# DIREITO ROMANO

«Passa ao comprador da herança o direito de accrescer?»

## I

A morte de um civis sui juris produz na esphera do direito privado o effeito, quasi exclusivo, de extinguir os direitos de familia de que era titular a pessoa physica.

A' excepção dos direitos patrimoniaes ligados á pessoa, como, por exemplo, as servidões pessoaes, todos os restantes,—tenham por objecto cousas corporeas, ou incorporeas,—bem como os creditos e dividas do morto, «cessam para elle, mas não com elle».

Sobrevive-lhe o patrimonio, isto é, o conjuncto das relações economicas, em que se achava por occasião de fallecer.

E' esse todo juridico que se denomina hereditas, herança, no sentido objectivo da palavra.

A herança póde ser deferida por testamento, ou em virtude da lei: dahi sua divisão em testamentaria e legitima, ou *ab-intestato*.

A primeira das duas especies é preferida no systema do Direito Romano. Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto, estatúe a lei das XII Taboas.

Sómente no caso de não haver testamento, abre-se a successão legitima. Si intestato moritur, cui suus heres nec sit, adgnatus proximus familiam habeto, dispõe a mesma lei.

O que é inadmissivel (sem olvidar a excepção aberta aos militares) é a coexistencia das duas especies de herança. Nemo, pro parte testatus, pro parte intestatus, decedere potest.

Deste principio decorre a seguinte consequencia:— se entre os co-herdeiros testamentarios algum não quer, ou não póde, acceitar a herança, a portio vacans accresce aos quinhões dos outros herdeiros escriptos.

Por mais forte rasão, quando entre os co-herdeiros legitimos se dá a mesma hypothese, tem applicação a mesma disposição legal.

O direito a essa portio vacans é o que se diz direito de accrescer, jus adcrescendi.

# II

O fundamento do *jus adcrescendi* é o principio de que o herdeiro, representando a pessoa do defuncto, deve succeder em todo o seu patrimonio.

Quando ha dois, ou mais herdeiros, testamentarios, ou legitimos, suppõe-se que cada um delles é chamado a receber a herança in solidum. Se todos acceitam,

os direitos identicos de cada um sofirem necessariamente uma limitação reciproca, e torna-se então indispensavel a divisão do patrimonio. Se, pelo contrario, algum ou alguns não querem, ou não pódem acceitar, os direitos rivaes dos outros co-herdeiros acham-se desembaraçados das circumstancias que os ameaçavam de uma reducção. Totam hereditatem et tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri. (fr. 80, de legatis, 3.º).

E' essa força de elasticidade em virtude da qual o direito de cada um dos co-herdeiros attinge seu completo desenvolvimento, quando não é comprimido pelo concurso de pretenções, parallelas, que constitue o direito de accrescer. (1)

Por isso alguns iurisconsultos, em vez da expressão jus adcrescendi, empregam esta outra—jus não decrescendi, como mais em harmonia com o conceito que formavam os Romanos sobre o direito de accrescer. E, de facto, se cada um dos co-herdeiros deve ser considerado como tendo tido ab initio direito a toda a herança, se o jus adcrescendi não constitue uma acquisição nova, e se a portio que accresce é apenas um accessorio do quinhão originario, a expressão jus non decrescendi é mais conforme á natureza das cousas.

Entretanto, para não destoarmos da linguagem consagrada, continuaremos a empregar a denominação —direito de accrescer.

Da noção exhibida e do fundamento assignalado do direito de accrescer deflue o interessante corollario de que este direito se realisa de modo necessario, obrigatorio, e independente da vontade do herdeiro. Sendo este chamado eventualmente a succeder em toda

<sup>(1)</sup> Vide a excellente Dissertação sobre o direito de accrescer, de Machelard, professor de Direito Romano na Faculdade de Paris.

a herança, desde que a acceita pela aditio, ou pro herede gestio, entende se ter adquirido necessariamente as porções hereditarias que mais tarde accrescerem. Qui semel aliqua ex parte heres exstiterit, deficientium partes etiam invitus excipit, id est, tacite ei deficientium partes etiam invito adcrescunt (fr. 53, § 1.°, de adquirenda vel omittenda hereditate).

