

# O FENÓMENO DO «ACRESCER» EM SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

Pelo DR. A. CARLOS LIMA

## CAPÍTULO V

### REQUISITOS DO ACRESCER

#### 64 — **Generalidades.**

Sendo certo que, em nosso entender, o fenómeno do não-decrescer em sucessão testamentária aparece, no nosso direito positivo, quer nos termos gerais dos art.<sup>os</sup> 1.852.<sup>o</sup> e segs., quer nos termos especiais de certos outros preceitos, que envolvem um não-decrescer preferente, em relação ao previsto naqueles art.<sup>os</sup> 1.852.<sup>o</sup> e segs., afigurar-se-ia natural considerar neste capítulo os requisitos do não-decrescer, quer no plano geral, quer especial, referidos. A verdade, porém, é que o não-decrescer, a que chamamos preferente, depende de circunstâncias particulares, especialmente previstas em cada um dos preceitos que consigna tal figura. Por isso limitar-nos-emos a estudar os requisitos do não-decrescer, nos termos genéricos em que é delineado nos art.<sup>os</sup> 1.852.<sup>o</sup> e segs., requisitos esses que são os seguintes: falta de um herdeiro ou legatário; existência de herdeiros instituídos; inexistência de uma vontade contrária do testador; e inexistência de um fenómeno de não-decrescer preferente.

Por outro lado, acrescentaremos ainda que algumas questões, que aqui poderiam ser enquadradas, foram referidas em ocasião diversa, pelos motivos oportunamente indicados.

Compreende-se, assim, que, por vezes, nada mais façamos do que aproximar e ordenar ideias já desenvolvidas.

## § 1.º

FALTA DE UM HERDEIRO OU LEGATÁRIO  
INSTITUÍDOS

*A — Da questão de saber se a enumeração do art.º 1.852.º tem carácter exemplificativo ou taxativo.*

**65 — Tese segundo a qual tem carácter taxativo. Modalidade geral (moderada).**

É designadamente o art.º 1.852.º que se refere aos casos de falta de um herdeiro ou legatário, relevantes em vista da possibilidade de um fenómeno de crescer. Os casos de falta em tal preceito expressamente referidos são apenas os de pré-morte, incapacidade, ou repúdio do herdeiro ou legatário.

Dado o sistema de enumeração seguido pelo Código Civil, põe-se com acuidade, e com grande interesse prático, a questão de saber se tal enumeração tem carácter meramente exemplificativo, ou se, ao contrário, é taxativa.

A nossa doutrina e jurisprudência têm-se inclinado, quer no primeiro sentido, quer no segundo, conquanto possa considerar-se dominante a primeira opinião (136).

As razões aduzidas em abono da tese segundo a qual o art.º 1.852.º faz uma enumeração taxativa são, fundamentalmente, as que de seguida se referem.

Para que possa aplicar-se analógicamente uma disposição, necessário se torna que estejamos em face de um caso omissis (art.º 16.º), o que não sucede com os casos não indicados no art.º 1.852.º, os quais

(136) Enquadram-se, designadamente, na primeira corrente, embora dela fazendo aplicações diferentes: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 67.º, págs. 215 e segs., e ano 73.º, págs. 9 e segs.; Dr. Cunha Gonçalves, *Tratado*, vol. X, págs. 26-27; Prof. Galvão Teles, *ob. cit.*, págs. 270 e seguintes.

Optam pelo carácter taxativo do art.º 1.852.º: acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de Março de 1934, na *Colecção Oficial*, ano 33.º, pág. 88, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 67.º, pág. 157, e *Revista dos Tribunais*, ano 52.º, pág. 280; José Tavares, *Sucessões*, págs. 280-281; Prof. Pires de Lima, *opusc. cit.*.

estão abrangidos no art.º 1.968.º, quando manda abrir a sucessão legítima.

O art.º 1.852.º apresenta-se com o carácter de um preceito meramente interpretativo da vontade presumida do testador, devendo, por isso, ser rigorosamente entendido nos termos em que está formulado, além de que o seu entendimento em termos restritos tem a vantagem de favorecer a sucessão legítima.

Outras razões ainda são invocadas neste sentido, as quais, todavia, nos abtemos de referir, por enquanto, por isso que respeitam a certos casos particulares de falta.

Com grande parte da nossa doutrina e jurisprudência, julgamos insubsistente a argumentação exposta.

Admitindo mesmo ser impossível aplicar analógicamente o art.º 1.852.º, nenhuma conclusão poderia tirar-se de tal facto, no sentido pretendido. Com efeito, para que o art.º 1.852.º possa alargar-se a outras hipóteses de falta não se torna necessário recorrer à sua aplicação analógica, bastando tão-sòmente interpretá-lo extensivamente, nos termos que mais adiante serão precisados.

Também não pode tirar-se qualquer argumento da afirmação de que o art.º 1.852.º, porque é meramente interpretativo da vontade presumida do testador, tem de entender-se nos precisos termos em que o legislador formulou essa interpretação. Efectivamente, o que está em discussão é justamente saber quais são esses precisos termos.

