

ANOTAÇÃO

NULIDADE DA DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA E SUBSTITUIÇÃO DIRECTA

Pelo Mestre João Sérgio Teles de Menezes Correia Leitão()*

1. Apresentação. A matéria de Direito e os factos em apreciação

I. O presente acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, relatado pelo Conselheiro Doutor ABRANTES GERALDES com o rigor dogmático e a incisividade analítica que lhe são bem conhecidos, pronuncia-se sobre a questão de saber se a *nulidade de uma disposição testamentária* constitui facto determinativo da operatividade da *substituição directa* associada à deixa em causa.

Muito embora a discussão desta matéria seja clássica na nossa doutrina sucessória, não tem, todavia, encontrado significativos reflexos na jurisprudência dos nossos tribunais na resolução dos litígios concretos que lhes são submetidos. Deste modo, quando surge um caso em que essa questão é objecto de concretização judicial, e ainda por cima em sólidas bases dogmáticas, impõe-se, imediata e naturalmente, a realização de uma leitura mais detida e

(*) Jurista. Mestre em Direito.

reflectida, de modo a apreender e desvendar, nas *rationes* que lhe subjazem, a decisão adoptada.

Se este ponto chegaria para fundamentar a anotação deste aresto, verifica-se ainda que nele é igualmente enfrentada, em termos bem impressivos, a aplicação da presunção constante do n.º 2 do art. 2281.º do Cód. Civil⁽¹⁾, o que também pede e merece devida atenção.

Bem se justifica, por tudo isto, examinar os procedimentos argumentativos desenvolvidos e as soluções jurídicas promovidas sobre estas matérias por este douto acórdão do nosso Supremo Tribunal de Justiça⁽²⁾.

II. Não obstante ser plúrima a factualidade que é relatada no acórdão em consideração (cf. o ponto II relativo aos *Factos Provedos*), é possível descrever em traços breves o núcleo essencial dos factos que importa ter em conta em atenção ao objecto da análise. Nos seguintes termos:

i) GG⁽³⁾, falecido em 28.1.94, que desde 1989/1990 vivia maritalmente com HH em comunhão de mesa e habitação, fez testamento cerrado, aprovado por instrumento de 8.1.1992, no qual consignou o seguinte:

“Pelo presente testamento disponho de todos os meus bens ou direitos que à hora da minha morte me pertencerem, do modo seguinte: instituo minha universal herdeira, de todos os meus bens, direitos e ações a senhora HH, divorciada, natural da freguesia e concelho da ..., Algarve, residente na Rua ..., número vinte e quatro, freguesia de ..., concelho de Oeiras.

(1) Pertencem ao Código Civil os artigos sem indicação da fonte de proveniência.

(2) Veja-se também o acórdão antecedente, proferido neste mesmo processo, da Relação de Lisboa (JORGE LEAL) de 20.09.2012, proc. n.º 10512/03.9TBOER.L1-2 em <www.dgsi.pt>.

(3) Mantemos as siglas utilizadas na edição pública do acórdão na Colectânea de Jurisprudência-Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Ano XXI, T. 1/2013, n.º 246, pp. 122-126 e em <www.dgsi.pt>, muito embora nos pareça que não são empregues uniforme e cristalinamente no texto divulgado, gerando assim imprecisões, que procurámos assinalar e corrigir no texto transcrito mediante as indicações efetuadas entre parênteses retangulares.

A esta minha herdeira deixo o encargo de prestar toda a assistência financeira que ela necessitar à minha irmã gémea II, de modo a que lhe venha a ser proporcionada uma subsistência condigna quer em suas próprias casas quer em caso de necessidade de internamento em qualquer instituição médica ou de saúde ou de apoio à terceira idade, por forma que nada lhe falte durante a vida.

Se à hora da minha morte aquela HH já houver falecido, instituo então meu único e universal herdeiro de todos os meus bens, direitos e ações, que à hora da minha morte me pertencerem, o filho do meu maior amigo de infância, CC (...).

Na eventualidade deste vir a ser meu herdeiro, deixo ao mesmo o encargo de com a totalidade dos bens por mim herdados constituir e gerir uma fundação que terá o nome do meu avô paterno «LL» ...”

ii) No instrumento de aprovação do testamento cerrado referiu-se, para além do mais, o seguinte:

— “... e por ele (GG) me foi apresentado o testamento, declarando-me que o mesmo contém as últimas disposições de sua última vontade, que foi escrito e assinado por ele testador, que não contém palavras emendadas, truncadas ...”;

— “Foram testemunhas deste ato — D. HH, divorciada, residente na morada do testador e MM (mas que assina como NN), divorciado, residente na Rua ...”.

iii) HH faleceu em 21.9.1994, deixando como herdeiros o cônjuge DD e o filho EE, que “*adquiriram todos os bens móveis e imóveis do de cujus GG que à data da sua morte eram conhecidos*”.

iv) A irmã gémea de GG, II, que faleceu em 16.11.1997, deixou como herdeira testamentária universal a Autora, AA.

III. Em face destes factos, a pretensão da Autora (e dos subsequentes habilitados) em ser reconhecida a II a qualidade de herdeira universal na herança aberta por óbito de GG, com a consequente entrega dos bens hereditários em conformidade com essa vocação sucessória e ulteriores desenvolvimentos, dependia então, como exemplarmente se enuncia no acórdão em apreço, da resposta ao seguinte quesito:

“prevista no testamento a substituição direta a que se reporta o art. 2281.º do CC para o caso de a herdeira instituída falecer antes do testador, a devolução da herança para o herdeiro substituto ocorre também se se verificar a nulidade da disposição testamentária principal?”

Vejamos, então, a resolução concreta, operada pelo acórdão em anotação, das questões dogmáticas implicadas nesta interrogação.

2. A substituição direta

I. Comece-se por retratar, ainda que brevemente, o instituto jurídico objecto da análise.

A *substituição direta, vulgar, comum ou ordinária*⁽⁴⁾ (*substitutio vulgaris*), que remonta, como quase tudo o que diz respeito ao Direito das Sucessões, ao Direito Romano⁽⁵⁾, consiste na disposi-

(4) Refere JOSÉ TAVARES, *Sucessões e direito sucessório*, 2.ª ed., Lisboa, Portugal-Brasil Limitada, s.d. (a 1.ª ed. é de 1903), p. 400: “A substituição vulgar ou direta designa-se assim por ser a mais frequente, já entre os romanos, e porque nela os bens passam directamente do testador para o substituto”. Vd. também CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, vol. X, Coimbra, Coimbra Editora, 1935, p. 130: “Esta substituição chama-se *vulgar*, porque era a mais frequente entre os romanos; e *direta*, porque entre o testador e o substituto não há um intermediário, como no fideicomisso; os bens passam directamente do testador para o substituto”.

(5) Cf. D. 28.6.: “*pr. Heredes aut instituti dicuntur aut substituti: instituti primo gradu, substituti secundo vel tertio. 1. Heredis substitutio duplex est aut simplex, veluti: “Lucius Titius heres esto: si mihi Lucius Titius heres non erit, tunc Seius heres mihi esto”: “Si heres non erit, sive erit et intra pubertatem decesserit, tunc Gaius Seius heres mihi esto”*”. Cf. também GAIUS, 2, 174 a 176: “174. *Interdum duos pluresue gradus heredum facimus, hoc modo: L. TITIVS HERES ESTO CERNITOQVE IN DIEBVŚ CENTVM PROXIMIS, QVIBVS SCIES POTERISQVE. QVOD NI ITA CREVERIS, EXHERES ESTO. TVM MEIVS HERES ESTO CERNITOQVE IN DIEBVŚ CENTVM et reliqua; et deinceps in quantum uelimus, substituere possumus. 175. Et licet nobis uel unum in unius locum substituere pluresue, et contra in plurium locum uel unum uel plures substituere. 176. Primo itaque gradu scriptus heres hereditatem cernendo fit heres, et substitutus excluditur; non cernendo summouetur, etiamsi pro herede gerat, et in locum eius substitutus succedit; et deinceps si plures gradus sint, in singulis simili ratione idem contingit*”. Vd., entre nós, A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano, V (Direito das Sucessões e Doações)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 190 e segs.

ção testamentária⁽⁶⁾ pela qual o testador designa um herdeiro ou legatário para o caso de um primeiro sucessível instituído não poder ou não querer aceitar a herança ou o legado.

O legislador descreve a figura no n.º 1 do art. 2281.º do Cód. Civil, nos seguintes termos: “*O testador pode substituir outra pessoa ao herdeiro instituído para o caso de este não poder ou não querer aceitar a herança: é o que se chama substituição direta*”.