Admittir a faculdade de rejeitar a portio vacans seria consagrar o erro de que se póde acceitar parte da herança e repudiar outra parte, o que é expressamente prohibido. Ejus rei que legata est, exemplo heredis, partem adquirere, partem repudiare, legatarius non potest (Pauli sententiæ, liv. 3.°, tit. 6.°, § 12).

Duas excepções apenas se abriam a esta regra no caso de abstenção de um herdeiro necessario e no de *restitutio in integrum* de um menor de vinte e cinco annos contra a acquisição de uma herança onerosa.

Outra consequencia preciosa que deriva dos principios firmados é a retroactividade do jus adcrescendi. Uma vez realisado o direito de accrescer, o herdeiro considera-se como tendo adquirido ab initio as duas porções hereditarias. Quia retro accrevisse dominium ei videretur (fr. 35, ad legem Aquiliam).

Os commentadores e expositores do Direito Romano costumam exprimir a necessidade, ou obrigatoriedade, e a retroactividade do direito de accrescer sob esta formula:—portio portioni (non personæ) adcrescit, que é uma traducção do fr. 26, § 1.°, de conditionibus et demonstrationibus.

O terceiro caracteristico do direito de accrescer é a proporcionalidade. A porção que accresce é adquirida por todos os co-herdeiros, não em partes eguaes, mas em proporção com as partes em que cada um foi instituido. Neste ponto, não fosse a utilidade da concisão, diriamos da theoria da conjunctio re, re et verbis, et verbis tantum.

Finalmente o direito de accrescer verifica-se entre os co-herdeiros com os onus impostos á pars vacans, —cum onere. A unica excepção que se dava com os legados e fideicommissos instituidos nominatim foi eliminada pelos jurisconsultos classicos, influenciados por um rescripto de Septimio Severo e Caracalla.

Não é possivel comprehendermos o direito de accrescer em todas as phases por que passou em seu desdobramento historico sem conhecermos um conjuncto de leis promulgadas nos primeiros tempos do periodo imperial e designadas pela expressão leges caducaria. Constituem o systema das leis caducarias a lei Julia de maritandis ordinibus, a lei Papia Poppæa, e diversos senatusconsultos promulgados mais tarde sobre o mesmo objecto dessas leis.

As leis caducarias tinham um duplo fim: evitar a deserção do matrimonio, o que Augusto em sua erronea intuição sociologica acreditou possivel conseguir por esse meio, e ao mesmo tempo abrir uma nova fonte de rendas para o erario. *Incitandis cælibum pænis, augendo ærario*, diz-nos Tacito em seus «Annaes».

Segundo a lei Julia, o cælebs,—o homem, ou a mulher, fóra do estado de justas nupcias, e que não tinha filho legitimo, ficava inhibido de receber a porção da herança, ou o legado que lhe havia sido deixado.

Pela lei Papia Poppæa—o orbus—o homem, ou a mulher que, embóra casado, não tinha sequer um descendente legitimo, vivo ou concebido, era ferido com a mesma privação, mas sómente quanto á metade do quinhão hereditario ou do legado.

Tanto o cælebs, como o orbus, não careciam da testamenti factio, propriamente dita; o que lhes fallecia

era sómente o *jus capiendi*; e por conseguinte, se antes da morte do testador, ou do advento da condição, realisavam as prescripções estabelecidas pelas leis caducarias, evitavam a sancção penal dessas leis.

As porções que se tornavam vacantes em virtude da prohibição imposta aos calibes e aos orbi pertenciam aos patres chamados á mesma successão, isto é, aos homens casados, ou dispensados do matrimonio, que tinham ao menos um filho legitimo, vivo, ou concebido. Esta attribuição das portiones vacantes aos patres é o que se chama caducorum vindicatio. Ao envez do jus adcrescendi, a caducorum vindicatio não é necessaria, e os interessados pódem repudiar as portiones vacantes, que na falta de um pater eram devolvidas ao erario, e mais tarde, no tempo de Caracalla, ao fisco.