O facto de o limitar-se o fenómeno do acrescer aos casos especificados no art.º 1.852.º favorecer a sucessão legítima não pode considerar-se como constituindo uma razão atendível para justificar a doutrina a que nos referimos. Uma vez que a lei admite o instituto do acrescer, este tem de aplicar-se com a extensão que resulta de «um entendimento razoável e justo dos preceitos legais».

Independentemente de tudo o que vem de dizer-se, a inviabilidade de tal opinião surge a plena luz quando se expuseram as fortes razões que abonam a tese contrária.

66 — **Idem. Modalidade sustentada pelo Prof. Pires de Lima (extrema).**

O Prof. Pires de Lima defende, quanto ao problema agora em causa, um ponto de vista caracterizado pelo entendimento parti-

cularmente restritivo que dá ao art.º 1.852.º, entendimento esse que, aliás, facilmente pode ser apreendido em considerações já por nós feitas anteriormente.

Para o distinto Mestre o direito de acrescer — tal é a natureza que atribui à figura delineada nos art.ºs 1.852.º e segs. — não tem aplicação para além dos casos especificados no art.º 1.852.º, e, mesmo quanto a estes, nem sempre actua. Não actua, mesmo em tais hipóteses, quando os elementos do próprio testamento levem à conclusão de que não existe quota vaga, pressuposto imprescindível — em seu entender — do funcionamento do acrescer.

Esta maneira de ver o problema já foi por nós longamente apreciada, quando a olhamos como um dos aspectos da construção do Prof. Pires de Lima a respeito de um dos problemas da amplitude do acrescer, em certo sentido, oportunamente referido. A circunstância de já termos considerado este ponto dispensa-nos de voltar agora a ele com grandes desenvolvimentos. Mais alguma coisa, porém, convém dizer.

O direito de acrescer, diz-se, limita-se aos casos indicados no art.º 1.852.º, aos quais o legislador restringiu o instituto justamente porque apenas neles se pode presumir a intenção do testador de afastar aqueles que por força do próprio testamento ou da lei tinham virtualmente o direito de absorver as deixas caducas ou ineficazes. E porque é que só em tais casos era de presumir tal intenção do testador? Porque só neles há elementos para supor que o testador cria inteiramente e legitimamente na viabilidade da sua pretensão, e é, portanto, de supor a sua vontade de afastar definitivamente os herdeiros legítimos da sucessão.

Este entendimento seria confirmado pela circunstância de o direito de acrescer referido no § único do art.º 1.822.º não ser, afinal... um direito de acrescer, bem como ainda pelos próprios termos em que está redigido o art.º 1.852.º, ao falar em o herdeiro se tornar incapaz ou indigno de receber a herança.

Por outro lado, o direito de acrescer não teria aplicação quando, não obstante tratar-se dos casos especificados no art.º 1.852.º, se impusesse a conclusão de que a deixa ineficaz estava abrangida numa outra vocação.

Já nos referimos ao que há de artificial no constante jogar do conceito de quota vaga, à inviabilidade da interpretação, proposta

pelo Prof. Pires de Lima, para os art.<sup>os</sup> 1.822.<sup>o</sup>, § único, e 1.823.<sup>o</sup>, bem como à improcedência do argumento que pretende tirar-se da letra do art.<sup>o</sup> 1.852.<sup>o</sup>. Precisemos, todavia, alguns pontos.

Não há qualquer razão para se entender que nos casos previstos no art.<sup>o</sup> 1.852.<sup>o</sup> o testador cria legítima e inteiramente na viabilidade da sua pretensão, ao passo que tal não pode presumir-se nos outros, por exemplo, nos de não-verificação da condição suspensiva. Quer uns, quer outros, podem e devem, ou não podem e não devem, ser previstos pelo testador, consoante as circunstâncias do caso concreto. Já o mostrámos. O Prof. Pires de Lima não deixa, aliás, de o reconhecer. Na verdade, não obstante afirmar que nos casos previstos no art.<sup>o</sup> 1.852.<sup>o</sup> é de presumir a intenção do testador de afastar aqueles que por força do próprio testamento (137) ou da lei têm virtualidade para absorver as deixas não adquiridas, não obstante isto, vem a reconhecer não poder ter lugar, mesmo em tais casos, o direito de crescer porque, afinal, se verifica resultar do próprio testamento que uma outra vocação abrange a deixa não adquirida, isto é, por se verificar que o testador não cria inteiramente na viabilidade da sua pretensão.