Muito embora nesta noção do n.º 1 do art. 2281.º o instituto surja limitado à instituição de herdeiro, é perfeitamente aplicável à nomeação de legatário, como resulta do art. 2285.º, n.º 1, que estende as disposições da subsecção em causa aos legados⁽⁷⁾.

(6) Apenas nos importa aqui, atento o caso *sub judice*, a substituição direta enquanto “*conteúdo do testamento*” (que, consabidamente, é o título do capítulo VI do Título IV do Livro V sobre “*Direito das Sucessões*” do Código Civil onde se localiza, na Secção IV — “*Substituições*” — a subsecção I dedicada à “*substituição direta*”) reportada à designação testamentária de herdeiro ou legatário.

(7) A técnica legislativa assim adoptada é questionável, já que não constitui a opção mais perfeita estabelecer uma noção legal limitada a certa realidade para depois, afinal, se prever, em disposição específica, a aplicação a outra realidade da disciplina que é balizada pela noção legal. A opção legislativa parece dever-se à influência do Código Civil italiano em cujos arts. 688.º (“*Il testatore può sostituire all’erede istituito altra persona per il caso che il primo non possa o non voglia accettare l’eredità*”) e 691.º (“*Le norme stabilite in questa sezione si applicano anche ai legati*”) se segue tal esquema (GALVÃO TELLES, que foi, como é sabido, o autor do anteprojeto da parte do atual Código Civil dedicada ao “Direito das Sucessões”, referia-se significativamente àquele diploma como “o magnífico Código Civil italiano de 1942” e falava num “legislador da craveira do italiano” — vd. GALVÃO TELLES, “*Substituição vulgar tácita*” in *Dir.*, ano 85, 1953, pp. 97-108 [p. 99 e p. 100]). Julga-se, no entanto, com a devida vénia, que era preferível ter adoptado o exemplo antecedente constante do Código Civil de 1867 cujo art. 1858.º definia, reportando-se em simultâneo ao herdeiro e ao legatário, a substituição direta nos seguintes termos: “*Pode o testador substituir uma ou mais pessoas ao herdeiro, ou herdeiros instituídos, ou aos legatários, para o caso em que os herdeiros ou os legatários não possam ou não queiram aceitar a herança ou o legado: é o que se chama substituição vulgar ou direta*”. É certo que no § único deste mesmo art. 1858.º do Código de Seabra já ocorria, inadequadamente, uma exclusiva alusão à instituição de herdeiro: (“*Esta substituição expira, logo que o herdeiro aceite a herança*”), reportando, assim, unicamente ao herdeiro uma solução que valia identicamente para o legatário. JOSÉ TAVARES, *ob. cit.*, p. 404, escreveu, por isto, sem delicadezas, que: “este § único está mal redigido, porque se refere só ao herdeiro, sendo certo que o mesmo preceito se deve aplicar ao legatário”. Também CUNHA GONÇALVES, *Tratado...*, *cit.*, p. 130 observou que o disposto neste § único do art. 1858.º do Cód. Civil de 1867 valia identicamente para o legado (“Isto mesmo se deve dizer do legado; pois a aceitação da herança não faz expirar a substituição do legado; se o legatário

A substituição direta constitui, então, uma vocação testamentária substitutiva, pela qual uma pessoa (substituto ao instituído) sucede diretamente ao *de cuius* quando o primeiro chamado (instituído) não possa ou não queira aceitar a herança ou o legado. Como tal, trata-se de uma vocação *única* (e não sucessiva), pois o segundo herdeiro ou legatário é chamado à herança do *de cuius em vez do* primeiro chamado (e não sucessivamente a este), sendo que só é herdeiro ou legatário quem efetivamente aceite a instituição. E, sempre se acrescente, quem diz segundo herdeiro ou legatário diz terceiro, quarto, etc., pois pode ocorrer, desde que o testador assim o tenha determinado, uma série de chamamentos substitutivos, em que os diversos chamados (substitutos ao substituto) se vão, no caso de o antecedente da série não poder ou não querer aceitar, substituindo uns aos outros, operando, em qualquer caso, uma vocação única (*substitutus substituto est etiam substitutus instituto*). A substituição é *direta* porquanto o substituto adquire diretamente do autor da sucessão — e daí a adjetivação legal — os bens objecto da deixa testamentária. A substituição direta é, portanto, uma *substituição da “direção da vocação sucessória”*⁽⁸⁾, uma *substituição do destinatário do efeito sucessório*⁽⁹⁾.

II. Tradicionalmente a substituição direta é enquadrada teoricamente — com o direito de representação (arts. 2039.º e seguintes) e o direito de acrescer (arts. 2301.º e seguintes) — como uma modalidade de *vocação indireta*⁽¹⁰⁾, por ocorrerem as duas caracte-

instituído não puder ou não quisesse aceitar o seu legado, entrará em vigor a respectiva substituição”). De qualquer modo, o que pretendíamos assinalar é que era mais perfeita a noção legal de substituição direta do nosso Cód. Civil de 1867, pelo que teria sido melhor seguir tal modelo em vez do acolhimento do esquema legislativo que, por influência do Cód. Civil italiano, acabou por constar do Cód. Civil de 1966.

(8) VINCENZO-RODOLFO CASULLI, “*Sostituzione ordinária e fedecommissaria*” in NssDI, XVII (1970), 970-993 [p. 972].

(9) ANGELO LUMINOSO, “*Sostituzione. Diritto vigente*” in ED, XLIII, pp. 141-158 [p. 141].

(10) Vd. GALVÃO TELLES, *Direito de representação, substituição vulgar e direito de acrescer*, Lisboa, 1943, pp. 5, 142 e 182; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 172; PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1992, pp. 227-228 e 251; PAMPLONA CORTE-REAL, *Curso de Direito das Sucessões*, Lisboa,

rísticas típicas que moldam esta categoria dogmática, a saber, por um lado, o chamamento do substituto depende de um instituído prioritário não poder ou não querer aceitar a sucessão e, por outro lado, o substituto vê a sua vocação moldada sobre a posição destinada ao instituído prioritário que não pôde ou não quis aceitar a sucessão, sendo-lhe, assim, atribuídos, em regra, os mesmos direitos e obrigações que se dispôs em favor do instituído prioritário⁽¹¹⁾. E, na verdade, quando se confronta a disciplina legal da substituição direta, verifica-se, por um lado, como já se citou, que o art. 2281.º, n.º 1, prevê que a substituição opera para os casos de o instituído prioritário não poder ou não querer aceitar a deixo, e que, por outro lado, o art. 2284.º estabelece que: “*Os substitutos sucedem nos direitos e obrigações em que sucederiam os substituídos, excepto se outra for a vontade do testador*”.

Importa, contudo, assinalar, que estes padrões conceptuais da vocação indireta não devem ser aplicados com excessivo rigor à substituição direta, pois a sua fulcral base voluntarista pode determinar soluções distintas, como logo se evidencia dos múltiplos

Quid Juris, 2012, p. 226; CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, Lisboa, Quid Juris, 2008, pp. 151-152 e 201 e segs.; CAPELO DE SOUSA, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 219, 330 e 364; JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito das Sucessões Contemporâneo*, Lisboa, AAFDL, 2011, pp. 271 e 285; GONÇALVES DE PROENÇA, *Direito das Sucessões*, 3.ª ed., Lisboa, Quid Juris, 2009, pp. 46 e 208 e segs.; ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Direito das Sucessões*, Lisboa, AAFDL, 1978, pp. 229 e 258-259; EDUARDO DOS SANTOS, *Direito das Sucessões*, Lisboa, AAFDL, 2002, pp. 174 e 194; FERREIRA PINTO, *Sucessões por morte*, Lisboa, Juris Book, 2013, p. 76; MANUEL LEAL-HENRIQUES, *Direito Sucessório e processo de inventário*, 3.ª ed., Lisboa, Rei dos Livros, 2005, pp. 41 a 43; LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1997, pp. 530 e 538; CRISTINA ARAÚJO DIAS, *Lições de Direito das Sucessões*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, pp. 91 e 105-106.