Entre os cælibes e os orbi de um lado e os patres de outro as leis caducarias instituiram uma classe intermedia, para a qual não ha penas nem recompensas. Compunham essa classe as pessoas que gosavam da solidi capacitas,—o direito de conservar sem restricções o quinhão que lhes havia sido deixado, ficando entretanto privadas do direito de accrescer, e as que tinham o jus antiquum,—o direito que competia aos ascendentes e descendentes até ao terceiro gráo inclusivamente de receberam não só o quinhão que lhes tinha sido assignado, como tambem as portiones vacantes dentro de certos limites.

Em absoluta opposição aos costumes romanos, perseguidas desde sua origem por uma impopularidade sempre crescente, fraudadas em sua execução por mil expedientes, as leis caducarias foram afinal revogadas por Constantino, que, imbuido das ideias do christianismo sobre a continencia, não podia manter disposições legaes que feriam com tão graves penas o celibato e a viuvez. Entretanto, como era uma pingue

fonte de rendas para o fisco, a caducorum vindicatio continuou a ser praticada com certas modificações.

Foi sómente no tempo de Justiniano que se apagaram os ultimos vestigios das leis caducarias, e restabeleceu-se o direito de accrescer em sua plenitude.

#### III

Dá-se uma emptio-venditio, quando uma pessoa se obriga a entregar uma cousa a outra pessoa, para que esta a adquira, mediante o pagamento de um preço estipulado. O vendedor não se obriga a dare, mas unicamente a tradere, ut rem emptori habere liceat.

Além das condições da capacidade das partes, do consentimento e do preço, vê-se que é requisito essencial da *emptio-venditio* uma cousa, *res*.

A res, objecto da venda, é tudo o que póde fazer parte do nosso patrimonio, ou que tém um valor economico, cousa corporea ou incorporea, presente ou futura. Omnium rerum, quas quis vel habere vel possidere vel persequi potest, venditio recta fit (fr. 34, § 1.°, de contrahenda emptione). Exceptuam-se apenas as cousas que estão fóra do commercio, ou cuja alienação é prohibida.

Entre as res que pódem ser objecto da emptiovenditio conta-se a hereditas.

Neste ponto cumpre fazer uma distincção. A emptio-venditio póde ter por objecto:—1.º cousas pertencentes a uma herança, consideradas como bens determinados: 2.ª direitos hereditarios; 3.º, simples pretenções hereditarias. A venda de bens determinados pertencentes a uma herança não offerece difficuldades

por estar sujeita ás regras communs que dominam a compra e venda. Por isso nos occuparemos unicamente com os dois casos seguintes.

Além das obrigações que decorrem geralmente de qualquer compra e venda, a *emptio-venditio* de uma *hereditas* crêa algumas obrigações particulares entre o herdeiro e o comprador da herança, obrigações que se explicam pela natureza especial do objecto do contracto.

Em primeiro logar, cumpre ter muito em attenção que, não sendo o fim da venda de uma herança a transferencia de objectos determinados (o que não offerece difficuldade alguma, como ficou dito), mas de todo o patrimonio, ou de uma quota -parte deste, a execução do contracto só se póde obter pela collocação do comprador na posição juridica do herdeiro. nas condições em que se acharia, se ab-initio tivesse adquirido uma herança, e não pela simples entrega das cousas pertencentes á herança, o que não seria jámais venda de direitos hereditarios, hereditas vendita. Inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius, neque minus juris emptor habeat, quam apud heredem futurum esset (fr. 2, principio, de hereditate, vel actione vendita). Sed si vendídit hereditatem, æquissimum videtur, emptorem hereditatis vicem heredis obtinere (fr. 2, § 18, ejusdem tituli).

Isto posto, segue-se que o comprador da herança, além da obrigação de pagar o preço estipulado, contrahe a de satisfazer as despezas feitas com os bens hereditarios, bem como as sommas despendidas na solução dos compromissos da herança, e que o vendedor é obrigado a entregar os bens e a transmittir os direitos hereditarios com todos os seus accessorios.