Derivando, agora, para um outro aspecto, que, aliás, talvez já devesse ter sido referido a propósito do problema da amplitude do crescer, repare-se nas consequências a que, logicamente, levaria a doutrina do Prof. Pires de Lima. Dentro de tal doutrina, a posição do legislador em face das realidades agora em causa é esta: eu, legislador, presumo a vontade do testador no sentido do crescer, nos casos previstos no art.<sup>o</sup> 1.852.<sup>o</sup>, porque se trata de casos em que é de presumir que o testador cria inteira e legitimamente na viabilidade da sua pretensão. Ora, se este é o fundamento da presunção do legislador da vontade do testador no sentido do crescer, temos de supor no legislador estoutra atitude de espírito: eu, legislador, não presumo a vontade do testador no sentido do crescer, nos casos em que não é de presumir que o testador cresse inteira e legitimamente na via-

---

(137) Já pusemos em relevo este ponto: admite-se que o art.<sup>o</sup> 1.852.<sup>o</sup> prevê os casos em que é de presumir a intenção do testador de afastar aqueles que *por força do próprio testamento* tinham virtualidade para absorver as deixas caducas ou ineficazes; e depois, sustenta-se que, mesmo em tais casos, não se aplica o direito de crescer quando *por virtude do próprio testamento* existe uma vocação com virtualidade para absorver as deixas caducas ou ineficazes.

bilidade da sua pretensão. Nas hipóteses em que a pré-morte do designado, a sua incapacidade ou indignidade se verificarem entre o momento da feitura do testamento e o da morte do testador (abertura da sucessão), é evidente que na quase totalidade dos casos — sempre que de tais factos o testador tenha conhecimento, o que será normal — o testador não pode crer na viabilidade da sua pretensão, pois tem a certeza da sua inviabilidade; e, sendo assim, temos de concluir que, quando tal aconteça, cessando a presunção em que se baseia o direito de crescer, cessa este, consequência manifestamente inaceitável. O direito de crescer, dentro da lógica da doutrina, ficaria praticamente reduzido a nada: teòricamente, e em princípio, existiria nos três casos referidos no art.º 1.852.º; não existiria, todavia, quando a pré-morte, a incapacidade ou a indignidade antecedem a própria feitura do testamento (é afirmação que se faz expressamente); também não teria lugar quando tais ocorrências tivessem lugar no espaço de tempo que medeia entre o momento da feitura do testamento e a morte do testador, pelo menos como regra (138), solução que é imposta pela lógica da doutrina. Isto é, o direito de crescer limitar-se-ia aos casos de repúdio, indo-se, assim, ao ponto de considerar letra morta o art.º 1.852.º, enquanto se refere às hipóteses de incapacidade e de indignidade.

Mais uma vez se revela como os termos imprecisos, vagos, excessivamente maleáveis em que é formulada a doutrina do Prof. Pires de Lima, levam a soluções *absurdas*, que de modo nenhum podem aceitar-se. Pretendeu-se atenuar as iniquidades a que levam, à primeira vista, os art.ºs 1.852.º e segs. e caiu-se no arbítrio.

Estas considerações, acrescidas às que se fizeram no capítulo sobre a amplitude do crescer, e completadas pelas que se farão ao fundamentar, em via positiva, a tese que considera a enumeração do art.º 1.852.º meramente exemplificativa, levam-nos à conclusão de que a doutrina do Prof. Pires de Lima não traduz com fidelidade as realidades legais.

---

(138) Mesmo nas hipóteses em que tais ocorrências não chegassem ao conhecimento do testador, haveria ainda, como regra, que manter tal solução, pois dificilmente poderia sustentar-se que o testador *não podia, nem devia prever*, ou melhor conhecer tais acontecimentos, isto é, dificilmente poderia sustentar-se que o testador cria *legitimamente* na viabilidade da sua pretensão.

67 — **Tese segundo a qual tem carácter exemplificativo (solução adoptada).**

A principal razão que nos leva a atribuir carácter exemplificativo ao art.º 1.852.º é a própria razão da lei. Efectivamente, sendo certo que o instituto do acrescer se fundamenta na presumida vontade do testador de que, na falta de algum ou alguns herdeiros instituídos ou legatários, as porções que a estes eram destinadas vão aproveitar aos outros herdeiros instituídos, sendo este o fundamento do instituto, logo se vê que tanto existe razão, para supor tal intenção no testador, nos casos do art.º 1.852.º, como em muitos outros. Há identidade de razão de decidir entre uns e outros, e, conseqüentemente, é razoável, de harmonia com o espírito da lei, dar-lhes idêntico tratamento, mediante a adequação da letra do art.º 1.852.º ao seu espírito.

À luz desta razão da lei, surgem outras razões de texto que se apresentam com valor decisivo no mesmo sentido. É o que sucede, antes de mais, com o § único do art.º 1.822.º, em que, num caso que não consta da enumeração do art.º 1.852.º — caducidade da instituição por não verificação da condição suspensiva a que estava subordinada —, a lei fala em direito de acrescer relativamente ao herdeiro incondicional, sintoma seguro do carácter meramente exemplificativo daquela enumeração.

É o que sucede também com os art.ºs 1.853.º e 1.855.º, que falam em termos amplos, respectivamente, em não quererem ou poderem os beneficiados receber a deixa. Tal maneira de dizer, conjugada com a ideia informadora do instituto do acrescer, não pode deixar dúvidas acerca da necessidade de alargar o art.º 1.852.º a outros casos, além daqueles que nele são explicitamente previstos.