⁽¹¹⁾ Vd. as formulações clássicas de GALVÃO TELLES, *Direito de representação...* cit., p. 10: “A vocação indireta caracteriza-se (...) por dois traços, um predominantemente subjetivo, que consiste em trazer o sujeito a um plano de sucessão que não lhe compete, fazendo-o suceder como se nesse plano se encontrasse; outro objetivo, que se traduz em dar-lhe, com possíveis mas ligeiras variantes, o complexo de direitos e encargos que teriam cabido ao substituído, se este viesse à herança” e de PEREIRA COELHO, *ob. cit.*, p. 228: “a posição jurídica do sucessível que não pôde ou não quis suceder é o ponto de referência a partir do qual se define a posição jurídica do chamado “indiretamente” à sucessão; os direitos e obrigações de quem sucede “indiretamente” são os mesmos direitos e obrigações da pessoa que sucederia diretamente, se esta tivesse realmente sucedido”.

apelos que a regulação legal faz à eventualidade de uma estipulação testamentária particular (o n.º 2 do art. 2281.º ressalva “*declaração em contrário*”; o n.º 2 do art. 2283.º e o n.º 2 do art. 2285.º pressupõem o “*silêncio do testador*”, como sucede também com o n.º 3 do art. 2283.º embora recorrendo à expressão “*nada se declarar*”; o art. 2284.º excepciona “*se outra for a vontade do testador*”). Decorre daqui a possibilidade de, no âmbito da substituição direta estabelecida, o testador regular de modo especial a instituição substituta, desde logo estabelecendo, por exemplo, a substituição numa parte apenas da herança ou do legado (*substituição parcial*) que se previa atribuir ao instituído de primeiro grau (cf. ainda os art. 2283.º, n.ºs 2 e 3, e 2285.º, n.º 2) ou estabelecendo encargos autónomos daqueles a que sujeitou o instituído de primeiro grau⁽¹²⁾ — com o que se afecta a determinação *per relationem* da posição do substituto e a identidade de direitos e obrigações em relação ao sucessível prioritário que não pôde ou não quis aceitar, que são assumidas como características paradigmáticas da vocação indireta⁽¹³⁾.

A vocação do substituto direto, ainda que normalmente moldada por referência à vocação não concretizada ou resolvida do sucessível prioritário, não tem que o ser integral e fatalmente, pelo que deve ser reconhecida como uma vocação perfeitamente *autónoma*, não obstante a sua eficácia estar na dependência da falência da vocação prioritária.

(12) Como ocorre no caso objecto de apreciação no presente acórdão, dado o testador ter estabelecido que, na eventualidade do substituto vir a ser herdeiro, incidirá sobre ele “*o encargo de com a totalidade dos bens por mim herdados constituir e gerir uma fundação...*”.

(13) Não é possível, por isso, seguir a formulação de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Sucesões*, cit., p. 175 de que o efeito geral da vocação indireta é “mais do que atribuir um benefício como mera consequência negativa do afastamento dum concorrente à sucessão; deve haver ainda identidade entre aquilo que um receberia e aquilo a que outro é chamado” (o que, aliás, não vale em relação aos direitos e obrigações *intuitu personae* — vd. a obra cit. deste Autor, p. 181). Com efeito, a entender a vocação indireta nestes termos rígidos e exclusivistas, então a substituição direta, por força do que pode resultar da vontade testatória ressalvada na parte final do art. 2284.º, escaparia a tal categoria.

III. A natureza jurídica da substituição direta, embora discutida, parece-nos segura: trata-se da instituição de herdeiro ou da nomeação de legatário sob a *condição suspensiva* de um primeiro designado não poder ou não querer aceitar a vocação de que era destinatário.

É esta, aliás, a posição sobre a figura unanimemente adoptada pela nossa doutrina⁽¹⁴⁾, como tal uma autêntica *communis opinio doctorum*: a substituição direta é a vocação de um sucessível subordinada à particular condição suspensiva que é representada pelo evento de o primeiro instituído não se tornar herdeiro ou legatário.

Na verdade, na substituição direta, o testador, por força de disposição de sua vontade, determina que a instituição substituta

⁽¹⁴⁾ Esta posição foi subscrita entre nós por CUNHA GONÇALVES, *Tratado...* cit., p. 130: “a não-aceitação da herança é a condição suspensiva da substituição”; GALVÃO TELLES, *Direito de representação...* cit., pp. 177 e 198: “A opinião comum qualifica a substituição vulgar como *instituição sob condição suspensiva*, e esta é a sua real natureza”, “A substituição tem a verdadeira natureza de uma instituição sob condição suspensiva”; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Sucessões*, cit., pp. 178 e 179: “a resolução do chamamento dos substituídos tem os efeitos que teria uma condição suspensiva”, “Aplica-se o regime geral da condição suspensiva”; PAMPLONA CORTE-REAL, *Sucessões*, cit., p. 236: “o substituto acaba por ser um sucessível instituído sob condição suspensiva, pois a sua vocação dependerá sempre da resolução ou da não concretização da vocação do substituído, à qual terá de sobreviver. O substituto é, assim, um sucessível subsequente, pois o seu chamamento só se concretiza num momento ulterior à data da abertura da sucessão, embora retroagindo a esse momento”; JORGE DUARTE PINHEIRO, *Sucessões* cit., p. 286: “a vocação do substituto é condicional: está sujeita a uma condição suspensiva, dependendo da resolução ou não concretização da vocação do substituído”; GONÇALVES DE PROENÇA, *Direito das Sucessões*, cit., p. 210: “A doutrina costuma equiparar a substituição direta à aposição de uma condição suspensiva, na medida em que a instituição de um herdeiro (ou legatário) feita pelo testador fica suspensa pela verificação da condição de os instituídos em 1.º grau aceitarem efetivamente a sucessão. Se não aceitarem ou forem afastados, a primeira instituição caduca (é substituída) passando a vigorar a segunda”; GUILHERME DE OLIVEIRA, *O testamento. Apontamentos*, s.l., Reproset, s.d., p. 105: “A substituição direta é uma instituição de herdeiro ou de legatário subordinada à condição suspensiva de um primeiro designado não querer ou não poder aceitar a liberalidade”; EDUARDO DOS SANTOS, *Direito das Sucessões* cit., p. 189: “A substituição vulgar é uma delação condicional, sujeita à verificação de um facto futuro e incerto, que é o de o substituído não chegar a aceitar a sucessão por alguma das causas estabelecidas na lei”; LEAL-HENRIQUES, *ob. cit.*, p. 54: “um caso de disposição sujeita à condição suspensiva da frustração da primeira escolha”; RODRIGUES BASTOS, *Direito das Sucessões segundo o Código Civil de 1966*, s. l., 1983, p. 87: “a substituição é uma instituição condicional”.

tem a produção da sua eficácia dependente da verificação de um acontecimento futuro e incerto, o qual consiste no facto de o sucessível prioritário não poder ou não querer aceitar a sucessão — uma *inquestionável condição suspensiva* (arts. 270.º e 2229.º). Deste modo, têm aplicação à substituição direta, via de princípio, regras gerais sobre a condição suspensiva em sede testamentária, de que se destaca a necessidade de sobrevivência do substituto até ao momento da não concretização ou da resolução da vocação do substituído, conforme resulta do disposto na al. b) do art. 2317.º⁽¹⁵⁾, e a contagem do prazo de caducidade do direito de aceitar a herança por parte do substituto a partir do conhecimento da não concretização ou da resolução da vocação do substituído, por força do n.º 2 do art. 2059.º, podendo o substituto, como “interessado”, intentar a *actio interrogatoria* nos termos do art. 2049.º.

Todavia, a aplicação do regime geral da condição suspensiva (arts. 2229.º e seguintes) à substituição direta só tem lugar na medida em que as regras respectivas sejam compatíveis com a sua natureza. Justamente, isso não sucede com a disciplina da administração da herança ou legado objecto dos arts. 2237.º a 2239.º que pressupõe estar em causa *apenas uma instituição condicional* ou que *a instituição condicional seja a instituição primária* (vd. as referências no art. 2238.º ao “substituto” do “herdeiro condicional”); ora, na substituição direta está presente uma instituição condicionada, que respeita ao substituto, mas associada a uma instituição primária, que respeita ao substituído, cuja falha de atuação possibilita justamente a operatividade da substituição, pelo que, em princípio, não há que colocar, em tal caso, a herança ou legado sob administração, pois a herança ou legado ou cabe ao instituído primário (pelo menos, até à sua aquisição sucessória ser destruída retroactivamente) ou cabe ao substituto, por o substituído não ter podido ou não ter querido aceitar.