Entre esses accessorios estará incluida a porção repudiada pelos outros co-herdeiros?

Antes de responder, detenhamo-nos um pouco, e tracemos rapidamente mais um curto capitulo, que será como que um parenthesis.

#### IV

E' que no direito antigo o meio usado para a transferencia das heranças não era a emptio-venditio, mas, sim, a in jure cessio, cujo estudo relacionado póde ser que projecte alguma luz sobre a nossa these.

Com Accarias, que nada mais fez do que traduzir o *Commentario Segundo*, de Gaio, §§ 34 a 37, consideraremos as quatro hypotheses seguintes:

- 1.ª Trata-se da *in jure cessio* feita por um herdeiro legitimo voluntario, ou externo, que ainda não adio. Neste caso o herdeiro se torna inteiramente extranho á herança que cedeu, e o cessionario figura como verdadeiro substituto, recebendo a herança com todos os seus direitos, creditos e dividas, e até com os sacra do defuncto.
- 2.ª A in jure cessio é feita por um herdeiro testamentario (externo) que ainda não adio. Nesta hypothese os Romanos, por seu extremo respeito pelas ultimas vontades, consideravam nulla a in jure cessio, e o cedente conservava todos os seus direitos hereditarios.
- 3.ª O cedente é um herdeiro voluntario, testamentario, ou legitimo, que já fez adição da herança. Se se attendesse á confusão que no caso figurado se dá entre o patrimonio do decujas e o do herdeiro, e

se observasse rigorosamente a regra—semel heres, semper heres—, a consequencia seria declarar impossivel a transferencia da herança nas condições figuradas. Entretanto, não era esta a solução dada pelos jurisconsultos, que decompunham a in jure cessio em tres cessões distinctas: uma applicada ás cousas corporea da herança; outra aos creditos, e uma terceira ás dividas. Quanto ás res corporales, considerava-se valida a transferencia feita; quanto aos creditos, julgavam-se extinctos, porquanto, se por um lado a in jure cessio não era um meio legal para a sua transferencia, por outro o herdeiro que assim procedia, manifestava ter feito renuncia dos seus direitos creditorios; e, pelo que toca ás dividas, entendia-se que estas subsistiam, porque para os credores a in jure cessio era uma res inter alios acta, e não podia ficar ao arbitrio do herdeiro a extincção das dividas a não ser pelo pagamento.

4.ª O herdeiro cedente é um heres suus et necessarius, ou sómente necessarius. Neste ponto havia divergencia de opiniões entre as duas escolas dos Sabinianos e dos Proculianos. Para os primeiros era nulla a in jure cessio, ao passo que os Proculianos equiparavam esta hypothese á da cessão feita pelo herdeiro voluntario que havia adido.

Comprehende-se que esta ultima solução se conformava mais com os principios do Direito Romano, pouco importando que o herdeiro adquira o direito á herança pela adição voluntaria, ou em virtude de disposição legal.

## V

Um ponto sobre o qual não ha controversia, o que convém assignalar desde já, é que a questão que procuramos solver só póde ser formulada quando no

contracto da emptio-venditio de uma hereditas não foi estipulada uma clausula especial sobre o direito á portio vacans, o que era perfeitamente licito. que as partes contractantes se manifestavam a respeito, nada mais restava do que cumprir a sua vontade. In hereditate vendita utrum ea quantitas spectatur, quæ fuit mortis tempore, an ea quæ fuit cum aditur hereditas, an ea quæ fuit cum hereditas venundatur, videndum erit? Est verius est, hoc esse servandum, quod actum est (fr. 2, § 1.°, de hereditate, vel actione vendita). sorte que a nossa questão só é possivel nos casos em que não houve convenção sobre o direito de accrescer.

Limitada assim a these, forçoso é confessar que em torno della se têm travado a mais renhida controversia; e se por um lado romanistas eximios como Cujacio (1), Pothier (2), Accarias (3), Rivier (4), têm opinado pela negativa, por outro jurisconsultos não menos notaveis, entre os quaes Bartholo (5), Duaren (6), Proudhon (7), Maynz (8), Serafini (9), têm respondido affirmativamente de modo não menos terminante.