Por outro lado, não deixaremos de notar que o facto de o art.º 1.852.º ter seguido o caminho da enumeração tem a sua explicação, uma vez que de idêntico modo procediam as outras legislações, o que, contudo, não obstava a que a doutrina, por via de regra, se inclinasse para o carácter exemplificativo de tais enumerações. É de aludir, de modo especial, ao Código italiano de 1865, à face do qual prevalecia tal entendimento, não obstante encontrar aí particulares dificuldades (139).

---

(139) Ver Bortolan, *ob. cit.*, págs. 198 e segs.; Coviello, *Corso Completo del diritto dello successioni*, II, 2.ª ed., pág. 784.

Creemos, por conseguinte, que só atribuindo carácter exemplificativo ao art.º 1.852.º, se dá a tal preceito o entendimento que representa com fidelidade a expressão das realidades legislativas. Parece ter sido, aliás, este o pensamento do autor do Código, expresso no já citado estudo sobre o instituto do acrescer, em que, sistematicamente, se fala em os herdeiros ou legatários não quererem ou podem receber as deixas, com que foram contemplados (140).

**B — Algumas aplicações.**

**68 — Casos previstos no art.º 1.852.º : a) premoriência ; b) incapacidade ; c) repúdio.**

Variados são os problemas levantados nesta matéria dos requisitos do acrescer, problemas esses que, por vezes, a doutrina estrangeira trata com algum desenvolvimento. Tratando-se, porém, na maior parte dos casos, ou de questões de excessivo pormenor, ou não especificamente relacionadas com o instituto do acrescer, limitar-nos-emos a considerar algumas, que se nos apresentam como tendo mais interesse.

a) O primeiro caso de falta, previsto no art.º 1.852.º, é o da pré-morte de algum ou alguns dos instituídos.

Esta premoriência, eficaz em vista do acrescer, será apenas aquela que se verifica ulteriormente à feitura do testamento, ou também a que tem lugar antes mesmo de tal feitura ?

Uma vez que o art.º 1.852.º não faz qualquer restrição, quanto às hipóteses de pré-morte, e sendo certo que também o seu espírito nenhuma limitação impõe, inclinamo-nos para a segunda solução referida : o instituto do acrescer terá applicabilidade, mesmo nas hipóteses em que, à data da feitura do testamento, já algum ou alguns dos instituídos tenham falecido.

Na verdade, os art.ºs 1.852.º e segs. baseiam-se na vontade presumida do testador de, na hipótese de algum ou alguns dos instituídos faltarem, apenas os outros beneficiarem de tal falta. Ora, tal presunção continua a ter realidade mesmo nos casos em que, à data da



feitura do testamento, já algum ou alguns dos instituídos é falecido. Uma vez que se fez testamento, entrou a funcionar a presunção da lei, de modo que, tendo o testador dado lugar às condições necessárias ao crescer, não pode a sua suposição errada, isto é, a sua ignorância da morte de um dos instituídos anteriormente ao testamento, impedir o crescer, porque o fundamento deste, a sua razão de ser, continua a existir.

A solução que propomos é, aliás, imposta lógicamente pela posição que tomaremos, em relação aos casos de nulidade, em geral.

b) O art.º 1.852.º refere-se também aos casos de incapacidade.

Como é sabido, o Prof. Pires de Lima pronuncia-se no sentido de que não terá lugar o direito de crescer quando a incapacidade já exista no momento em que é feito o testamento. Não aceitamos tal entendimento.

As razões que nos determinam já foram referidas, quer a respeito do caso de pré-morte, quer em outros passos do nosso estudo. Acrescentaremos que tal solução apresenta-se como boa, dentro dos próprios princípios de que parte o Prof. Pires de Lima: se a presunção do legislador no sentido de crescer se funda na vontade do testador de afastar definitivamente aqueles que pelo testamento, ou por força da lei, tinham virtualidade para absorver as deixas não adquiridas, vontade essa que deriva do facto de ele crer na viabilidade da sua pretensão, tem de concluir-se que, nos casos em que o testador instituiu alguém que já era incapaz, por o não saber (será essa a hipótese normal), continua a dar-se o condicionalismo necessário para o crescer, isto é, o testador continua a crer na viabilidade da sua pretensão e, conseqüentemente, subsiste a sua vontade de afastar aqueles que por força do próprio testamento ou da lei tinham virtualidade para absorver a deixa não-adquirida. Quanto às hipóteses em que o testador tinha conhecimento da incapacidade, como, então, a instituição de incapaz só é compreensível quando se suponha no testador a esperança de, não obstante a incapacidade, conseguir que o contemplado beneficie efectivamente da sucessão, logo se vê que não oferece particularidades que imponham solução diferente da defendida.

