

DIREITO CIVIL

Na herança ou legado condicional transmite-se a esperança debitum-iri? (*)

Summario:—INTRODUÇÃO: EXPOSIÇÃO DO ASSUMPTO. DIVISÃO E CLASSIFICAÇÃO. — I. O QUE SEJAM LEGADO E HERANÇA “CONDICIONAES”. NOÇÃO JURIDICA DE “CONDIÇÃO”, “MODO” E “TERMO” — II. O ESTUDO DESTE ASSUMPTO EM FACE DO DIREITO ROMANO.—III. QUAL SOBRE O OBJECTO DA NOSSA THESE O ESPIRITO GERAL DOS CODIGOS DAS NAÇÕES MODERNAS. — IV. O SYSTEMA SEGUIDO PELA JURISPRUDENCIA PORTUGUEZA. — V. QUE DECIDIR Á LUZ DOS PRINCIPIOS DO DIREITO CONSTITUENDO? — VI. EM CONCLUSÃO: QUAL NO DIREITO CIVIL PATRIO A DOCTRINA QUE DEVE PREVALECER.

~~~~~

Impellido por sentimento energico de reacção contra as invasoras tendencias e o predominio excessivo do romanismo, nimiamente compenetrado da sua missão reformadora, e mais propenso a innovar ou corrigir que a consagrar o direito existente, nesta como noutras questões juridicas, Mello Freire affastou-se completamente dos principios da legislação romana, que elle argúe como contrarios á boa razão e condemnaveis perante a jurisprudencia universal.

---

(\*) Este trabalho é uma dissertação academica, escripta em 1872, quando o autor cursava o 4.º anno desta Faculdade. A these desenvolvida é contraria aos ensinamentos da cadeira, então regida pelo illustrado lente Dr. Falcão Filho.

Todavia, apesar do grande nome e autoridade magistral do jurisconsulto portuguez, a nossa these não tem tido posteriormente uniformes soluções, e constitue ainda, no direito patrio, verdadeiro pomo de discordia entre os civilistas.

Quando, como neste caso, uma lacuna apparece nas fontes essenciaes e directas do nosso direito, occupam entre as subsidiarias o mais proeminente lugar as leis romanas, *as quaes devem somente ser guardadas pela boa razão em que são fundadas* (1).

Em consequencia, para devidamente aquilatarmos a natureza das disposições do direito romano relativas á nossa these, e nos conformarmos com a Lei da Bôa Razão e os Estatutos da Universidade de Coimbra, teremos de confrontal-as com as prescripções analogas e parallelas do codigo das nações modernas e tambem aprecial-as á luz dos principios absolutos do direito philosophico.

Dividiremos, por isso, o nosso trabalho em seis partes ou secções a saber :

- I. Noção de legado ou herança condicional ;
- II. Disposições do direito romano ;
- III. Espírito geral dos codigos modernos.
- IV. Systema da jurisprudencia portugueza ;
- V Principios do *jus constitutum*; finalmente
- VI. Qual entre nós o direito em vigor.

Esta ultima parte será como que a consequencia das precedentes, nas quaes procuraremos affirmar as necessarias premissas para a conclusão que se nos affigura juridica.

---

(1) Lei de 18 de Agosto de 1769, cognominada "*da boa razão*", art. 9.º

## I

A declaração de vontade, diz Savigny, assume carater especial quando a vontade vem limitar-se a si mesma; o que póde effectuar-se pela addição da *condição*, do *termo* ou do *modo*.

Num sentido geral, denomina-se *condição* esta especie de restricção que liga arbitrariamente a existencia de uma relação de direito a um acontecimento futuro e incerto (2).

A mesma idéa expendem eminentes juriconsultos de outros seculos:

Assim, Hubero define a condição: «*adjectio casus in faturo collati, a cujus eventu actus suspenditur*» (3);

Vinnio: «*conditio est adjectio, qua in futurum eventum, quod dari aub fieri volumus, suspenditur*» (4);

Heineccio repete o mesmo pensamento: «*conditio est perisasis a qua actus suspenditur tanquam ab incerto eventu*» (5).