A substituição direta consiste, em suma, numa *vocação sucessória condicionada*, em que a vocação do substituto se encontra

⁽¹⁵⁾ Vd. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Sucessões*, cit., p. 179; PAMPLONA CORTE-REAL, *Sucessões*, cit., pp. 236 e 238; JORGE DUARTE PINHEIRO, *Sucessões*, cit., p. 281. Cf. também GALVÃO TELLES, *Direito de representação...*, cit., pp. 178 e 198.

subordinada à particular condição suspensiva da não verificação ou resolução da vocação sucessória do instituído prioritário — é, simplesmente, um *caso especial de instituição sob condição suspensiva* (a *condicio substitutionis*).

3. A nulidade da disposição testamentária primária (art. 2197.º)

I. É tempo de regressar ao caso em anotação, começando por mencionar que a factualidade provada (vd. acima n.º 1, II, *iii*)) evidenciou que HH, herdeira universal designada testamentariamente pelo autor da sucessão, interveio como testemunha em relação à aprovação do testamento cerrado.

Prevê o art. 2206.º que: “*O testamento diz-se cerrado, quando é escrito e assinado pelo testador ou por outra pessoa a seu rogo, ou escrito por outra pessoa a rogo do testador e por este assinado*” (n.º 1) e que: “*O testamento cerrado deve ser aprovado por notário, nos termos da lei do notariado*” (n.º 4).

Estabelece, então, o art. 108.º do Código do Notariado (Decreto-Lei n.º 207/95, de 14 de Agosto, com as alterações posteriores) que: “*Apresentado pelo testador o seu testamento cerrado, para fins de aprovação, o notário deve lavrar o respectivo instrumento, que principia logo em seguida à assinatura aposta no testamento*” (n.º 1), instrumento de aprovação esse que “*deve conter, em especial, as seguintes declarações, prestadas pelo testador: a) Que o escrito apresentado contém as suas disposições de última vontade; b) Que está escrito e assinado por ele, ou escrito por outrem, a seu rogo, e somente assinado por si, ou que está escrito e assinado por outrem, a seu rogo, visto ele não poder ou não saber assinar; c) Que o testamento não contém palavras emendadas, truncadas, escritas sobre rasuras ou entrelinhas, borrões ou notas marginais, ou, no caso de as ter, que estão devidamente ressalvadas; d) Que todas as folhas, à exceção da assinada, estão rubricadas por quem assinou o testamento*” (n.º 2), e no qual deve igualmente constar “*o número de páginas completas, e de linhas de alguma página incompleta, ocupadas pelo testamento*” (n.º 4), sendo as folhas do

testamento “*rubricadas pelo notário e, se o testador o solicitar, o testamento, com o instrumento de aprovação, é ainda cosido e lacrado pelo notário, que apõe sobre o lacre o seu sinete*” (n.º 5).

Pois bem, nos termos do art. 67.º, n.º 1, al. a) e n.º 3 do Código do Notariado, há lugar à intervenção de duas testemunhas instrumentárias nos instrumentos de aprovação de testamentos cerrados.

II. Sucede que não pode ser testemunha em instrumento de aprovação de testamento cerrado quem seja beneficiário desse testamento, sob pena de *nulidade* da disposição testamentária que lhe respeite.

Na verdade, uma tal factualidade implica o preenchimento da previsão do art. 2197.º do Cód. Civil, relativa aos “*Intervenientes no testamento*”, nos termos da qual: “*É nula a disposição a favor do notário ou entidade com funções notariais que lavrou o testamento público ou aprovou o testamento cerrado, ou a favor da pessoa que escreveu este, ou das testemunhas, abonadores ou intérpretes que intervieram no testamento ou na sua aprovação*”.

Assim, tendo HH, herdeira testamentária designada, intervindo como testemunha na aprovação do testamento cerrado em causa nos autos, verifica-se uma *ilegitimidade testamentária ativa*⁽¹⁶⁾, o que implica a *nulidade* da deixa a seu favor.

Nulidade essa que, como resulta dos próprios dizeres legais (“*é nula a disposição*”), respeita única e exclusivamente à disposição testamentária que beneficia a interveniente na aprovação do testamento, não afectando o negócio testamentário na sua globalidade, o que consubstancia uma *redução legal* (distinta, pois, da *redução comum* objecto do art. 292.º).

Estas conclusões obtém-se, igualmente, do Código do Notariado. Assim, desde logo, refira-se que o art. 68.º deste Código, epígrafado “*Casos de incapacidade ou de inabilidade*”, determina (al. g) do n.º 1) que: “*Não podem ser abonadores, intérpretes, peritos, tradutores, leitores ou testemunhas: g) Os que, por efeito*

⁽¹⁶⁾ Qualificação conceptual a que se devem subordinar as figuras da indisponibilidade relativa (arts. 2192.º a 2198.º) como demonstra OLIVEIRA ASCENSÃO, *Sucessões*, cit., pp. 57 e 59. Vd. também JORGE DUARTE PINHEIRO, *Sucessões*, cit., pp. 126-127.

do ato, adquiram qualquer vantagem patrimonial". Consequentemente, estabelece-se no n.º 2 do art. 71.º do mesmo Código o seguinte: *"Determina também a nulidade do ato a incapacidade ou a inabilidade dos intervenientes acidentais"*. O subsequente art. 72.º deste Código, epigrafoado *"Limitação de efeitos de algumas nulidades"*, prescreve, porém, que: *"Nos atos com disposições a favor de algumas das pessoas mencionadas no n.º 1 do art. 5.º ou dos respectivos intervenientes acidentais, incluindo os que figurem nos instrumentos de aprovação de testamentos cerrados e internacionais, a nulidade é restrita a essas disposições"*.

Daí que no acórdão do Supremo em anotação se declare sobre a situação *sub judice* que: *"Contra a norma imperativa do art. 2197.º do CC, a beneficiária HH interveio como testemunha no ato de aprovação do testamento cerrado que foi deixado por GG em que foi indicada como herdeira, o que afectou irremediavelmente a validade da deixa testamentária"*.

III. Naturalmente, toda esta situação de intervenção como testemunha no instrumento de aprovação de beneficiário testamentário se possibilitou pelo facto de, como se dá conta na matéria provada relatada no acórdão (cf. n.ºs 9, 12 e 19 dos factos provados), o autor da sucessão não ter pedido à Notária para ler o testamento cerrado, pelo que, como este não foi lido no ato da respectiva aprovação, aquela "não se apercebeu de que uma das pessoas contempladas no testamento testemunhou o ato de aprovação" (como se refere no ponto n.º 17 dos factos provados).

Prescreve, com efeito, o art. 107.º do Código do Notariado que: *"Só a pedido do testador o testamento cerrado pode ser lido pelo notário que lavrar o instrumento de aprovação"* (n.º 1), leitura essa que *"pode ser feita em voz alta, na presença de algum dos intervenientes, além do próprio testador se este o autorizar"* (n.º 2).

Ora, evidentemente, se a Notária tivesse lido o testamento e verificado a situação de beneficiária testamentária de HH, deveria ter obstado à intervenção desta como testemunha no instrumento de aprovação, em conformidade com o n.º 3 do art. 68.º do Código do Notariado.

4. Nulidade da deixa e substituição direta

I. Pois bem, verificada a nulidade da liberalidade testamentária, emergência, então, a questão decisiva: *quid juris* quanto à substituição direta estipulada pelo testador?

Na nulidade da deixa testamentária por força do art. 2197.º pretendia fundar-se a A. para obter o reconhecimento da sua qualidade de herdeira, por considerar que daí resultava a abertura da sucessão legítima e o chamamento, a esse título, da irmã II do *de cuius*.

O acórdão em apreço rejeitou, porém, esta pretensão, por ter considerado que a nulidade da deixa “*não basta, porém, para que à irmã do testador, II, a quem a primitiva A. sucedeu, seja reconhecida a qualidade de herdeira legítima de GG*”, já que um “*obstáculo de vulto se interpõe àquele reconhecimento*” — precisamente a aplicação da substituição direta em relação à nulidade da deixa a favor do primeiro instituído.

Vejamos, então, um pouco mais de pormenor esta recondução da nulidade da disposição testamentária a um *casus substitutionis*.

II. Na base da operatividade da substituição direta encontra-se, como resulta do n.º 1 do art. 2281.º, a circunstância de o instituído não poder (*casus impotentiae*) ou não querer aceitar a sucessão (*casus voluntatis ou noluntatis*).

