

pela verba que nos respectivos orçamentos corresponder àquela.

Publique-se e cumpra-se como nêle se contém.

Paços do Governo da República, 24 de Agosto de 1944. — ANTONIO OSCAR DE FRAGOSO CARMONA — *António de Oliveira Salazar* — *João Pinto da Costa Leite*.

MINISTÉRIO DAS COLÓNIAS

Direcção Geral de Administração Política
e Civil

Repartição do Pessoal Civil Colonial

Portaria n.º 10:730

Manda o Governo da República Portuguesa, pelo Ministro das Colónias, nos termos do § 1.º do artigo 17.º do decreto n.º 20:260, de 31 de Agosto de 1931, incluir, para os devidos efeitos, a categoria de «mestre florestal da Repartição Central dos Serviços Florestais» da colónia de Angola na classe XVI da tabela anexa ao referido decreto n.º 20:260.

Para ser publicada no «Boletim Oficial» de todas as colónias.

Ministério das Colónias, 24 de Agosto de 1944. — Pelo Ministro das Colónias, *Rui de Sá Carneiro*, Sub-Secretário de Estado das Colónias.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal pleno

Processo n.º 52:176. — Autos de revista vindos da Relação de Lisboa. — Recorrentes, Maria Amélia Falcão Fontoura da Costa e outros. — Recorridos, Ricardo Malhou Durão, mulher e outros.

Do acórdão de fl. 329 recorrem D. Maria Amélia Falcão Fontoura da Costa e outros contra Ricardo Malhou Durão e outros, por estar em opposição com o de 26 de Abril de 1918, pois o recorrido julgou não ser nula, em face do corpo do artigo 1740.º do Código Civil, a disposição: «a um dos filhos sobreviventes do major Durão, à escolha do pai, deixar-lhe-ei o meu prazo...», e o acórdão de 1918 julgou ser nula, por ofensiva do mesmo artigo, a disposição: «da parte dos seus bens... deixa o usufruto... à... sua mulher e, por morte desta, àquele de seu filho ou filhos do sexo masculino que a sua referida mulher escolher, por melhor lhe fazer a vontade».

Está, portanto, em discussão interpretar e aplicar o corpo do artigo 1740.º O § único prevê hipótese diversa, pois nela o testador institue todas as pessoas compreendidas em certa generalidade, e no caso dos acórdãos em confronto foi instituída uma só pessoa das incluídas na generalidade; naquele caso as pessoas são certas, todas as incluídas na generalidade; neste o legatário é incerto, pois é só um, não indicado, dos incluídos na generalidade. Por outra os acórdãos em contradição só procuraram interpretar e aplicar o corpo do artigo 1740.º, e nisso ficaram em divergência, divergência que fundamenta o recurso.

A regra do artigo 1740.º não distingue entre instituição de herdeiro e de legatário, e antes expressamente se refere aos dois casos, equiparando-os — «quer pelo que toca à instituição de herdeiros e legatários» —, diz o artigo.

Em ambas as questões o testador encarregou outrem de escolher o legatário de entre certa generalidade de pessoas; em ambas essa generalidade foi bastante restrita — os filhos de determinada pessoa.

Poderia fazê-lo? Eis a questão.

E aqui temos já de esclarecer certa confusão.

Em caso de dúvida sobre a interpretação de disposição testamentária observar-se-á o que parecer mais ajustado com a intenção do testador, conforme o contexto do testamento. Ora, anulando a instituição, viriam a herdar o prazo os herdeiros legítimos, precisamente aqueles que o testador quis excluir.

Não se atenderia à intenção do testador, não se executaria a sua vontade. Mas aquela regra é aplicável em caso de dúvida sobre a interpretação do disposto no testamento, sobre o que o testador quis, e aqui não se trata disso. Não se trata de saber qual a vontade do testador para nos sujeitarmos a ela, mas de saber qual a vontade da lei para eventualmente sujeitarmos a ela a vontade do testador. A questão portanto é de saber o que o testador podia determinar e não o que determinou.

No antigo direito português Correia Teles distinguia entre herdeiros e legatários: podia deixar-se à eleição de terceiro a escolha de herdeiro entre o número de certas pessoas, *Digesto*, vol. III, p. 1549; podia ficar ao arbítrio do herdeiro ou de terceiro a escolha do legatário (vol. III, p. 1701). Coelho da Rocha, § 689, declarava válidos os legados deixados a pessoas incertas, mas determináveis, e nos legados para sufrágios e obras de piedade podia a determinação ser cometida ao herdeiro ou a terceiro.

O Código Civil abandonou estas regras e distinções.

A fonte do artigo 1740.º foi o artigo 558.º das *Concordâncias*, de Goyena, que dizia: «O testamento é acto personalíssimo: a sua formação não pode deixar-se no todo ou em parte ao arbítrio de terceiro. Tampouco se pode deixar ao arbítrio de terceiro a substância da instituição de herdeiro ou legatário, nem a designação da quantidade; mas sim a repartição, quando a disposição compreende toda uma classe de pessoas, como parentes, pobres, criados».