Cujaccio tambem diz: «*conditio est causa quæ suspendit actum, quod ex post facto confirmetur.*»

Duas idéas communs encontram-se nessa diversidade de definições: são caracteres essenciaes da *condição*—a incerteza e o futuro. Logo, para que a herança ou o legado possa considerar-se *condicional* é mister que se prenda a um acontecimento futuro e incerto.

Se o acontecimento é passado ou presente, não pode ser objecto de *condição*, porque, como observa Troplong, não tem effeito suspensivo (6); se, porém,

(2) Savigny, *Dir. Rom* liv. II, cap. 3.º, § 116.

(3) Huberus, *Prelect.*, pag. 195 n. 7.

(4) Vinnius, *Comment.* ao § 10, *Inst.* liv. II, tit. 14.

(5) Heineccius, *Pandect.* Part. V § 63 pag. 29.

(6) Troplong, *Donat. et testam.*, cap. I n. 202.

posto que futuro, é de tal natureza o facto que tenha necessaria e infallivelmente de verificar-se, ou se, pelo contrario, é de realisação impossivel,—não existe verdadeiramente uma *condição*

Convém, pois, estabelecer-se uma distincção capital que domine todo o systema.

Quando o acontecimento, de cuja realisação depende a existencia da herança ou legado, é de natureza tal que não póde absolutamente deixar de effectuar-se, a restricção imposta pelo testador não é, em sua essencia, senão um *termo*. Neste caso o herdeiro ou legatario instituido adquire direito á herança ou legado desde a abertura do testamento, ficando suspenso apenas, em virtude da disposição do termo, o exercicio do direito, a exigibilidade da herança ou do legado.

Se, porém, em lugar de ser deixado a termo, *ad diem*, a herança ou legado é deferido *sub conditione*, o herdeiro ou legatario só começa a ter direito depois de preenchida a condição; antes disto só uma esperanza pode caber-lhe a *spes debitum-iri*.

As conclusões são coherentes com os principios: Assim, quando a condição importa um *termo* é razoavel que o direito, *adquirido desde a morte do testador*, porém apenas *suspenso em seu exercicio*, possa no mesmo estado transferir-se aos herdeiros da pessoa instituida, se esta vem a morrer *pendente conditione*.

Se, porém, a clausula a que se acha adstricta a herança é verdadeiramente *condicional*, nenhum direito é susceptivel de transmissão aos successores do herdeiro ou legatario, pois que nenhum *direito* existe, mas apenas uma *expectativa* de caracter precario.

Essa distincção de grande alcance para a conveniente solução de varias e importantes theses juridicas,

é com precisão scientifica e admiravel proficiencia desenvolvida por Savigny, no seu tratado de Direito Romano.

E', aliás, antiquissima.

Conhecida dos jurisconsultos romanos que, nella firmados, tantos vestigios nos deixaram de sua sabedoria e alto senso juridico, era familiar a Bartolo que, na gl. á L. 40 § 5 Dig. de *Cond. et demonstr.*, medindo o alcance das conjuncções e locuções adverbias, mostra os effeitos da *condição*, do *termo* e do *modo* nos legados e as suas differenças characteristics.

Cumpre observar que, se algumas vezes é de tal natureza o acontecimento que o *dies* envolve verdadeira *condição*, a consequencia é que não existe então um *termo*, e o legado não é puro e sim, em substancia, condicional. Exemplo desta especie nos offerece a L. 22 *princ.* Dig. *Quando dies cedat legator.*

Posto que o acontecimento a cuja realisacão se prende a transferencia do legado ou da herança seja tal que deva infallivelmente verificar-se, entretanto, attendo-se ao character eminentemente pessoal das successões, é facil reconhecer-se que sempre subsiste a clausula implicita da sobrevivencia da pessoa instituida como observa na L. 75 Dig. *de Cond. et demonstr.* o grande Papiniano.

