem applicabilidade o instituto do acrescer naqueles casos em que estão em jogo deixas de usufruto.

Para quem entenda serem os contemplados com um usufruto sucessório sempre legatários, o problema apresenta-se com alcance muito restrito. Com efeito, sabido que a nossa lei nega a possibilidade de os legatários beneficiarem do instituto do acrescer, pelo menos naqueles termos genéricos em que está delineado nos art.^{os} 1.852.º e segs., o problema, dentro daquela posição, reduz-se a investigar da possibilidade de os herdeiros instituídos aproveitarem, por acrescer, do usufruto sucessório não adquirido.

Ao contrário, para quem entenda poderem ser os contemplados com o usufruto sucessório tanto herdeiros, como legatários, consoante as circunstâncias, a questão põe-se em toda a sua extensão, e com particular acuidade.

Transcende o âmbito do nosso estudo a investigação da possibilidade de os contemplados com o usufruto sucessório terem a qualificação de herdeiros. Não queremos, todavia, deixar de referir que, no estado actual do nosso pensamento, nos inclinamos para a solução afirmativa: os contemplados com deixas de usufruto podem, consoante as circunstâncias, ter a qualificação de herdeiros ou de legatários.

De qualquer modo, porém, e seja qual for a solução que em definitivo deva dar-se ao problema, o certo é que o entendimento por que nos pronunciamos é sustentado por largo sector da nossa doutrina. E, sendo assim, cumpre considerar, dentro de tal corrente doutrinária, a questão do acrescer quando estejam em causa deixas de usufruto.

Note-se, desde já, que o facto de se concluir pela inapplicabilidade do instituto do acrescer quanto aos contemplados com deixas de usufruto não implica necessariamente que se lhes tenha de negar a qualificação de herdeiros. Na verdade, tal facto pode ter a sua

explicação na própria natureza do usufruto e nos princípios especiais que o regem, e não na circunstância de os beneficiários do usufruto sucessório serem sempre legatários. Tratar-se-á de mais um caso, entre muitos outros, em que a qualificação de determinado sucessor como herdeiro não arrasta necessariamente a aplicação de todo o regime normal dos herdeiros.

Postas estas considerações, acrescentaremos que, para bem resolver o problema, importa considerar sucessivamente três questões fundamentais, em que pode desdobrar-se: o crescer entre usufrutuários, de usufrutuários para outros herdeiros, e destes para usufrutuários.

61 — O crescer entre usufrutuários.

É corrente entre nós a opinião que sustenta a impossibilidade de qualquer fenómeno de crescer entre usufrutuários.

Um dos caminhos trilhados por tal doutrina consiste em procurar demonstrar a inaplicabilidade dos art.^{os} 1.852.º e segs. em matéria de usufruto sucessório, invocando razões de ordem vária (131). Não julgamos, todavia, ter qualquer interesse, pelo menos por enquanto, referir tais razões, uma vez que, aceite não poderem aplicar-se ao usufruto os art.^{os} 1.852.º e segs., isso não implica necessariamente a inexistência de qualquer fenómeno de crescer em tal campo. Efectivamente, outros preceitos pode haver, posto que de mais restrito alcance, em que se preveja um fenómeno de estruturação idêntica ao delineado naqueles art.^{os} 1.852.º e seguintes.

E, na verdade, existem duas disposições, à face das quais pode pôr-se a questão. Referimo-nos aos art.^{os} 2.199.º e 2.250.º do Código Civil.

O art.º 2.199.º está redigido do seguinte modo: «O usufruto pode dar-se em favor de uma ou de mais pessoas simultânea ou sucessivamente, contanto que existam ao tempo em que se torna efectivo o direito do primeiro usufrutuário».

Por seu lado, o art.º 2.250.º está assim concebido: «O usufruto, constituído em proveito de várias pessoas vivas ao tempo da sua constituição, só acaba por morte da última que sobreviver».

(131) V. g., acórdão da Relação do Porto, de 22 de Dezembro de 1937, na *Revista dos Tribunais*, pág. 379.

O Prof. Galvão Teles inclina-se para que nestes preceitos não se prevê qualquer fenómeno de crescer (132). A razão decisiva de tal entendimento reside no facto de que, ao passo que as hipóteses contempladas nos art.^{os} 1.852.^o e 1.853.^o supõem a não aceitação de um dos nomeados, e reportam-se, por conseguinte, ao momento da vocação sucessória, o usufruto simultâneo, previsto nos art.^{os} 2.199.^o e 2.250.^o, assenta, ao contrário, em base diferente porque actua, mesmo para além da aceitação de todos os usufrutuários, desde que falta algum ou alguns deles.