Constituem casos de impossibilidade de aceitar a herança ou legado, de “não poder” aceitar a sucessão (*casus impotentiae*), sem margem para dúvidas, a não sobrevivência (premoriência e a como-riência — art. 68.º), a morte presumida (art. 115.º), a indignidade sucessória (arts. 2034.º e seguintes) e a deserdação (art. 2166.º). O *casus noluntatis*, de “não querer” aceitar a sucessão é, entre nós, reportado exclusivamente à figura do repúdio (art. 2062.º)⁽¹⁷⁾; jul-

(17) Vd. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Sucessões*, cit., p. 173 (“Hipótese de se não querer aceitar a sucessão é somente a do repúdio”). Cf. também GALVÃO TELLES, *Direito de representação...*, cit., p. 187; ANTUNES VARELA in PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, vol. VI, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 443; PAMPLONA CORTE-REAL, *Sucessões*, cit., pp. 227 e 230; JORGE DUARTE PINHEIRO, *Sucessões*, cit., p. 272; GUILHERME DE OLIVEIRA, *ob. cit.*, p. 105.

gamos, porém, que se deve subsumir igualmente nesta categoria a caducidade do direito de aceitar a herança (art. 2059.º).

Pois bem, como corretamente decidiu o acórdão em apreço, deve-se igualmente reconduzir à categoria da *impossibilidade de aceitação* determinativa da substituição direta a *nulidade* da disposição testamentária institutiva do sucessível prioritário.

Desde logo, é manifesto que a fórmula legal “não poder” aceitar a herança constante do n.º 1 do art. 2281.º compreende, na sua literalidade, a nulidade da deixa, porquanto se consubstancia nessa circunstância uma razão que impossibilita o beneficiário prioritário de ser chamado à sucessão do *de cuius* (sem prejuízo, claro está, do regime dos arts. 2308.º e 2309.º). Como se escreve neste douto acórdão: “*uma deixa testamentária nula também “impossibilita” a beneficiária principal de validamente aceitar a herança, o que mais não significa que a impossibilidade de obter o resultado prático da aceitação*”.

Depois, depõe claramente a favor da qualificação da nulidade da deixa como um *casus substitutionis* a *ratio* do instituto da substituição direta.

É que a substituição direta visa *estender* o poder de disposição do testador⁽¹⁸⁾, permitindo-lhe determinar a sua sucessão para os casos de frustração da vocação prioritária que instituiu. Como resulta do próprio art. 2281.º — que declara que o “*testador pode substituir outra pessoa ao herdeiro instituído*” —, pela substituição direta reconhece-se ao testador o *poder* de, quando o primeiro instituído não pode ou não quer aceitar a herança, escolher quem efetivamente vai receber a deixa⁽¹⁹⁾, fazendo, assim, valer — e prevalecer — a sua vontade para as situações em que não é possível atuar a designação primária⁽²⁰⁾. A substituição direta envolve, por-

(18) Cf. LORENZO BALESTRA, “*La sostituzione ordinaria e fedecommissaria*” in LORENZO BALESTRA/MAURO DI MARZIO, *Successioni e donazioni*, S.l., CEDAM, 2008, p. 1170.

(19) Cf. a formulação de CORREIA TELES, *Digesto Portuguez*, T. III, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1836, p. 261, n.º 1617: “Ao testador é permitido além dos herdeiros que institui, substituir-lhes outros, que fiquem em seu lugar”.

(20) Pois, como escreve GALVÃO TELLES, *Sucessão testamentária*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 94: “Por mais forte que seja o desejo do testador de que o seu patri-

tanto, de certo modo, uma “hierarquia de afectos”⁽²¹⁾, que se manifesta mediante a ordem de prioridade de beneficiários que o testador pretende chamar em relação a uma certa deixa testamentária (herança, quota de herança ou legado).

Nestes termos, a substituição direta tem como fim ou função obviar à eventualidade de não ocorrer a imediata sucessão testamentária pretendida pelo testador, possibilitando-lhe eleger, em conformidade com a sua vontade, uma solução alternativa, igualmente de base testamentária. Nesta medida, constitui efeito inelutável da substituição direta impedir, no caso de instituição de herdeiro, que a herança seja devolvida a quem poderia adquiri-la por via do direito de representação, do direito de acrescer ou *ab intestato*, e, no caso da nomeação de legatário, que o legado seja devolvido por força do direito de acrescer a favor de co-legatários ou que seja devolvido ao onerado ou *ab intestato*. Por isso, a substituição direta é um “acto de previdência do testador”⁽²²⁾, que se dirige a obstar, através da fixação de um critério subsidiário para a respectiva atribuição, que o património hereditário seja devolvido segundo os critérios da lei, *maxime* em conformidade com as regras da sucessão legítima, quando o instituído prioritário não possa ou não queira aceitar a liberalidade.

Ora, atenta esta *ratio* do instituto, e, assim, em ordem a assegurar a plenitude do exercício da vontade testamentária, cabe entender que a *nulidade da deixa prioritária constitui um fundamento determinativo da operatividade da substituição direta*, pois, estando aí em causa um motivo de impossibilidade da aceitação por banda do primeiro instituído, impõe-se dar relevância à preferência do testa-

mónio ou determinados bens transitem para os herdeiros ou legatários que institui, tal desejo pode frustrar-se, porque essa transição depende da aceitação dos instituídos, e nada garante que estes a dêem: podem pura e simplesmente não querer dá-la ou incapacitar-se para a dar”.

⁽²¹⁾ A expressão pertence a ROYO MARTINEZ, *Derecho Sucesorio “mortis causa”*, Sevilla, EDELCE, 1951, p. 152. DIAS FERREIRA, *Código Civil Português Anotado*, vol. IV, Lisboa, Imprensa Nacional, 1875, p. 240, falava na “necessidade de facultar ao testador a liberdade de ampliar as manifestações do seu amor, no caso dos primeiros contemplados não quererem, ou não poderem, aceitar o benefício”.

⁽²²⁾ GIOVANNI BONILINI, *Nozioni di Diritto Ereditario*, 2.^a ed., Milano, UTET, 1993, p. 39.

dor na atribuição dos bens hereditários ao sujeito designado de modo subordinado em vez do chamamento dos sucessíveis legítimos ou da aplicação dos demais mecanismos legais.

III. Esta proposição dogmática de que a nulidade da instituição primária representa um *casus impotentiae* determinativo do funcionamento da substituição direta é há muito amplamente adotada pela nossa doutrina, como já evidencia o material doutrinário que é convocado pelo acórdão do Supremo em sustentação da decisão adotada.

Recorde-se que já JOSÉ TAVARES⁽²³⁾ se pronunciou sobre esta matéria nos seguintes termos:

“Na Itália discute-se se a nulidade da instituição torna caduca a substituição.

A afirmativa é sustentada por alguns escritores, com o fundamento de que a instituição é o antecedente lógico de que depende a substituição: e daí a consequência:

Cum principalis causa non consistit, neque ea, quae sequuntur, locum habet”.

Mas em contrário observa-se que é uma questão de vontade averiguar se, não obstante a nulidade da instituição, o testador quis que tenha lugar a substituição.

E nestes termos parece certo que o testador com a substituição quis prevenir o caso da sucessão intestada, de modo que, se por qualquer motivo a instituição fica sem efeito, nem por isso deve deixar de se verificar a substituição por ele ordenada”.

Também CUNHA GONÇALVES⁽²⁴⁾ escreveu a este propósito o seguinte:

“É discutido, porém, se a nulidade da instituição faz caducar a substituição; e há quem sustente a afirmativa, dizendo que a instituição é o antecedente lógico da substituição. Mas, não é assim. O antecedente lógico da substituição não é, necessariamente, a validade da instituição; pelo contrário, (...) a substituição tem lugar sempre que o instituído *não pode aceitar* a herança; e a nulidade da substituição é uma das causas

⁽²³⁾ *Ob. cit.*, p. 403.

⁽²⁴⁾ *Tratado...*, cit., p. 134.

de não poder aceitá-la. Demais, a intenção do testador é impedir a sucessão legítima; e esta intenção ficaria prejudicada se a substituição dependesse, sempre, da validade da instituição”.

Na doutrina contemporânea cite-se, por todos, OLIVEIRA ASCENSÃO⁽²⁵⁾:

“qualquer impedimento à primitiva deixa deve, por vontade do testador, conduzir à atribuição ao substituto. E entre esses impedimentos está a invalidade da instituição principal. Ao instituidor pode ter-se prefigurado como certa ou como possível essa invalidade, e é seguro que a sua vontade teria sido então a de instituir o substituído. É essa intenção normal que é assegurada pelo entendimento lato da previsão de o instituído não poder aceitar”.