Divergencia tão funda, comprehende-se, só póde provir da ausencia de textos expressos; e assim para a solução da controversia importa mais que tudo especular sobre os principios exhibidos.

Verdade é que, á vista das disposições contidas nos fragmentos 13, § 9.º, e 54, de hereditatis petitione, 41, de jure fisci, e constituição 1.ª do Codigo de he-

<sup>(1)</sup> Obs. XII, 13.

<sup>(2)</sup> OEuvres, vol. 3, 212, edic. de Bugnet.

<sup>(3)</sup> Précis de Droit Romain, n. 363.

<sup>(4)</sup> Des successions à cause de mort en Droit Romain, § 37.

<sup>(5)</sup> Ad L. re conjuncti.
(6) Tract. de jure accrescendi, 16.

<sup>(7)</sup> Vide Pothier, loco citato, nota 1.ª

<sup>(8) § 413,</sup> nota 40.

<sup>(9)</sup> Istituzioni di Diritto Romano, § 208.

reditate vel actione vendita, nos parece extreme de qualquer contestação o conceito de que passa ao comprador da herança o direito de accrescer, desde que o vendedor é o fisco.

Deixando, porém, de parte esse caso especial, encaremos a these em sua amplitude.

Se attendermos á regra de que o vendedor de uma cousa se presume sempre vendel-a com todas as dependencias naturaes, em sua plena integridade, a primeira consideração que nos suggere o estudo que temos feito dos principios relacionados com a questão, é que dos direitos transferidos na venda deste—todo—hereditas—não ha rasão juridica que nos faça destacar o direito de accrescer.

Pela acceitação da herança o herdeiro, além dos demais direitos que constituem esse conjuncto ou collectividade juridica, adquire o de receber as portiones vacantes que accrescerem, o que equivale a dizer que o jus adcrescendi é uma fracção componente da herança, constitúe uma parte inseparavel della, e, quando mais tarde se verifica, em virtude do seu effeito retroactivo o herdeiro é considerado como tendo adquirido ab-initio, desde a morte do decujus, as porções que accrescem.

Ora, se a portio vacans na época da venda da herança já constitúe elemento integrante do quinhão hereditario sobre o qual se contracta, porque consideral-a excluida desse contracto, destacada da hereditas, quando esta palavra, como nos ensina o fr. 178, de verborum significatione, tem uma significação tão ampla?

Nem se nos objecte que o vendedor, ignorando na época da *emptio-venditio* que mais tarde teriam de accrescer ao seu quinhão as porções repudiadas pelos outros herdeiros, não podia ter a intenção de alienar

uma cousa que elle ainda não sabia que era propriedade sua; pois, desde que o *jus adcrescendi* é uma parte componente, ou uma dependencia natural da *hereditas*, a presumpção juridica é que foi alienado, e, se o herdeiro queria excluir esse direito, devia fazer expressa reserva nesse sentido.

Se é uma regra invariavelmente acceita em direito que os effeitos de um contracto de compra e venda não se pódem estender além dos objectos sobre os quaes as partes tiveram a intenção de contractar, é principio não menos adoptado que, uma vez vendido um objecto, se presume que com elle foram alienadas todas as suas dependencias, sem que se faça mister declaração formal das partes. Ao envez, para que se considere excluida uma parte componente, ou mesmo um accessorio da cousa vendida, é que se torna indispensavel uma clausula expressa, eliminando do contracto a cousa accessoria.

Demais, como observa Maynz, em toda a venda de herança ha sempre alguma cousa de aleatorio, sendo impossivel na generalidade dos casos verificar com certeza prévia a quanto monta o patrimonio. E é por isso que a venda de uma herança se realisa de ordinario sob a fórma de uma emptio rei speratæ, ou de uma emptio sper.

Que o comprador da herança se aventura em um contracto aleatorio, assumindo a responsabilidade de pagar dividas desconhecidas, absolutamente imprevistas, não é permittido duvidar, tão amplos são os termos § 20 do fr. 2, de hereditate, vel actione vendita: sed et si quid venditor nondum præstiterit, sed quoquo nomine obligatus sit propter hereditatem, nihilominus agere potest cum emptore.