Deste modo, na realidade, uma vez que o Prof. Galvão Teles entende terem os art.^{os} 1.852.^o e segs. consagrado um verdadeiro direito de crescer, envolvendo uma vocação indirecta, tal configuração do crescer não pode, pelo menos totalmente, quadrar ao usufruto simultâneo.

Pelo menos totalmente, dissemos. A restrição tem a sua razão de ser na circunstância de, mesmo partindo do princípio de que os art.^{os} 1.852.^o e segs. consagram um verdadeiro crescer, haver que abrir uma distinção nas hipóteses previstas no art.^o 2.250.^o, devendo entender-se ter lugar numas um verdadeiro direito de crescer, embora noutras não. Naqueles casos em que uns co-usufrutuários beneficiam das partes do usufruto de outros, depois de já terem sido aceites, evidentemente que não pode sustentar-se que tal sucede através do de um verdadeiro e próprio direito de crescer. Porém, naquelas hipóteses em que uns co-usufrutuários beneficiam das partes do usufruto de outros, antes de por estes terem sido aceites, parece-nos incontestável que tal sucede, dentro da doutrina do Prof. Galvão Teles, por virtude de um verdadeiro e próprio direito de crescer, com a mesma configuração daquele que os art.^{os} 1.852.^o e segs. consagram.

Aliás, o próprio Prof. Galvão Teles não deixa de acrescentar «que o usufruto simultâneo... encerra, subjacente a si, uma substituição vulgar, com aplicação aos casos em que algum dos usufrutuários não chegue a suceder» (133). Ora, sendo certo que essa substituição vulgar não pode ser senão uma substituição presumida por lei, que é a natureza atribuída pelo Prof. Galvão Teles ao crescer, regulado

(132) *Ob. cit.*, págs. 294 e seguintes.

(133) *Ob. cit.*, pág. 296.

nos art.ºs 1.852.º e segs., cremos não poder duvidar-se de que, nas hipóteses em que os co-usufrutuários aproveitam das partes não aceites, tal sucede mediante um verdadeiro direito de crescer.

Sob outro aspecto ainda, nos parece não se manter o Prof. Galvão Teles fiel aos princípios de que parte. Com efeito, pondo o referido Professor o fenómeno de não-decrescer em conexão tão íntima com o sistema das *conjunctioes*; entendendo serem os clássicos tipos de conjunção *re et verbis* e *re tantum* que dão vida ao usufruto simultâneo, consignado nos art.ºs 2.199.º e 2.250.º; e aceitando que tais preceitos vão encontrar o seu fundamento na presumida vontade do testador, parece que, logicamente, se impunha concluir terem os art.ºs 2.199.º e 2.250.º consagrado um fenómeno de não-decrescer.

Em nosso entender, nos art.ºs 2.199.º e 2.250.º está previsto um fenómeno de não-decrescer com configuração estruturalmente idêntica à do não-decrescer, regulado nos art.ºs 1.852.º e segs.. O legislador presumiu que o facto de os usufrutuários terem sido constituídos conjuntamente constitui «índice» da vontade do testador de, na falta de algum dos co-usufrutuários, apenas os outros dela beneficiarem, de modo que cada um deles tem, virtualmente, poder para absorver todo o usufruto, o que apenas não sucede por virtude da concorrência dos outros; todavia, na medida em que esta cessar, tem efectivação aqúelle poder virtual.

Esta estruturação do fenómeno não é perturbada, mesmo naquellas hipóteses em que o usufruto chegou a ser adquirido pelo faltoso. É, aliás, esta a orientação da doutrina estrangeira, além de que muitos códigos submetem expressamente as deixas de usufruto aos preceitos sobre o crescer (134).

Diversas têm sido as explicações dadas para esta possibilidade do funcionamento do instituto do crescer, mesmo para além da aceitação do usufruto. A algumas já nos referimos, limitando-nos agora a fazer referência àquella que, em nosso entender, tem mais plausibilidade, e que é, designadamente, apresentada por Marti Miralles.