Note-se, contudo, que, na nossa doutrina, se apartam desta construção, ainda que acolhendo o mesmo resultado do chamamento do substituto em caso de nulidade da disposição prioritária, PAMPLONA CORTE-REAL e JORGE DUARTE PINHEIRO. Com efeito, PAMPLONA CORTE-REAL tem uma posição negativa quanto à admissibilidade da nulidade de uma disposição testamentária como pressuposto do “não poder” gerador de vocação indireta, pois “a razão de ser dessas nulidades acaba também por se reconduzir a uma proteção da liberdade de testar, ou da expressão real da vontade do testador, pelo que delas decorrerá, necessariamente, a caducidade da disposição testamentária e a ineficácia dos mecanismos que a pressuponham, *maxime*, as vocações indiretas”, muito embora admita a respectiva atuação em relação à “substituição direta”, mas pela via da “conversão da substituição em instituição direta, se essa for realmente a vontade do testador”⁽²⁶⁾. Na sua esteira, JORGE DUARTE

(25) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Sucessões*, cit., p. 179 (cf. também p. 174: “se perguntarmos se a nulidade da disposição testamentária pode originar uma vocação indireta, chegamos a uma resposta nitidamente afirmativa na substituição vulgar”). Esta posição foi expressamente seguida por CARVALHO FERNANDES, *ob. cit.*, p. 219. Vd. igualmente no mesmo sentido, ANTUNES VARELA, *ob. cit.*, p. 443; EDUARDO DOS SANTOS, *Direito das Sucessões*, cit., p. 195.

(26) *Sucessões*, cit., p. 230. Vd. ainda nesta obra, p. 238: “a substituição direta parece poder relevar face a uma disposição testamentária nula ou anulável, mas necessariamente convertida, crê-se, em instituição direta”

PINHEIRO sustenta que a “invalidade da designação do substituído afecta a validade da substituição directa”, e “[q]uando muito, haverá uma conversão da substituição directa em instituição directa a favor daquele que seria o substituto”.

Não parece persuasiva esta tese da contaminação da instituição substituída pela nulidade da instituição prioritária e do recurso subsequente ao instituto da conversão do negócio jurídico (art. 293.º) para aproveitamento da substituição.

É que a substituição directa é uma instituição que vem em segundo grau (*instituto sub*), para o caso da primeira instituição se frustrar, mas não lhe é acessória, nem dela deriva, não existindo entre a instituição e a substituição nenhuma relação de submissão no sentido de a invalidade da primeira afectar a validade da segunda. O substituto possui uma vocação *iure proprio*, resultante directamente da disposição testamentária substitutiva, mesmo que o seu *ius delationis* esteja subordinado à falência da vocação do primeiro instituído, a qual é tomada em consideração em relação à vocação do substituto, mas unicamente como ponto de referência para a fixação da respectiva situação jurídica. Assim, a relação de dependência que se detecta na substituição directa prende-se simplesmente com o facto de a frustração da instituição prioritária operar como o evento que determina a eficácia da substituição directa — e é tudo.

Aquela tese já foi, aliás, devidamente refutada por GALVÃO TELLES⁽²⁷⁾ que, pronunciando-se sobre a ideia do “carácter subordinado da substituição, dizendo que ela se encontra na dependência da instituição e que, portanto, se esta é nula, também aquela deve sê-lo, pelo princípio de que *cum principalis causa non consistit, neque ea, quae sequuntur, locum habent*”, bem observou que “a dependência da substituição relativamente à instituição não tem o significado que neste argumento se lhe atribui”, pois essa “dependência não significa que a validade da instituição seja pressuposto da validade da substituição; significa que a segunda só pode verificar-se em concreto quando a primeira fique sem efeito, o que é, por assim dizer, o inverso”.

⁽²⁷⁾ *Direito de representação...*, cit., p. 187.

Acresce que a figura da conversão do negócio jurídico (art. 293.º) possui um sentido *objectivo*, relativo ao tipo, à estrutura ou ao conteúdo negocial; ora, a “conversão” que assim se convoca é estritamente *subjektiva*, dado reportar-se apenas, em ultima instância, à pessoa do beneficiário.

Temos, pois, para nós que, na oposição, quanto à relevância da nulidade da disposição testamentária primária, entre a tese da substituição direta imediata e a tese da conversão da instituição secundária em instituição direta — discussão dogmática em que o acórdão em apreço, de modo inteiramente coerente com a missão que cabe à função jurisdicional, não se intrometeu, por se tratar de questão extravagante para a resolução do caso concreto *sub judice*⁽²⁸⁾ — a razão está com a primeira orientação dogmática.

Afigura-se-nos mesmo que, numa hipótese como aquela que se encontrava em apreciação, esta orientação ainda se justifica mais incisivamente, já que estava em causa a indisponibilidade relativa prevista no art. 2197.º, em relação à qual, como se viu atrás (n.º 3, II), a lei taxativamente determina, numa redução legal, que a nulidade só afecta a disposição testamentária que concerne ao beneficiário em questão.

5. O âmbito de aplicação da presunção de vontade testatária objecto do n.º 2 do art. 2281.º

I. A resolução do caso *sub judice* não se contentava, porém, com a decisão de qualificação da nulidade da estipulação testamentária primária como um motivo determinativo, por impossibilidade de aceitação da herança, da substituição direta. Envolvia ainda a resolução de uma segunda questão atinente ao facto de o testador ter mencionado na disposição substitutiva, como motivo

(28) Escreve-se no acórdão, a este propósito, o seguinte: “*sem nos alongarmos desnecessariamente neste campo, por qualquer das mencionadas vias (substituição direta imediata ou conversão da instituição secundária em instituição direta) é alcançado o mesmo objectivo, sendo a herança devolvida a favor do herdeiro substituto e impedindo, assim, que se conclua pelo chamamento da irmã do testador na sua qualidade de herdeira legítima*”.

para a substituição, unicamente uma das hipóteses subsumíveis à categoria respeitante a “não poder aceitar” a herança, a pré-morte da sucessível prioritária (“*Se à hora da minha morte aquela HH já houver falecido...* — vd. acima n.º 1, II, i)).

Ora, também neste ponto o acórdão em anotação perfilhou uma solução bem interessante, de largo alcance, que importa devidamente evidenciar.

II. Depois de declarar no n.º 1 do art. 2281.º que o testador pode substituir outra pessoa ao instituído “*para o caso de este não poder ou não querer aceitar*”, consignou o nosso Código Civil no n.º 2 do art. 2281.º que: “*Se o testador previr só um destes casos, entende-se ter querido abranger o outro, salvo declaração em contrário*”.

Temos aqui, mais uma vez, uma determinação assente numa funda tradição manifestada no princípio clássico “*casus voluntatis comprehendit sub se casum impotentiae e vice versa*”(29).

No nosso Direito esta orientação foi consagrada, pela primeira vez, nas Ordenações Filipinas, em cujo Livro IV, título 87, §§ 1 e 2, se dizia o seguinte:

“1. Substituição vulgar pode fazer qualquer Testador ao herdeiro que instituir, e por esta razão se chama *vulgar*, e comumente se faz em esta forma: *Instituo a Pedro por meu herdeiro, e se não for meu herdeiro, seja meu herdeiro Paulo*. As quais palavras: *se Pedro não for meu herdeiro*, compreendem dois casos, por cada um dos quais pode acontecer que o dito Pedro não seja herdeiro: o primeiro, se não o quiser ser, o segundo se não puder; e por qualquer deles que aconteça o Pedro, herdeiro instituído, não ser herdeiro, haverá lugar a substituição vulgar, e Paulo substituto haverá a herança do Testador.

2. E quando o Testador nomeadamente declarar um caso só destes dois na substituição vulgar que fizer, assim como se disser: *se Pedro não quiser ser meu herdeiro, seja meu herdeiro Paulo*; e este caso nomeado não acontecer, senão o outro, de que o Testador não falou, assim como será se o Pedro não puder ser herdeiro, também ao tal caso, que não foi expresso na substituição vulgar, feita neste modo, se esten-

(29) Vd. JOSÉ TAVARES, *ob. cit.*, p. 401.

derá a vontade do Testador, e o substituto vulgar naquele caso, que o Testador somente especificou, também haverá a herança, acontecendo o outro caso, de que o Testador não fez menção”⁽³⁰⁾.