Há apenas que referir uma especialidade, a respeito das hipóteses de indignidade, nas quais, se o testador, não obstante ter conheci-

mento da indignidade, contemplou o indigno, tem de entender-se, como é opinião corrente, que cessa a incapacidade.

Na doutrina estrangeira, nomeadamente francesa, punha-se a questão de saber em que termos actuava a incapacidade por indignidade, nas hipóteses em que só depois de aberta a sucessão e aceita a herança, vinha a ser reconhecida a existência da indignidade. O problema levanta-se, designadamente, a respeito da restituição dos frutos, entretanto percebidos pelo indigno, podendo, aliás, ser generalizado a outras incapacidades.

Segundo alguns autores, com a aceitação não contrariada da herança ou legado, o indigno tornava-se proprietário da respectiva porção até que a indignidade fosse pronunciada. Segundo outros, devia entender-se que a instituição de herdeiro ou legatário estava sujeita a uma condição resolutiva tácita, isto é, à condição de que, se algum dos chamados praticasse qualquer dos factos delituosos, de que provém a indignidade, tal facto viciava a respectiva vocação *ab initio*. Fácilmente se vê como desta diversidade de opiniões tinha necessariamente de resultar uma diversidade de soluções quanto ao problema da restituição dos frutos pelo indigno.

O Código italiano de 1865 eliminou tais dificuldades, mediante o seu art.º 727.º, segundo o qual quem fosse excluído da herança por indignidade tinha de restituir todos os frutos e proventos que tivesse percebido desde a abertura da sucessão.

À face do nosso direito positivo, cremos que o problema se apresenta facilmente solúvel. Com efeito, as incapacidades sucessórias operam *ipso iure*, inibindo a produção da devolução sucessória em favor do incapaz. Sendo assim, qualquer acto de aceitação que, porventura, pratique o incapaz, será mera aparência jurídica, pois lhe faltava justamente o direito de tal praticar, impedida, como foi, a devolução. Deste modo, enquanto a indignidade não for descoberta, o indigno viverá numa situação meramente de facto. Averiguada a existência da indignidade tudo se passará, juridicamente, como se o incapaz nunca tivesse fruído dos bens, de modo que os herdeiros beneficiarão da quota que ao incapaz era destinada, obtendo-a não somente nas condições em que se encontra no momento considerado, mas com referência à época da abertura da sucessão, e, porventura, acompanhada ainda da correspondente indemnização de perdas e danos, provenientes, por exemplo, da não aplicação de capitais, da

perda da oportunidade de fazer uma boa venda, etc.. Nem sequer poderá invocar-se a posse, dado o art.º 497.º do Código Civil.

Outros problemas se levantam ainda a este respeito, os quais nos abstermos de considerar, pois a respectiva solução depende da posição que se tome em determinadas questões de teoria do acto jurídico, e, designadamente, dos contratos, transcendendo, por isso, o âmbito das nossas indagações.

c) O outro caso de falta, previsto no art.º 1.852.º, é o de repúdio.

Ao contrário do que sucede com a aceitação, que pode ser feita expressa ou tácitamente, o repúdio tem de ser feito de modo expresso (art.º 2.034.º). Uma vez feito, porém, os seus efeitos retrotraem-se ao momento da abertura da sucessão (art.ºs 2.035.º e 2.043.º). Correlativamente, e nos termos do art.º 1.856.º, o acréscimo da porção repudiada opera-se *ipso iure*, naquele mesmo momento.

O repúdio pode, todavia, ser destruído retroactivamente. Pode sê-lo pelo próprio repudiante, nos termos do art.º 2.037.º, isto é, nos casos de violência, ou de ter sido induzido dolosamente a repudiar; pelos credores do repudiante, quando o repúdio tiver sido feito em seu prejuízo (art.º 2.040.º do Código Civil, e art.º 1.521.º do Código de Processo Civil). Neste último caso, todavia, o repúdio apenas será destruído na medida necessária para a satisfação de tais credores.

Julgamos que em tais emergências, de anulação do repúdio, tem de entender-se, pelo mecanismo geral da anulação com efeitos retroactivos, que repúdio não houve, e, conseqüentemente, também não tem lugar qualquer fenómeno de acréscimo.

**69 — Casos em que se discute a possibilidade de acréscimo : a) casos de nulidade ; b) casos de caducidade ; c) casos de revogação.**

Assente que o art.º 1.852.º tem natureza meramente exemplificativa, fica aberto o caminho para nele se incluírem outras hipóteses. Convém, contudo, referir, de modo especial, algumas, acerca das quais se levantam dificuldades.

a) Assim, a respeito dos casos de nulidade, da instituição ou nomeação, tem-se oposto à sua inclusão no art.º 1.852.º a considera-

ção de que o direito de crescer pressupõe, até pelas próprias palavras, uma disposição que se avoluma, isto é, cujo objecto inicial aumenta por intervenção de causas ulteriores, o que não pode verificar-se quando se trate de uma disposição nula, muito embora a nulidade reverta em proveito dos co-herdeiros instituídos com preterição dos legítimos. Isto, é claro, além das outras razões já expostas e analisadas, e que são invocadas em abono do carácter taxativo da enumeração do art.º 1.852.º.