A razão por que a respeito dos herdeiros da propriedade, bem

(134) Código do Ducado de Parma, de 23 de Março de 1820, art.º 804.º; Código Albertino, de 20 de Junho de 1837, art.º 870.º; Código do Ducado de Módena, de 25 de Outubro de 1851, art.º 789.º, etc.

como dos legatários da mesma, o fenómeno do acrescer não se estende para além da aceitação está no facto de que, uma vez operada esta, se dá integração dos bens no património do herdeiro ou legatário, de modo que, à falta destes, vão esses bens, nos termos gerais, para os respectivos herdeiros.

São, pois, os herdeiros do sucessor, na primeira sucessão, que determinam a impossibilidade do acrescer, desde o momento em que os bens deixados entram, pela aceitação daquele sucessor, no respectivo património.

Sendo este o fundamento da impossibilidade do acrescer nas deixas de propriedade, quando estas tenham sido aceitas, ocorre perguntar: quando se trata de uma deixa de usufruto, existirá o mesmo motivo para excluir a possibilidade de acrescer pela razão de que os respectivos beneficiários entraram no gozo do usufruto? Evidentemente que não, porquanto, mesmo consumada a aceitação da deixa de usufruto, se o respectivo beneficiário morrer, não transmite aos seus herdeiros qualquer direito sobre a coisa, objecto do usufruto, o qual antes se extingue com essa morte. Assim, quando se trata de uma deixa de usufruto, não existe o obstáculo que a estrutura do direito sucessório opõe à possibilidade do acrescer a respeito de uma coisa definitivamente incorporada, por virtude de aceitação, no património do respectivo sucessor, obstáculo esse que consiste em devolver-se tal coisa aos herdeiros do respectivo sucessor.

Não existindo esse obstáculo, pois o usufruto não pode durar mais do que a vida do usufrutuário, surge, naturalmente, a pergunta: Que é mais racional quando o testador chamou a um mesmo usufruto várias pessoas conjuntamente, revelando assim a sua vontade de que uns aproveitem da falta dos outros, que é mais racional, dada essa presumida vontade do testador para a hipótese de alguns dos contemplados ser pré-morto, e supondo que tal morte tem lugar posteriormente à aceitação, que haja ou não a possibilidade de funcionamento do instituto do acrescer?

O motivo que impede a possibilidade de acrescer nas deixas de propriedade, depois da aceitação, não concorre nas deixas de usufruto. E, como em tais deixas de usufruto, quando feitas conjuntamente, perdura a vontade do testador de que sejam solidariamente atribuídas aos contemplados, no sentido de que as disfrutem até que viva o último deles, não existindo obstáculo algum à realização da vontade

do testador, por virtude da aceitação, temos que, persistindo essa vontade, a possibilidade de crescer deve subsistir, para além da aceitação, por força da existência daquela vontade, concomitantemente com a inexistência do obstáculo a que nos temos referido.

Creemos ser esta, efectivamente, a explicação mais aceitável para o preceito do art.º 2.250.º, bem como para as disposições correspondentes das legislações estrangeiras.

Para concluir as referências a este ponto, diremos ainda que, se o art.º 2.250.º, dados os termos amplos em que está formulado, é aplicável não apenas ao usufruto sucessório, mas também ao usufruto constituído por acto entre vivos (135) (aspecto que, agora, nos não interessa), por outro lado, por força ainda dos seus amplos termos, abranje tanto os usufrutuários herdeiros como os usufrutuários legatários.

Com o que vem de dizer-se não fica, todavia, referido tudo aquilo que se impõe considerar acerca da possibilidade de um fenómeno de crescer entre usufrutuários. Na verdade, aceite que o art.º 2.250.º consagra tal possibilidade em relação aos usufrutuários conjuntamente instituídos, qual a solução quando se trate de usufrutuários herdeiros, que não estejam englobados em qualquer tipo de instituição conjunta? Ainda poderão beneficiar de qualquer fenómeno de crescer, na falta de algum ou alguns deles, ou não?

A doutrina corrente inclina-se no sentido negativo. As razões que se invocam não são, todavia, por vezes, muito convincentes. Uma dessas razões, frequentemente aduzida consiste na alegação da dificuldade, ou mesmo impossibilidade, de proceder à distribuição do usufruto não aceito. Não aceito, dizemos, porque, agora, o problema tem de pôr-se à face dos art.ºs 1.852.º e segs., cuja aplicabilidade se esgota, como sabemos, uma vez aceites as deixas testamentárias.