O Código Civil de 1867, curiosamente, não previu nenhuma disposição específica com esta determinação. A doutrina da época não hesitou, porém, em reputar o princípio “*casus voluntatis comprehendit sub se casum impotentiae e vice versa*” como inteiramente válido e vigente. Assim, DIAS FERREIRA⁽³¹⁾ escreveu: “deve adoptar-se nesta espécie a doutrina da ordenação, não só por mais conforme à intenção do testador, artigo 1761.º, que desejava beneficiar o substituto, sem que fosse razão plausível para influir no seu animo *o motivo* por que o substituído não aceitasse a herança, e até por analogia, e por força dos princípios do direito natural, nos termos do artigo 16.º”. Também JOSÉ TAVARES⁽³²⁾ declarou: “O nosso código não tem disposição semelhante. Entretanto deve entender-se como se a tivesse, porque o essencial para que se dê a substituição é que o instituído não aceite a herança ou o legado, qualquer que seja o motivo, ou por não querer ou por não poder”. Igualmente CUNHA GONÇALVES, numa concepção algo ingénua mas impressiva, considerou: “dentro das regras da interpretação, pode também dizer-se que o herdeiro, quando *não quer aceitar* é porque *não o pode*, embora por motivos de ordem moral; e quando *não pode*, também *não quer*, como sucede com o pré-defunto, o demente, o proibido de suceder”. Por fim, GALVÃO TELLES⁽³³⁾, ainda no domínio do Código Civil de 1867, sustentou: “Perante tradição tão inveterada, se o legislador português dela quisesse afastar-se, tê-lo-ia dito. E, por isso, deve entender-se que, mencionando o testador só uma das causas de não sucessão pelo instituído — não poder ou não querer — a outra se conterà implícita no testamento”.

⁽³⁰⁾ Cite-se MANUEL ANTÓNIO COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Português*, T. II, 3.ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1852, p. 563, § 714: “Estas duas causas subentendem-se, ainda que o testador somente mencione uma, ou nenhuma”.

⁽³¹⁾ *Ob. cit.*, p. 241

⁽³²⁾ *Ob. cit.*, p. 401.

⁽³³⁾ *Direito de representação...*, cit., p. 191.

O Código Civil de 1966 colocou, novamente, em letra de forma esta orientação com o enunciado constante do n.º 2 do art. 2281.º.

III. Todavia, este enunciado do n.º 2 do art. 2281.º não permitia, no seu teor literal, resolver a situação que se deparava no caso dos autos, em que o testador previu a substituição em relação apenas à hipótese específica de o sucessível prioritário não lhe sobreviver, o que não aconteceu (cf. acima **n.º 1, II, i) e iii)**).

Na verdade, o n.º 2 do art. 2281.º compreende *somente* a situação em que se verifica a invocação testamentária de uma das *categorias gerais* de “não poder” ou “não querer” aceitar a herança ou o legado, já não abrangendo as hipóteses em que o testador *especifica* um ou mais *casos particulares* de “não poder” ou “não querer” aceitar a sucessão. O n.º 2 do art. 2281.º determina, de facto, *meramente* que se o testador previr a substituição para um dos *grupos genéricos de casos* (*casus impotentiae* ou *casus voluntatis*), presume-se que pretendeu igualmente referir-se ao outro *grupo genérico de casos* não indicado (*casus voluntatis* ou *casus impotentiae*), excepto se se detectar, nos termos da interpretação do testamento, uma vontade testamentária em contrário (como sucederá, por exemplo, se o testador instituir um determinado substituto para o grupo de casos de “não poder” aceitar a sucessão e um outro substituto para o grupo de casos de “não querer” aceitar a sucessão⁽³⁴⁾). Nestes termos, o art. 2281.º, n.º 2, na sua literalidade, apenas se reporta ao circunstancialismo em que o testador prevê uma única *categoria* de casos, estatuinto, então, que se presume que a substituição abrange igualmente a outra *categoria* de casos, sendo este, e só este, o campo próprio de aplicação do dispositivo legal.

Assim, em suma, o n.º 2 do art. 2281.º, em razão do seu teor, não vale diretamente senão para a enunciação pelo testador, em termos genéricos, de uma das categorias de não poder ou não querer aceitar a sucessão, pelo que não abarca a estipulação em que o tes-

⁽³⁴⁾ Vd. VINCENZO-RODOLFO CASULLI, *ob. cit.*, p. 973.

tador se limita a indicar, como base da substituição, um fundamento específico compreendido numa daquelas categorias genéricas.

É, por isso, inteiramente rigorosa a apreciação que se encontra neste acórdão sobre o significado do n.º 2 do art. 2281.º quando nele se escreve que: *“é relativamente indiferente que na disposição testamentária com objectivos de substituição direta o testador se tenha referido apenas a uma das circunstâncias gerais. A não ser que exista declaração (expressa ou tácita) em contrário, a referência apenas a uma das ocorrências gerais (“não poder” ou “não querer aceitar a herança”) não prejudica a aplicabilidade da outra”*.

IV. Vale a pena notar, para reforçar o que se explicitou no ponto anterior, que era distinto e mais vasto o âmbito de aplicação desta presunção que foi proposto no “Anteprojeto da Parte do novo Código Civil relativa ao Direito das Sucessões”⁽³⁵⁾, da autoria de GALVÃO TELLES, dado o teor do respectivo art. 288.º:

“§ 1.º — O testador pode substituir ao herdeiro instituído outra pessoa para o caso em que o primeiro não possa ou não queira aceitar a herança: é o que se chama substituição vulgar ou direta.

§ 2.º — Se o testador previr só algum motivo pelo qual o instituído não suceda, entender-se-á ter querido abranger também todos os outros motivos salvo declaração sua em contrário”.

Como se observa, nesta redação, a presunção não respeitava simplesmente a *categorias* de casos, mas antes, mais vastamente, a *motivos* específicos de não aceitação do instituído, considerando-se todos abrangidos pela substituição.

Com a primeira revisão ministerial do projeto da parte relativa ao Direito das Sucessões alterou-se, porém, esta redação, passando antes o dispositivo correspondente (art. 2343.º) a apresentar o seguinte teor⁽³⁶⁾:

⁽³⁵⁾ Citamos de *Direito das Sucessões. Trabalhos preparatórios do Código Civil*, Lisboa, Centro de Estudos de Direito Civil, 1972, p. 108.

⁽³⁶⁾ *Direito das Sucessões. Trabalhos preparatórios do Código Civil*, cit., pp. 435-436.

“1. O testador pode substituir ao herdeiro instituído outra pessoa para o caso de ele não poder ou não querer aceitar a herança. É o que se chama substituição vulgar ou direta.

2. Se o testador previr só um destes casos, entende-se ter querido abranger o outro, salvo declaração em contrário”.

Foi esta última versão que, permanecendo nas revisões subsequentes, determinou o enunciado do preceito constante do Código Civil.

Deste modo, em conclusão, o âmbito de aplicação do n.º 2 do art. 2281.º respeita unicamente às referências testamentárias a categorias de *casus impotentiae* ou *casus voluntatis*.

V. Justamente, no caso dos autos, o autor da sucessão, no seu testamento, não se reportou a uma destas *circunstâncias* ou *ocorrências gerais* (para utilizar as expressões do acórdão), mas especificou o motivo determinativo da substituição no seguinte modo: “*Se à hora da minha morte aquela HH já houver falecido, instituo então meu único e universal herdeiro de todos os meus bens, direitos e ações, que à hora da minha morte me pertencerem, o filho do meu maior amigo de infância, CC*”, indicando, portanto, uma circunstância particular de “não poder”.

Como tal, a aplicação da substituição direta para o caso da nulidade da instituição primária não podia ser decidida simplesmente na base imediata do disposto no n.º 2 do art. 2281.º, porquanto aquela estipulação testamentária implicava uma fenomenologia distinta da prevista neste n.º 2 do art. 2281.º, já que o testador não atendeu a uma categoria ou grupo de casos, mas aludiu unicamente ao caso específico da pré-morte.

Mas, dito isto, não se justificará igualmente aplicar a uma tal fenomenologia uma presunção do tipo da prevista no n.º 2 do art. 2281.º?⁽³⁷⁾ Ou, pelo contrário, deve antes entender-se que a especificação indica que o testador só admitiu como fonte da substituição direta a hipótese de pré-falecimento do instituído primário, com exclusão de qualquer outro motivo?

⁽³⁷⁾ Como se propunha, como se viu, no anteprojecto de GALVÃO TELLES relativo ao “Direito das Sucessões”.

CUNHA GONÇALVES⁽³⁸⁾ sustentava este último entendimento: “Clara está que a dita regra [*casus voluntatis comprehendit in se casum impotentiae et vice-versa*] só é aplicável quando o testador não manifestou vontade contrária à indiferença das causas da não-aceitação, por exemplo, especificando concretamente o motivo da substituição, assim: “somente se este falecer antes de mim” ou “se este repudiar a herança”. Esta especificação parece-me incompatível com a presunção de que o testador admitiu toda e qualquer causa, como na fórmula genérica “não pode” ou “não quer””.