Quanto à razão, ora aduzida, especialmente quanto à hipótese de nulidade, cremos não ser necessário entrar em considerações, mais ou menos vagas, e pouco convincentes (141) para a afastar. Julgamos inteiramente procedente o caminho seguido pelo Prof. Galvão Teles, ao sustentar «que de crescimento não pode falar-se antes da morte do *de cuius*; só então é que a relação sucessória se estabelece e desenvolve, só então os sucessores são efectivamente chamados, e é com o efectivo chamamento (vocaçào) que se prende o direito de crescer. Até o último momento de vida, tem o autor da herança a faculdade de modificar o seu testamento (substituindo, porventura, disposições viciadas, por outras com o mesmo conteúdo, mas isentas de defeito), e, por conseguinte, só à data da sua morte se atenderá para determinar quem sucede testamentariamente, e quais as porções vagas que crescem aos outros instituídos» (142).

b) Quanto aos casos de caducidade nada mais há a acrescentar. Dada a necessidade de interpretar extensivamente o art.º 1.852.º, tem de concluir-se que, uma vez verificados os outros pressupostos do crescer, este funcionará sempre que caduque uma instituição ou nomeação, muito embora se não trate de casos de pré-morte, incapacidade ou repúdio.

c) Por último, referir-nos-emos ainda aos casos de revogaçào. Ainda terá applicabilidade o instituto do crescer quando o testador revogue alguma ou algumas das disposições do seu testamento? Incl-

---

(141) Ver *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 73.º, págs. 8 e seguintes.

(142) Ver *ob. cit.*, págs. 273-274; *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 49.º, pág. 397.

namo-nos para a solução negativa, seguindo, designadamente, na pegada do Prof. Galvão Teles (143). Desde que o testador revoga uma disposição, e não contempla com a quota que, por tal modo, fica livre os outros herdeiros instituídos (o que facilmente podia fazer), parece não ter querido que estes beneficiassem de tal quota. A solução oposta não é aceitável, pois pressuporia que o testador, abstendo-se de instituir os herdeiros testamentários na porção a que respeitava a disposição revogada, pretendeu que se aplicassem as normas interpretativas da sua presumida vontade, isto é, tal solução envolveria uma dupla presunção, o que se não apresenta como natural.

Nos casos de revogação parcial tudo se apresenta, substancialmente, como se o testador nunca tivesse disposto do objecto da disposição, que se revoga, hipótese em que, é evidente, tal objecto se defere aos sucessíveis *ab intestato*.

## § 2.º

### EXISTÊNCIA DE HERDEIROS INSTITUÍDOS

#### 70 — Ideia Geral. Remissão.

O instituto do acrescer pressupõe para que possa funcionar, além da falta de um herdeiro instituído ou legatário, a existência de outros co-herdeiros instituídos.

É esta a solução unânimemente aceite em relação à hipótese de falta de um herdeiro instituído. A mesma unanimidade de opiniões já não existe, todavia, quando se trate da falta de um legatário. Há quem entenda, com efeito, que, em tal hipótese, o acrescer também aproveita aos herdeiros legítimos, de modo que bastaria a existência destes para que o acrescer funcionasse, independentemente da coexistência de herdeiros instituídos.

Já tratámos de tal problema, tendo-nos, então, pronunciado contra tal orientação.

---

(143) *Ob. cit.*, pág. 275.

## § 3.º

INEXISTÊNCIA DE VONTADE CONTRÁRIA  
AO ACRESCEER71 — **Ideia Geral. Remissão.**

O acrescer pressupõe ainda a inexistência de uma vontade do testador em sentido contrário. Efectivamente, tendo as disposições sobre o acrescer carácter supletivo, tem de ceder o passo perante uma vontade concreta do testador. É o que resulta da parte final do art.º 1852.º, quando diz: «salvo se o testador houver disposto outra coisa».

Tal vontade terá de ser apurada, concretamente, mediante o recurso a todos aqueles elementos que, consoante a posição adoptada relativamente à interpretação testamentária, devem ser tidos em consideração. Tais elementos podem, designadamente, ser exteriores ao próprio testamento, desde que nele tenham determinados reflexos, ou certa correspondência. É pelo menos esta uma orientação corrente entre nós.

Tal vontade, porém, tem de ser inequívoca, conquanto tácitamente manifestada. Por outro lado, pode tal vontade consistir em declarar apenas que se não quer a aplicação dos art.ºs 1.852.º e segs., caso em que aproveitarão os herdeiros legítimos da falta de algum ou alguns dos instituídos; pode ainda tal vontade traduzir-se na nomeação de um substituto para algum ou alguns dos instituídos, caso em que só quando também falte o substituto poderá funcionar o acrescer. Tal substituição pode ser feita tácitamente, como, aliás, se infere do que há pouco se disse. Todavia, não envolve uma substituição tácita recíproca a mera instituição conjunta de alguns dos contemplados, como longamente se procurou demonstrar; é necessário ter sempre em consideração os elementos especiais de cada caso concreto, para concluir pela existência de tal modalidade de substituição.