A razão a que aludimos, bem como outras também trazidas à liça, não toca, porém, em nosso entender, o ponto fulcral do problema. Por isso nos abtemos de as pormenorizar, limitando-nos, antes, a indicar singelamente a nossa opinião, que, aliás, se enquadra na linha lógica do pensamento que temos vindo a desenvolver neste estudo.

(135) Conselheiro Martins de Carvalho, «O chamado direito de crescer por morte de um dos co-usufrutuários vivos ao tempo da constituição do usufruto», na revista *O Direito*, ano 74.º, págs. 290 e seguintes.

Para nós, também, não podem esses usufrutuários beneficiar, por crescer, da falta de outros, desde que estes e aqueles não tenham sido conjuntamente instituídos. Tal conclusão impõe-se, uma vez que se aceite consagrar o art.º 2.250.º um fenómeno de não-decrescer, por virtude do carácter que assume este preceito, em relação aos art.ºs 1.852.º e seguintes.

Sabido é que os art.ºs 1.852.º e segs. exigem, para que tenha lugar o crescer a favor de herdeiros, apenas que se tenha esta qualidade; é esta «índice», «sintoma» suficiente, no entender do legislador, da vontade do testador naquele sentido, quanto ao aspecto que agora nos interessa. Ao contrário, o art.º 2.250.º foi mais exigente, pois não se contentou com aquele «índice». Para que tenha lugar um fenómeno de crescer entre herdeiros (são estes que agora nos interessam) usufrutuários, não basta o índice que consiste na mera circunstância de se ser usufrutuário, mas exige-se mais, exige-se que, além de se ser usufrutuário, se tenha sido conjuntamente instituído. Mas, se é assim, se o art.º 2.250.º exige o mínimo de condições objectivas, para que possa ter lugar um fenómeno de crescer, logo se vê que o mero facto de coexistirem usufrutuários não pode determinar tal fenómeno, uma vez que não satisfaz aquele mínimo de condições objectivas.

Mas será, efectivamente, assim? Uma possível objecção temos em mente contra tal entendimento. Pode dizer-se, na verdade, que tal não é o alcance do art.º 2.250.º. Este não teria em vista estabelecer o mínimo de condições objectivas, para que tenha lugar um fenómeno de crescer entre usufrutuários, mas visaria estabelecer apenas uma preferência, uma hierarquia nos fenómenos de crescer. Isto é, entre usufrutuários haveria possibilidade de um fenómeno de crescer, nos termos gerais dos art.ºs 1.852.º e segs.; apenas sucederia que tal fenómeno de crescer cederia o passo perante outro fenómeno, da mesma natureza, mas preferente, que se desenvolveria entre aqueles que tivessem sido conjuntamente instituídos, de modo que só quando se esgotasse plenamente este crescer preferente, teria, eventualmente, lugar outro, beneficiando indistintamente todos os usufrutuários.

Será esta a posição relativa do art.º 2.250.º e dos art.ºs 1.852.º e segs.? Cremos firmemente que não.

Qual é a razão por que o art.º 2.250.º estabelece um fenómeno de acrescer, em função da instituição conjunta? Tal razão reside na própria natureza do usufruto, o qual tem um carácter eminentemente pessoal, é constituído a favor desta ou daquela pessoa, e em atenção a ela. Por isso mesmo é, por essência, temporário, o máximo que pode durar é a vida do respectivo contemplado. E, porque tem esta natureza, é que existe aquela tendência para ser absorvido pela raiz da propriedade, a qual exerce sobre ele um forte poder de atracção.

Dada esta configuração do usufruto logo se vê a razão do art.º 2.250.º. Em princípio, não podendo ou não querendo gozar do usufruto *aquela* pessoa em favor de quem foi constituído, a própria estruturação *legal* de tal figura levaria à sua consolidação com a nua propriedade, e isto, repetimos, por virtude da própria configuração legal do usufruto. No entanto, o legislador não quis ainda aqui deixar de atender à vontade do testador. Este, instituindo o usufruto, deu origem àquela figura com aquele carácter eminentemente pessoal, e com as consequências que daí dimanam; todavia, se os usufrutuários foram instituídos conjuntamente, o legislador entendeu dever fazer o que de certo modo pode chamar-se uma derrogação àquele carácter fazendo beneficiar uns usufrutuários da falta dos outros, justamente porque a instituição conjunta já constitui um «índice» aceitável da vontade do testador nesse sentido. O testador quis atribuir um benefício limitado, temporário porque quis o usufruto; quis cindir o direito de propriedade plena, mas fê-lo em termos que deixem à nua propriedade uma tendência para a absorpção do usufruto; essa tendência só é, em certa medida, neutralizada e superada por uma instituição feita em termos tais que implique uma vontade do testador de restringir a limitabilidade do usufruto, vontade essa cujo conteúdo consiste em fazer beneficiar uns usufrutuários da falta dos outros, desde que tenham sido conjuntamente instituídos.