Esta tese, no fundo, convoca a diretriz hermenêutica *expressio unius est exclusio alterius*, pela qual, quando é previsto ou especificado um caso de uma lista para uma certa consequência, cabe entender que os outros casos da lista não estão abrangidos pela mesma consequência.

Esta posição, todavia, padece do inconveniente de assumir à partida que a referência a um caso particular configura uma *exclusão* quando pode muito bem representar apenas uma *ilustração*.

Ora, precisamente, no que concerne à substituição direta, tendo em conta a *ratio* que lhe está subjacente de tutela da vontade testatória na designação dos sucessíveis e de afastamento da eleição do chamado subsequente que seria determinada pela normas legais, parece impor-se com grande vigor a ideia de que a menção específica a um *casus substitutionis* possui valor *exemplificativo*, pelo que ficarão abrangidos pela substituição todos os outros motivos de não poder ou não querer aceitar a sucessão não indicados (salvo se houver declaração em contrário, como no exemplo acima citado de CUNHA GONÇALVES “*somente se este falecer antes de mim*”, dada a presença do advérbio “*somente*”).

Com efeito, como observou ANTUNES VARELA⁽³⁹⁾: “Normalmente, ao designar o *substituto*, o testador terá em vista, no seu espírito, todos estes casos, ou seja, a hipótese geral de se frustrar, *por qualquer causa*, a vocação hereditária”. Do mesmo modo sustentou GALVÃO TELLES⁽⁴⁰⁾ que: “Desde que o testador não exterior-

(38) *Tratado...*, cit., p. 131.

(39) *Ob. cit.*, p. 443.

(40) *Direito de representação*, cit., pp. 190-191.

rizou vontade contrária, é de presumir que tenha querido chamar o substituto sem distinção de hipóteses, por não haver, em princípio, razão plausível para o chamar nuns casos e não o chamar noutros”, donde concluía que se devia “interpretar extensivamente a *voluntas testatoris*, de modo a abranger nas deficientes expressões usadas pelo defunto todas as possíveis causas de falta do instituído, quando o testador especificar apenas algum ou alguns dos aspectos do *casus impotentiae*”, excepto se “pelos meios idóneos de interpretação se apure que o disponente quis estatuir coisa diversa”.

Pois bem, dado o carácter que temos como absolutamente convincente desta justificação, e em atenção à *ratio* subjacente à substituição direta, julgamos que deve ser inteiramente acolhida a *extensão analógica* da disposição do n.º 2 do art. 2281.º, e da presunção de função interpretativa-integrativa dela constante, que, entre nós, foi propugnada por JORGE DUARTE PINHEIRO⁽⁴¹⁾: “Por analogia, se [o autor da sucessão] tiver previsto apenas uma situação de não poder (não sobrevivência) ou de não querer (repúdio), entende-se ter desejado abranger todas as outras situações susceptíveis de desencadear em geral uma vocação indireta (indignidade, etc.), na falta de estipulação diversa”.

Justamente, o acórdão em anotação, sustentando-se nesta posição, considerou que “as razões de tal preceito e a preferência que é dada à vontade real do testador revelam uma maior amplitude”, de tal sorte que a substituição direta foi aplicada no caso concreto, dada a inexistência “de uma declaração, expressa ou tácita, do testador em sentido inverso”, de modo a compreender, não apenas o caso expressamente previsto de pré-falecimento do sucessível, mas igualmente o caso não previsto da nulidade da disposição testamentária prioritária.

VI. Seja-nos permitido destacar a relevância jurídica operacional da extensão analógica do n.º 2 do art. 2281.º, por força da qual a presunção legal *iuris tantum* de operatividade da substituição direta para qualquer *casus substitutionis* vale também nas

⁽⁴¹⁾ *Sucessões*, cit., p. 282.

situações em que o testador não enunciou genericamente a circunstância de o sucessível prioritário não querer ou não poder aceitar, mas se limitou a apontar um caso particular susceptível de se reconduzir a uma destas duas categorias.

É que, sem a extensão analógica deste preceito, na hipótese da indicação pelo testador de apenas um caso particular de não poder ou não querer aceitar a sucessão, a aplicação da substituição direta para qualquer outro caso, pressuporia, em conformidade com as regras de interpretação do testamento (art. 2187.º), com provável necessidade de recorrer a prova complementar, a demonstração positiva de uma vontade específica, real ou hipotética, do *de cuius* no sentido da aplicação dessa vocação indireta mesmo nos casos não expressamente indicados.

Ora, a aplicação analógica do art. 2281.º, n.º 2, a estas fenomenologias de especificação de casos particulares de não poder ou não querer aceitar a sucessão implica que o sentido interpretativo-integrativo da vontade testatária que a presunção manifesta valerá sempre que não se detecte uma declaração em contrário, pelo que a substituição direta operará sem necessidade de apurar uma vontade particular nesse sentido. Assim, pois, compete a quem nisso for interessado o ónus de provar, ilidindo a presunção, que o testador não pretendia o funcionamento da substituição direta para os casos não indicados.

As razões subjacentes ao instituto da substituição direta justificam inteiramente esta solução dogmática, razão por que nos parece inteiramente adequada a aplicação “maximizante” da presunção do n.º 2 do art. 2281.º, que se traduz, bem vistas as coisas, no aproveitamento “otimizante” da sucessão testamentária.

6. Conclusão

I. Para o caso concreto, em face das soluções acolhidas nos termos acima analisados pelo acórdão em apreço, a conclusão só podia ser a improcedência da petição da herança formulada pela autora, pois, por força da substituição, II, de cuja herança a autora era a herdeira testamentária, não foi chamada como sucessível legítima à herança do seu irmão autor da sucessão GG. Com efeito,

como se refere no acórdão, “*pese embora a inequívoca nulidade da deixa testamentária a favor de HH, a herança de GG não seguiu a linha da sucessão legítima, para a sua irmã II e, depois, por via testamentária para a primitiva A.*”, mas, pelo contrário, “*malgrado tal invalidade, conteve-se, em respeito pela vontade do testador, no quadro definido no testamento*”.

Curiosamente, se este não reconhecimento do direito a petição a herança de GG à autora (e seus sucessores depois habilitados) é o efeito processualmente relevante emergente do processo, não se pode deixar de observar que se retira da factualidade relatada nos autos, que, em termos substantivos, os bens da herança de GG não foram corretamente adquiridos em conformidade com a vontade do *de cuius* e o programa testamentário, pois o beneficiário do acervo hereditário de GG deveria ser o herdeiro substituto, “*o filho do meu maior amigo de infância, CC*”, e não os Réus DD e EE, muito embora tenham sido estes que, como se menciona no acórdão (factos provados n.ºs 5, 32 e 33), depois de se habilitarem à herança de HH, “*adquiriram todos os bens móveis e imóveis do de cujus GG que à data da sua morte eram conhecidos*”, tendo utilizado o testamento cerrado para inscrever a seu favor todos os bens pertencentes à herança do falecido GG.

Por isto, afigura-se-nos que, no caso dos autos, não foi a posição dos Réus que relevou, mas antes a intervenção de um fundamento *de iure tertii*, resultante do direito de terceiro (o substituto), que funcionou como objecção à procedência da pretensão da autora — e não como *exceptio de iure tertii* em sentido rigoroso, pois, em princípio, uma tal exceção apenas poderia ser invocada pelo próprio terceiro titular do direito — em atenção do facto de a ação de petição de herança pressupor que o autor tenha e comprove a qualidade de herdeiro (art. 2075.º).

II. Mas o que importa destacar, como conclusão, são as aquisições dogmáticas que resultam do presente acórdão, que se podem sumariar nas seguintes duas proposições jurídicas:

- i) nos termos do n.º 1 do art. 2281.º, a nulidade da disposição testamentária primária é um caso determinativo da

eficácia da substituição direta, por impossibilidade de aceitação do sucessível prioritário;

- ii)* quando o testador, em sede de substituição direta, indica apenas um caso particular e específico de não poder ou não querer aceitar a sucessão deve presumir-se, na ausência de declaração em contrário, que pretendeu abarcar qualquer motivo de frustração da instituição primária, nos termos de uma extensão analógica do n.º 2 do art. 2281.º.

Estas proposições dogmáticas têm, naturalmente, virtualidade para funcionar como significativos critérios de decisão para a resolução de litígios semelhantes — daí a importância deste douto acórdão do Supremo Tribunal de Justiça.