Mas, sendo tão evidente a alea a que se arrisca o comprador, não será de toda a justiça que se lhe attribúa qualquer emolumento que eventualmente possa provir da herança?

Não nos parece procedente a observação, que já tem sido feita, de que a natureza aleatoria do contracto é mais uma rasão de direito do que de facto, e que de ordinario o herdeiro e o comprador procuram conhecer as forças da herança antes de realisarem a *emptio venditio*. E não nos parece procedente, porque se póde affirmar, e é intuitivo, que em regra geral ha impossibilidade insuperavel de conhecer préviamente com exactidão e certeza o passivo de uma herança.

A linguagem dos textos não parece autorisar outra conclusão. Cum inter ementem et vendentem agatur, diz um fr. já citado, ut neque amplius, neque minus juris emptor habeat, quam apud heredem futurum esset.

No § 18 do mesmo fr. ainda é mais expressivo o parallelo feito entre o herdeiro e o comprador da herança: sed si vendidit hereditatem, æquissimum videtur emptorem hereditatis vicem heredis obtinere. Os textos apenas recuam ante a unificação absoluta das duas posições, o que não é de extranhar, pois o titulo e qualidade de herdeiro não pódem ser objecto de uma emptio-venditio.

Outro argumento valioso é o que nos offerece o § 4.º desse fr. Ahi prescreve o legislador que o vendedor da herança transfira ao comprador não só os bens que tiver em seu poder, como tudo aquillo que receber, e em qualquer tempo, proveniente da mesma herança. Non tantum antem quod ad venditorem hereditatis pervenit, sed et quod ad heredem ejus ex hereditate pervenit, emptori restituendum est: et non solum quod jam pervenit, sed et quod quandoque pervenerit, restituendum est.

Não procede a observação de que essa restituição se refere exclusivamente ao emolumento que provier do quinhão hereditario vendido, porquanto a parte que accresce é justamente uma dependencia, uma parcella componente desse quinhão, ao qual se reune mais tarde com pleno effeito retroactivo.

Finalmente, a regra—portio-portioni (non personæ) adcrescit—é mais uma razão de decidir em favor da opinião que adoptamos. Se a porção repudiada da herança accresce á porção acceita e não á pessoa do herdeiro, e de tal arte que Papiniano (fr. 33, de usufructu) não duvida comparal-a á alluvião—quoniam portio fundi, velut alluvio, portioni adcrescit,—o direito de accrescer deve ser attribuido, não á pessoa que só conserva o titulo e qualidade de herdeiro, mas áquella que alienam emens hereditatem quasi pro possessore possidet (fr. 13, § 8.º, de hereditatis petitione).

Ponderar que, embora venda a herança, o herdeiro não consegue jámais subtrahir-se ao imperio do brocardo —semel heres, semper heres, —e conserva sempre a sua qualidade de herdeiro, e que é nessa qualidade que elle tem o direito de accrescer, não é argumento acceitavel; porque, o direito de accrescer, representando um valor economico, nos parece justamente como uma parcella do emolumento da herança, e não como elemento constitutivo, ou attributo essencial da qualidade de herdeiro.

De resto, sejam improcedentes todos os argumentos apresentados, nada possa a mais minuciosa analyse esmerilhar nos textos, paire sobre a questão a mais escura duvida; ainda assim, a solução que offerecemos é a que se póde amparar em mais acceitavel fundamento juridico. E' principio tradicional, e consagrado pela sabedoria dos legisladores, antigos e modernos, que no contracto de compra e venda, sempre

que houver uma clausula duvidosa, ou um ponto obscuro, deve este ser interpretado a favor do comprador, e contra o vendedor, que, em geral, e especialmente na hypothese de que tratamos, é quem está em condições de melhor conhecer a cousa vendida.

Dos argumentos expostos crêmos que decorre logicamente a affirmação de que:

Passa ao comprador da herança o direito de accrescer.

S. Paulo, março de 1888.

Dr. Bedro Lessa