## § 4.º

## INEXISTÊNCIA DE UM ACRESCEMTO PREFERENTE

72 — **Remissão.**

Por último, para que possa ter lugar um fenómeno de acrescer, nos termos genéricos dos art.ºs 1.852.º e segs., necessário se torna que se não verifique qualquer daquelas hipóteses em que se desenvolve, em nosso entender, um fenómeno de acrescer preferente. É claro que, esgotado este, poderá ter depois lugar a aplicação dos art.ºs 1.852.º e segs., mas isso porque, afinal, já, então, não existe um decrescer preferente.

## CAPÍTULO VI

## OUTROS ASPECTOS DO ACRESCEMTO

73 — **Do problema da aceitação e repúdio da porção acrescida.**

Já foi referido que, como regra, aquele que beneficia do acrescer não tem necessidade de aceitar, nem pode repudiar a porção acrescida (art.º 1.854.º). Trata-se de uma mera consequência da natureza do instituto do acrescer no nosso direito positivo, o qual se configura, em nossa opinião, como um mero fenómeno de não-decrescer. Uma vez que o acrescimento se efectiva através do mero alargamento da vocação do respectivo beneficiário ou beneficiários, sendo certo que o direito de suceder, conteúdo de tal vocação, foi exercido, não pode, quanto ao objecto do acrescer, ser o *mesmo direito* exercido em sentido diverso, bem como não há necessidade de voltar a reafirmar a vontade que já uma vez se manifestou. Quem aceita, aceita nos precisos termos em que lhe foi atribuído o direito de aceitar; como este se reporta não apenas àquilo com que directamente foi contemplado o respectivo titular, mas ainda às porções que, eventualmente, não venham a ser adquiridas por algum ou alguns dos instituídos ou nomeados, não há que praticar qualquer novo acto de aceitação, se, porventura, tais porções, efectivamente, não forem adquiridas. Por

uma ordem de razões análoga, não é permitido o repúdio da porção acrescida, desde que tenha sido aceita a quota própria.

É certo que a nossa lei abriu um desvio à lógica destas considerações, quando a parte acrescida tiver encargos especiais impostos pelo testador (art.º 1.854.º). Tal desvio da lógica do regime tem, porém, a sua explicação, como já foi referido.

Também, pelos motivos já expostos, reputamos inaceitável o entendimento que procura restringir o alcance do art.º 1.856.º, em função do que se dispõe no art.º 1.813.º.

Do modo como se efectiva o crescer e do facto de ele ser inevitável deriva que ele se verifica, de direito, não no momento da falta do herdeiro ou legatário, mas sim no da abertura da sucessão, isto é, o crescer tem carácter retroactivo.

Basta, porém, pensar nas diferentes hipóteses de falta para logo se ver que tal carácter retroactivo avulta mais nuns casos que noutros. Naquelas hipóteses em que a falta se verifica, por via de regra, antes da abertura da sucessão, surge com menos interesse tal carácter retroactivo. É nos casos de falta por não-verificação de condição suspensiva onde melhor se nota essa característica, dada a possibilidade de entre a abertura da sucessão e a não-verificação da condição mediar um espaço de tempo, maior ou menor.

Também nos casos de repúdio surge com interesse o aspecto da retroactividade.

Nas outras hipóteses de falta, esta verifica-se, normalmente antes da morte do testador. Nada impede, todavia, que a premoriência, incapacidade, etc., só se averiguem posteriormente a tal momento, apresentando-se então com relevância o carácter retroactivo do crescer.

#### 74 — O crescer verifica-se «cum onere».

A porção acrescida é acompanhada dos encargos que a oneravam. É o princípio estabelecido no art.º 1.855.º: «Os herdeiros que houverem o acrescido sucederão em todos os direitos e obrigações, que caberiam àquele que não quis ou não pôde receber a deixa, se a houvera aceite».

É esta a regra posta na maior parte das legislações que consagram



um fenómeno de não-decrescer em sucessão testamentária, não obstante entre nós se ter pretendido que ela não quadra à estruturação do fenómeno como um não-decrescer, e daí se ter querido deduzir estarmos, quanto ao nosso direito positivo, perante um verdadeiro e próprio direito de crescer.

E não só as legislações se limitam a estabelecer tal princípio. A generalidade dos autores estrangeiros considera-o inteiramente justificado.

Trata-se de mais uma aplicação daquela ideia antiga, referida por Paulo de que *Secundum naturam est, commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda*» (144).

Aliás, a mais cabal explicação de tal princípio tem de ir buscar-se à própria vontade do testador, ao qual, salvo disposição em sentido contrário, não pode atribuir-se o intuito de libertar dos encargos a pessoa que recolha, por qualquer forma, uma quota já gravada, que se torna vaga por aquele que nela foi instituído — herdeiro ou legatário — não poder ou não querer aceitá-la. Os encargos, sendo inerentes à respectiva quota, não podem separar-se desta, continuando a feri-la, posto que, afinal, venha a caber a pessoa diversa daquela a quem, em princípio, era destinada (145).