Se, porém, é absolutamente impossivel, em virtude da propria natureza da condição, acontecer que o herdeiro ou legatario já não viva na epocha em que ella tem de realisar-se, então a herança ou legado é puro e o direito transferivel, porque não ha *condição*, mas *termo*, na extensão da palavra. Exemplos desta especie encontram-se no L. 79 Dig. *De Cond.* e na L. 4 § 1.<sup>o</sup> Dig. *Quando dies.*

E' o que fez dizer a Hubero, um dos mais distinctos commentadores :

« .inanis distinctio fit, inter tempus habens se ut diem, vel ut conditionem; etsi id agendum, quomodo dies simplex, et dies habens conditionem, discerni queat: Si enim verba sic habeant. «*Do lego centum Titio, cum is annorum tot factus erit*», diem non cedit ante illos annos. Si hoc modo: «*quæ centum accipiet, cum ad annos tot pervenerit*», dies incontinenti cedit. Quemadmodum si dies conditionem in se nullam contineat, diem semper in continenti cedere, clarum, et dictum est ex L. 5 § 1.º h. tit. Tantum autem abest, hanc distinctionem minus probandam esse, nihil ut ex frequentus ac utilius sit. Scriptum est ita: «*Uxor heres esto, post mortem uxoris meæ, fratris mei liberis mille ducatonos lego*; Moriuntur fratris liberi, heredes eorum nihil petere possunt (7).

Figurando adiante outra hypothese, accrescenta o mesmo commentador:—«Quod si ita: *Uxor heres esto. Fratris mei liberis mille do lego, quos ante mortem uxoris peti nolo.*» Si qui ante uxorem, fratris liberi moriantur, horum heredes partem defuncti capient quia dies statim cessit, cum legatum fit purum, diesque petitioni dumtaxat adjecta sit.»

Passemos a outra especie.

Diversamente do que se dá com a *condição*, o *modo* não torna incerta a aquisição do legado; diversamente do que se dá com o *termo*, o modo não lhe suspende a execução ou entrega ao legatario instituido. Ao contrario, o *modo* é um effeito, na intenção do testador, da aquisição do legado ou herança; á medida que a *condição* é a sua causa. Logo se esta deve preceder a aquisição do direito, aquella deve acompanhá-lo e ser-lhe posterior.

E' a licção que nos dá o grande Bartolo: «*Inter modum et conditionem plures dantur differentiæ: et*

---

(7) Huber. *Plect.*, Schol. ao Tit. *Quando dies cedat.*

prima est, quod *conditio* apponitur a parte *ante*, modus vero a parte *post*; ideoque *conditio* impleri debet *ante* emolumenti assecutionem; ejus enim est naturæ ut suspendat actum donec impleatur. *Modus* autem potest *postea* impleri: ideoque ex dispositione modali tanquam pura: statim competit actio prestita cautione de *modo* implendo, si *modus* respicit favorem legatarii, fideicommissarii, vel donatarii; *modus* enim non suspendit legati domini traditionem, et quod hæc dispositio dicitur pura.»<sup>(8)</sup>

Apreciada a *condição* em tôdas as suas phases, estudados o seu alcance e as suas consequências, vemos agora se nas diversas fontes de direito positivo se acha consagrada a distincção que acabamos de estabelecer, e se o direito a constituir a sanciona.

Uma herança ou legado é deixado condicionalmente a uma pessoa: vindo esta a fallecer, *pendente conditione*, transfere-se aos seus herdeiros a expectativa de haver a herança, transmite-se-lhes a *spes debitum-iri*?

## II

O direito romano resolve negativamente a these.

Se bem que nos contractos condicionaes fosse transferivel aos herdeiros a esperança oriunda do accordo das vontades,<sup>(9)</sup> todavia disposição diversa era applicavel aos testamentos, como havemos de vêr.

Qual a razão dessa differença?

Apontam-na todos os commentadores do Digesto e das Institutas. Nos contractos, salvo clausula expressa em contrario, obrigam-se as partes mesmo

(8) Bartolo, *Gloz.* á L. 4 § 5.<sup>o</sup> Dig. *De Cond. et demonstr.*, n. 4 a 9.

(9) § 4, *Instit. De Verb. oblig.*; § 25, *Instit., De Inutil. Stipul.*; L. 57, Dig. *De Verb. oblig.*

para com os herdeiros da outra parte contractante, ao passo que na herança ou no legado o testador tem em mente beneficiar a pessoa a quem instituiu herdeiro ou legatario. Esta é a sua vontade. Se, portanto, o herdeiro ou legatario deixa de existir antes de realisada a condição, a instituição deixa de ter objecto; não é razoavel que o direito eventual ao beneficio outhorgado pelo testador passe ás mãos de pessoas que lhe eram, quiçá, desconhecidas ou indifferentes, ás quaes em todo o caso elle não manifestou intenção de beneficiar.