Acrescentaremos ainda que não há razão para que a instituição conjunta de herdeiros usufrutuários dê lugar a um fenómeno de acrescer preferente, e idêntica virtualidade não tenha a instituição conjunta de herdeiros da propriedade.

Creemos poder concluir que o art.º 2.250.º estabelece, efectivamente, o mínimo de condições objectivas necessárias para que tenha lugar um fenómeno de acrescer em benefício de usufrutuários.

62 — O acrescer de usufrutuários para herdeiros de propriedade.

A segunda questão, que passamos a considerar, é a de saber se na falta de algum ou alguns usufrutuários, irá o respectivo usufruto aproveitar, por via de um fenómeno de acrescer, aos herdeiros da propriedade?

Sem entrar a referir as razões que, em abono da solução negativa, se tem invocado, exporemos apenas a justificação de tal doutrina, que julgamos melhor. Tal justificação resulta, aliás, de tudo o que foi dito no número anterior.

Aceite que a falta de um usufrutuário não deve ir beneficiar os outros, a não ser que tenham sido conjuntamente instituídos, logo se vê que tal falta não deve também ir beneficiar, por acrescer, os outros herdeiros, e isto, pelo menos, por igualdade de razão. Pois, se um herdeiro com determinada qualificação — usufrutuário — não pode beneficiar, por acrescer, da falta de outro herdeiro com a mesma qualificação, como pode beneficiar de tal falta um herdeiro com qualificação diversa — herdeiro da propriedade?

Só com base na instituição conjunta pode haver lugar um fenómeno de acrescer, tendo por objecto o usufruto, pois só tal forma de instituição neutraliza, por lei, embora só em certa medida, o poder de atracção da raiz da propriedade, ou seja, olhando as coisas por outro aspecto, o carácter pessoal do usufruto.

A falta de um usufrutuário irá beneficiar o proprietário da raiz, por consolidação, e não por virtude de qualquer substituição tácita, como pretende o Prof. Galvão Teles. As razões de tal asserção são aquelas que já ficaram referidas, quando em outra ocasião negamos envolver a instituição conjunta qualquer substituição tácita. Tais razões aplicam-se inteiramente aqui.

63 — O acrescer de herdeiros da propriedade para usufrutuários.

Poderão os usufrutuários (herdeiros) beneficiar, através de um fenómeno de acrescer das porções não adquiridas por algum ou alguns dos herdeiros da propriedade?

Seguindo ainda o trilho da doutrina corrente, inclinamo-nos para a solução negativa.

É de invocar aqui a razão derivada das dificuldades que se sus-

citariam quanto ao modo de repartir a porção acrescida, dentro da solução contrária. «... O acrescido deve ser distribuído pelos herdeiros na proporção em que estes forem designados pelo testador. Mas, entre os sucessores instituídos na propriedade da herança e os instituídos no usufruto desta não se estabelece, no testamento, qualquer proporção, porque são diferentes os direitos atribuídos a uns e outros».

A entender-se, como nós entendemos, que os art.^{os} 1.852.º e segs. consagram um fenómeno de não-decrescer, difícil, senão impossível, é sustentar poder ter lugar, na hipótese em causa, tal fenómeno, o qual envolveria ter a vocação dos usufrutuários potencialidade para tudo absorver...

Por outro lado ainda, como se compreenderia que os usufrutuários pudessem beneficiar, por crescer, das deixas de propriedade não adquiridas, e não pudessem os herdeiros da propriedade beneficiar das deixas de usufruto, na falta dos respectivos contemplados? Como se compreenderia também que os usufrutuários não pudessem beneficiar de outras deixas de usufruto, por crescer, e pudessem beneficiar das deixas de propriedade, por tal via?

Por fim, acrescentaremos que o testador com o facto de ter beneficiado determinada pessoa apenas com o usufruto revelou a vontade inequívoca de lhe atribuir um mero benefício limitado no tempo; ora, fazer beneficiar tais pessoas, através de um fenómeno de crescer, de deixas da propriedade seria ir contra tal vontade inequívoca do testador.

(Continua)