À regra posta no art.º 1.855.º tem de fazer-se uma restrição, no que respeita aos encargos puramente pessoais, os quais, pela sua própria natureza, não podem acompanhar a porção acrescida. É certo que a lei não o diz expressamente, mas isso não impede que assim tenha de entender-se, uma vez que se trata de um princípio geral do nosso Direito, imposto pela própria natureza dos encargos puramente pessoais, derivando de «princípios lógicos e jurídicos indiscutíveis».

Algumas legislações estrangeiras referem expressamente tal restrição (146); noutras, conquanto não expressamente consagrado, é, todavia, aceito pela doutrina (147).

---

(144) Ver 50, 17, de *reg. juris antiquis*, 10.

(145) Ver Bortolan, *ob. cit.*, pág. 319.

(146) *V. g.*, Código Chileno, de 1855, art.º 9.152.º; Código Argentino de 1869, art.º 3.822.º etc..

(147) É o que sucede, por exemplo, em Itália. Ver Bortolan, *ob. cit.*, pág. 320.

**75 — Da questão de saber a quem pertence o acrescido, nos casos em que o herdeiro já tenha disposto da sua quota, aquando da verificação da ocorrência determinante do crescer.**

Problema de sempre debatido é o de saber a quem deve competir o acrescido nos casos em que, aquando da verificação da ocorrência que determina o correspondente fenómeno, já o herdeiro beneficiado tenha disposto da parte que lhe coube na herança. Competirá ao alienante ou ao adquirente?

A questão, como se disse, é muito antiga, tendo já contraposto Bartolo e Cujácio, pronunciando-se aquele pela solução favorável ao adquirente, e Cujácio pela solução favorável ao alienante.

Muitas foram então, e continuam a ser, as razões aduzidas em abono de uma e outra tese (148). Não julgamos, todavia, de grande interesse referi-las, além do mais porque não encontramos invocadas, quer de um lado, quer de outro, razões que nos satisfizessem plenamente. Limitar-nos-emos a referir singelamente o modo como se nos apresentam as coisas.

É claro que o problema não apresenta dificuldades, melhor, não chega a pôr-se, nos casos em que puder apurar-se, pela interpretação do acto de disposição, uma vontade concreta das partes num ou noutro sentido.

Mas se as partes se não tiverem pronunciado a tal respeito, *quid iuris*?

Creemos que se impõe a solução de que o acrescido compete ao alienante, herdeiro instituído. Com efeito, este quando dispõe de coisas que herdou dispõe *daquelas* coisas, nos mesmos termos em que pode dispor de quaisquer outras de que seja proprietário, mas que não recebeu de ninguém por sucessão.

Nem se pode argumentar com o facto de o crescer ter lugar *portione portioni* e com o princípio da indivisibilidade do direito transferido. Aquela afirmação traduz uma forma empírica de ver a realidade, esta, se bem apreendemos o seu alcance, peca por se não colocar no plano em que o problema é posto.

---

(148) Tais razões são apresentadas com bastante desenvolvimento, por exemplo, por Bortolan, *ob. cit.*, págs. 368 e seguintes.

O que é indivisível é o direito de suceder, conteúdo da vocação. Mas, é claro, que o herdeiro, ao dispor de bens da herança, não dispõe do direito de suceder, o que, além do mais, seria impossível, pois ele ou já é efectivamente herdeiro, porque aceitou, e, então já não é titular do direito de suceder, uma vez que este se esgotou com aquela aceitação, ou ele ainda é mero sucessível e, então, tem o direito de suceder, mas não tem qualquer direito a bens da herança, de que possa dispor.

É claro que quando se fala em direito indivisível não pode ter-se em vista qualquer direito — não vemos bem que direito... — sobre todos os bens que se herdaram e que, portanto, entraram efectivamente no património do sucessor. Um direito assim concebido acarretaria como consequência a impossibilidade de se dispor apenas de parte dos bens herdados...

Por outro lado, o princípio *portio portioni accrescit* não significa, como parece supor-se, que a parte da herança já efectivamente integrada no património do herdeiro exerça como que uma atracção material sobre a porção acrescida.

As coisas, tal como se nos apresentam, passam-se do seguinte modo: constituído o direito de suceder, este é potencialmente extensivo a tudo; exercido tal direito no sentido da aceitação, ele é exercido nos exactos termos em que foi concedido. A parte que lhe foi assinada em testamento entra logo no seu património; se, porventura, vier a faltar algum dos instituídos, a respectiva porção vai aproveitar aos outros por virtude de o direito de suceder ter sido exercido em termos tais que permitem absorver as porções vagas.

A solução, que vimos de defender é, aliás, a que melhor se harmoniza com a vontade das partes.