Nos contractos não existe o cunho da personalidade, que caracteriza as successões quer a titulo de herdeiro quer de legatario; de maneira que a disposição accessoria não perde a sua qualidade real e effectiva: o que acontece no outro caso.

Opportunamente apreciaremos o fundamento desta distincção combatida por Mello Freire, inspirado talvez em Yaraba, como insinúa Lobão <sup>(10)</sup>.

Os principios que estabelecemos acham-se todos consagrados em disposições diversas, esparsas nas Institutas e nas Pandectas.

Assim, em face da legislação romana, sempre que a restricção imposta pelo testador ao legado ou herança importa uma effectiva *condição*, se bem que sob a apparencia de um *termo*, não se transfere ao successor do herdeiro ou legatario a esperanza *debitum-iri*, cuja transmissão tem lugar, pelo contrario, sempre que a clausula, embora pareça *condicional*, não é mais, em essencia, do que um *termo* para o legado ou a herança, um *dies*, prazo que suspende apenas a exequibilidade do direito.

Se, porém, não é *condição* nem *termo* a clausula modificadora da disposição testamentaria, mas um

---

(10) Lobão, *Not. a Mello* vol. III, pag. 320.

*modus*, neste caso, a aquisição do direito effectua-se, não depois de realisada a clausula modal, porém logo na occasião da abertura do testamento.

Comecemos pela discriminação, em frente dos textos, das duas primeiras especies, investigando antes de tudo a verdadeira intelligencia de alguns fragmentos que, ao primeiro aspecto, parecem contrarios á doutrina que apresentamos.

Diz o L. 4, *Dig* liv. XXXVI, tit. *Quando dies legat.*, de Ulpiano: «Si «*cum heres morietur,*» legetur: conditionale legatum est; denique vivo herede defunctus legatarius ad heredem non transfert. § 1.º Si, vero, «*cum ipse (legatarius) morietur,*» legetur ei: certum est legatum ad heredem transmitti.»

Examinando antes de tudo o principio desta lei, confessamos que á primeira vista parece que no trecho citado Ulpiano destruiu completamente a base da distincção que firmamos; pois que, dependendo o legado de um acontecimento de existencia necessaria, como seja a morte do herdeiro, diz entretanto: «*conditionale legatum est.*» Todavia entendemos que persiste intacta a nossa doutrina; porque, embora o jurisconsulto tenha empregado a conjuncção *cum* que exprime o *termo*, e não *si* que denota a *condição*, embora se prenda a clausula a um facto de necessaria e infallivel realisação, como seja a morte do herdeiro, de modo que não exista a incerteza caracteristica da *condição*; entretanto — não é licito affimar-se que, na especie figurada, se encontra um *termo* para o legado. E' este um dos casos em que o *dies*, o termo, se converte em *condição*; porque persiste sempre a clausula implicita da sobrevivencia do legatario. E' o caso que Savigny denomina «*dies certus*» relativamente á *quæstio an*, mas *incertus* em referencia á *quæstio quando*. E' certo que o legatario *ha de morrer*, mas incerto *quando morrerá*.

A clausula, que era aparentemente um *termo*, converte-se nos legados e na herança em real e verdadeira *condição*, como claramente o demonstra a L. 79, Dig. Liv. XXXV, tit. 1.º Com effeito, conquanto seja certo que o herdeiro tem de morrer, não o é que elle morra antes do legatario, de modo que *não é certo* que o legatario receba o legado, ou que se realise opportunamente a condição exigida. «*Quamvis enim heredem moriturum certum sit, tamen incertum est an legatario vivo dies legati non cedat, et non est certum ad eum legatum perveniturum,*» diz Papiniano no fragmento citado.