O nosso legislador em vez da expressão «no todo ou em parte» enumerou as partes em que o arbítrio não pode recair. Assim não pode haver arbítrio, quer pelo que respeita à instituição de herdeiros, quer pelo que respeita ao objecto, quer, finalmente, pelo que pertence ao cumprimento ou não cumprimento do testamento.

Temos, portanto, que o artigo proíbe o arbítrio de terceiro na designação de legatário. É a consequência lógica de o testamento ser acto pessoal.

O Código Civil Francês nada diz a esse respeito, mas no relatório ao Tribunal o tribuno Jaubert declarou de maneira absolutamente geral «O silêncio da lei basta para advertir que esta faculdade (de eleger legatário) não pode mais ser conferida» (Plan. V. 631, n.º 5). E o nosso legislador conhecia bem a história deste Código.

O testador, limitando o número de pessoas de entre as quais o terceiro pode escolher, limita o arbítrio, mas só o exclue quando a limitação vai até ao ponto de individualizar o instituído. Mesmo quando o terceiro tem de escolher entre duas pessoas, se nenhuma indicação há para a escolha entre os dois, esta fica ao arbítrio do terceiro.

Se o legislador quisesse permitir a escolha quando restrita a um pequeno círculo de pessoas, tinha de indicar esse círculo. O não indicar a excepção mostra que a não admitiu.

A faculdade de escolha conferida a outrem, além de tirar ao testamento o seu carácter pessoal, leva a uma situação que o legislador procura evitar: a de um di-

reito de propriedade sem titular. Emquanto o terceiro não faz a escolha não se sabe quem é o titular dos bens deixados. Há uma situação que a lei não regula e devia regular se a quisesse admitir.

Mas o encargo feito nos termos em discussão leva ainda a outra ofensa do artigo 1740.º

O testamento não pode deixar-se dependente do arbítrio de outrem pelo que pertence ao cumprimento do mesmo testamento. Ora, encarregando-se alguém de escolher legatário, e não havendo meio, como não há, de obrigar essa pessoa a fazer a nomeação, o cumprimento do testamento fica dependente do arbítrio do encarregado, pois a falta de nomeação impede o cumprimento do testamento. Se o legislador tivesse querido admitir a possibilidade de o testador encarregar alguém de escolher o legatário, para proteger a execução da vontade do testador tinha de indicar a maneira de suprir a falta de nomeação, como fez o Código Civil Italiano.

É de notar que o terceiro ainda não fez a escolha, e, assim, mesmo que admissível fosse a integração da vontade do testador pela de terceiros, a verdade é que essa integração ainda se não fez, e assim falta um elemento para a existência do legado, não se sabe se esse elemento virá a verificar-se.

Mantém assim este Tribunal a sua jurisprudência já anteriormente fixada nos acórdãos de 30 de Março de 1886 no *Boletim dos Tribunais*, vol. I, p. 394, de 24 de Julho de 1903, em o *Direito*, ano 36.º, p. 131, de 16 de Abril de 1918, na *Colecção Oficial*, p. 111, e de 4 de Maio de 1920, na *Revista de Justiça*, ano 5.º, p. 155.

Acordam, por isso, os do Supremo Tribunal de Justiça em revogar o acórdão recorrido, condenar os recorridos nas custas e fixar o seguinte assento:

O testador não pode encarregar outrem de escolher herdeiro ou legatário, ainda que indique as pessoas de entre as quais a escolha deva ser feita.

Lisboa, 21 de Julho de 1944. — *Luiz Osório — Pereira e Sousa — Heitor Martins — Miranda Monteiro — José Coimbra — Bernardo Polónio — Rocha Ferreira — Miguel Crêspo — Magalhães Barros* (vencido. Em matéria testamentária, diz a lei e tem julgado este Supremo em inúmeros acórdãos, o primeiro elemento a ser tomado em consideração é a vontade do testador. No caso dos autos o testador expressamente pretendeu excluir o legado da fruição dos seus herdeiros, o que não sucederá a ser aceite a doutrina do presente acórdão.

O artigo 1740.º do Código Civil proíbe que a instituição de herdeiros ou legatários fique ao arbítrio de outrem, mas este caso não se dá, pois o testador indicou a pessoa do legatário — um dos três filhos do major Durão —, conferindo somente a este a designação do legatário, que só pode ser um desses três filhos) — *F. Mendonça* (vencido pelas mesmas razões) — *Teixeira Direito* (vencido pelos mesmos fundamentos expostos no primeiro vencido) — *Baptista Rodrigues* (vencido pelos mesmos fundamentos).

Está conforme. — Secretaria do Supremo Tribunal de Justiça, 1 de Agosto de 1944. — O Secretário, *José de Abreu*.