Na hypothese, porém, do § 1.º a mesma duvida não pôde ser suscitada: ha inquestionavelmente um *termo*. Não é applicavel neste caso a restricção que fizemos quanto ao primeiro; porque o acontecimento é de tal natureza que justamente se effectua a sua realisação por morte do legatario e, como diz a citada lei, «*certum est legatum ad heredem transmitti.*»

Acham-se, pois, confirmados os nossos principios. Na L. 4 cit. princ., Dig. *Quando dies*, figura Ulpiano, um legado *condicional*: não se transfere, consequentemente, ao herdeiro ou legatario a esperança *debitum-iri* com a morte do legatario enquanto pendente a *condição*. No § 1.º da mesma lei, porém, como existe verdadeiro *termo* e legado *ad diem*, o notavel jurisconsulto romano consagrou solução diversa.

Disposição semelhante consigna a L. 79, Dig. de *Condit. et dem.*, que preceitúa: «*Heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato*» Purum legatum est, quia non *conditione*, sed *mora* suspenditur: non potest enim conditio non existere. § 1.º «*Heres meus, cum ipse morietur, centum Titii dato.*» Legatum *sub- conditione* relictum est. *Quamvis enim heredem moriturum certum sit, tamen incertum est an, legatario*

vivo, dies legati non cedit, et non est certum ad eum legatum perventurum.»

A esse texto applicam-se as mesmas observações por ser identico em fundo ao precedente, differindo apenas na inversão da ordem das hypotheses e no facto de trazer fundamentada, ainda que laconicamente, a doutrina que estabelece.

Exemplo notavel em favor da opinião que defendemos offerece Jevol. na L. 40 § 2, Dig. *De Condit. et dem.* onde assim se exprime: «*Quidam Titio centum legaverat, deinde infra ita jusserat: Quas pecunias cuique legavi, eas heres meus, si mater mea moritur, dato.*» Mortuo patrefamilias, Titius vixerat et viva matre familias, decesserat; mortua matre, heredibus Titii legatum deberi Ofilias respondit: quoniam *non sub conditione* esset legatum, sed antè legatum purè, diende dies solvendi adjecta. Videamos, inquit Labeo, ne id falsum sit; quia nihil intersit utrum ita scribatur «*quas pecunias cuique legavi, eas heres meus, si mater mea moritur, dato*», an ita «*nisi matre mea moritur, ne dato*» Utrobique enim *sub conditione* vel datum vel ademptum esse legatum»

A distincção sobre a qual temos sobejamente insistido está de perfeita harmonia com os principios exarados nesses textos, e é corrente na jurisprudencia romana. Com effeito, conquanto na hypothese figurada na L. 40 § 2.º cit., seja um facto de realisação necessaria aquelle do qual depende a perfeição do legado,—*si mater mea moritur*, não é certo, apesar disso, que o legatario instituido não morra antes da mãe do testador; e, neste caso, caduca o legado *condicional*. A razão Labeão nol-a dá: porque é indifferente que esteja escripto «*esta quantia o meu herdeiro dará ao legatario, se minha mãe morrer*» ou assim «*não dará, se minha mãe não morrer*»

O legado deixado nestes termos é, por consequencia, essencialmente *condicional*. E Ofilius não tem razão. Extingue-se, portanto, a instituição, se o legatario fallecer antes de realisada a condição exigida, (a saber a morte da mãe do testador); de modo que aos herdeiros do legatario não se transmite a esperança *debitum-iri*.

Outro texto, ainda que sob as apparencias de um *dies*, não contém mais do que uma verdadeira *condição*, a L. 22, Dig. *Quando dies legat.*, de Pomponio. Ahi se diz: Si Titio, «*cùm (is) annorum quatuordecim esset factus*», legatum fuerit, et is antè quatuordecimum annum decesserit, verum (est) ad heredem ejus legatum non transire; quoniam non solum *diem*, sed *conditionem* hoc legatum in se continet,— *si effectus esset annorum quatuordecim*. Qui autem in rerum natura non esset annorum quatuordecim non esse non intelligeretur. Nec interest utrum scribatur «*si annorum quatuordecim factus erit*», an ita: cum priori scriptura per conditionem tempus demonstratur, sequenti per tempus conditio: utrobique tamen eadem *conditio* est»

Neste fragmento de Papiniano existe a especie denominada—*dies incertus* quanto á *quæstio an*, e certus quanto á *quæstio quando*. A incerteza, porém, do facto reflecte sobre o tempo, tornando-se assim o legado duplamente *condicional*.

E' de pouca monta a fórma, pondera o jurisculto romano (e foi essa a circumstancia que provocou as observações de Hubero), a essencia principalmente deve ser estudada. Nada importa que o testador se tenha expressado por este modo—«será legatario Ticio, *quando* chegar aos quatorze annos» ou «*se* elle chegar aos quatorze annos» Para a condicionalidade do legado é indifferente que a condição

seja designada pelo termo ou o termo envolva a condição.

A L. unica § 7, Cod., *De Cad. toll.*, Liv. VI, tit. 51 ( <sup>11</sup>), longe de destruir, confirma a nossa opinião; pois refere-se claramente a *legados condicionaes* e aos *ad diem incertum*; e conclúe que, com a morte do legatario ou herdeiro, não se transmite a seus successores a esperança de haver o beneficio do testador.

Estabelecendo uma regra geral, diremos com o grande oraculo do Digesto: «*Dies incertus conditionem in testamento facit*» ( <sup>12</sup>), o que confirma a nossa opinião quanto á *condição* e ao *termo*; e acrescentaremos que não são ociosas as expressões de Papiniano:— «in testamento», porque nos contractos a theoria é diversa. Ainda por ahi demonstra-se *a contrario sensu* o fundamento, em direito romano, da doutrina que expuzemos.

Relativamente á natureza e effectos do *termo* nos legados, pôde-se vêr, além de outras, a L. 21, Dig. *Quando dies legat.* ( <sup>13</sup>), que é explicita.

É digno de reparo que, tanto no Codigo como no Digesto, onde tantas disposições apparecem acerca

---

(11) Diz nesse texto Justiniano: “Si autem aliquid sub *conditione* relinquatur, . . . vel sub incerto die expectare oportet conditionis eventum, sub qua fuerit derelictum, vel diem: ut tunc cedat, cum vel conditio impleatur, vel dies incertus extiterit. Quod si in medio is, qui ex testamento lucrum sortitus est, decedat vel eo superstite conditio defecerit, hoc, quod ideo non prævaluit manere disponimus simili modo apud eos, a quibus relictum est. . .”.

(12) L. 75, Dig. *de Condit. et dem.* Papin.

(13) L. 21, Dig. *Quando dies legat.*: “Adjecta (dies) quamvis longa sit, si certa est, veluti *Kalendis Januariis centesimis*, dies quidem legati statim cedit; sed autè diei peti non potest. At si incerta (quasi cum pubes erit, cum in familiam nupserit, cum magistratum inierit, “cum aliquid demum”, quod scribendo comprehendere sit commodum, “fecerit”: nisi tempus conditiove obtigit, neque res pertinere, neque dies legati cedere potest”.

do legado *ad diem* ou *ex die*, nenhuma se quer allude somente á herança *a termo*.

Vinnio, (Comm. ao § 9 da Instit., *De Hered., inst.*) dá-nos a explicação dessa anomalia. A imposição de um termo á herança não nullifica o testamento, mas é considerada como não escripta; de maneira que a instituição se torna outra, é o que dispõe a L. 34, Dig. *de Donat.*, que diz: «*Hereditas ex die vel ad diem non rectè datur, sed vitio temporis sublato, manet institutio*».

O fundamento deste preceito assenta em superstições peculiares dos Romanos. Pretendiam os juriconsultos, com a supressão do *dies* na herança favorecer a memoria do defuncto, impedindo (o que era ignominioso) que percesse a sua ultima vontade; porque, a não nullificar-se o termo, não poderia subsistir a instituição, pela regra que—ninguem, salvo o soldado, podia morrer *partim testatus et partim intestatus* <sup>(14)</sup>.

Sendo o herdeiro representante do defuncto, se acontecesse que, subsistindo o termo, elle não pudesse immediatamente entrar no exercicio dos seus direitos successorios, ficaria o defuncto sem uma pessoa que o representasse, o que repugnava ás idéas da jurisprudencia romana, condemnadas, aliás, no direito patrio pela lei de 19 de Agosto (da Boa Razão) e de 9 de Setembro de 1769, Alv. de 20 de Maio de 1796 e varias outras leis extravagantes. Tal é, no entanto, o fundamento da L. 34, Dig. *de Hered. inst.* e do § 9. Inst. liv II, tit. 14.

Ainda que esta decisão pareça inconsequente, observa judiciosamente Savigny, por admittir como valida a *condição*, que é ainda mais incerta que o *termo*, -deve-se, não obstante levar em consideração que a *condição* preenchida remonta ao dia do fal-

(14) § 5, Instit., *de Hered. inst.*; L. 7, Dig. *de Reg. jur.*

lecimento do *de cuius*; ora, applicando-se este principio ao *dies*, obtem-se precisamente o mesmo resultado que com o declaral-o não escripto.

Quando, em vez de *condição* ou *termo*, a restricção da vontade importa um *modus*, a herança ou legado é considerado puro e simples, e desde logo susceptivel de transferencia, como o demonstra Scœvola, na L. 109, Dig., *De Condit. et demonstr.*

Eis ahi fica, em substancia, a doutrina do direito romano sobre o objecto da nossa these.

### III

Os codigos civis das nações modernas não apresentam geralmente systemas completos e isentos de lacunas no tocante á questão que estudamos.

Os codigos da França, da Austria, da Luiziania e de Portugal, que alguma theoria offerecem, mais ou menos deficiente, não fizeram senão transplantar, com pequena alteração principios da jurisprudencia romana.

O codigo Napoleão, incontestavelmente um dos mais bellos monumentos da legislação moderna, não se desviou em suas prescripções da distincção scientifica, consagrou-a nos arts. 1.040, 1.041, e 1.085 especialmente, que domina todo o systema.

Antes, porém, de analysarmos a doutrina que encerram taes disposições, observaremos que, á semelhança do que estatúe o direito romano, o legislador francez em relação aos actos *inter-vivos* determinou principios distinctos e completamente oppostos aos que são seguidos na theoria da transmissão *mortis causa*. Com effeito, ao passo que, relativamente ás estipulações, ou antes, usando com Savigny de uma

expressão mais concreta, aos contractos condicionaes adopta o Codigo civil francez (arts. 1.122 e 1.179 fim) a transmissibilidade da esperança *debitum iri*, pendente a condição, aos herdeiros das partes contractantes; o contrario dispõe quando é questão de herança ou legado, que caduca, e portanto não se transmite, se o herdeiro ou legatario instituido vem a morrer antes do preenchimento da condição.

Cahio, pois, o legislador francez na supposta inconsequencia que Mello Freire censura ao direito romano, por não enxergar razão satisfactoria para tal diversidade de disposições.

Se bem que não se assignale neste ponto pela precisão e propriedade de linguagem, o Codigo Francez não obstante adopta nos arts. 1.040 e 1.041 a distincção scientifica, merecendo por isso os applausos de Lobão, que apresenta como innovação bellissima principios com pequena modificação já correntes no direito romano

Diz o art. 1.040: «Toute disposition testamentaire, faite sous une condition dépendante d'un évènement incertain et telle que, dans l'intention du testateur, cette disposition ne doit être exécutée qu'autant que l'évènement arrivera ou n'arrivera pas, sera caduque, si l'héritier institué ou le légataire décède avant l'accomplissement de la condition».

E o art. 1.041: «La condition qui, dans l'intention du testateur, ne fait que suspendre l'exécution de la disposition, n'empêchera pas l'héritier institué, ou le légataire, d'avoir un droit acquis et transmissible à ses héritiers.»

Concatenam-se perfeitamente os principios do Cod. Napoleão.

Estabelece no art. 1.014 que o legado puro e simples é adquirido logo depois da morte do testador,

exigível e transmissível depois da abertura do testamento. Se, porém, o legatário vem a morrer antes do testador, caduca o legado (art. 1.039). E a razão é simples: nos legados e nas heranças, ainda puras, existe sempre, como observa Troplong <sup>(15)</sup>, uma restrição implícita para o caso em que o testador sobreviva ao legatário.

Na espécie que analisamos ainda são notáveis a coerência e a sabedoria do legislador; pois, tendo determinado no citado art. 1.014 que o legado se adquire somente depois da morte do testador, não podia aceitar como consequência a transmissibilidade de um direito ainda inexistente, por adquirir, ou antes de uma simples expectativa de direito.

Os legados *condicionaes* são regidos por outros princípios.

Se o legado exige para o seu complemento a realização de um acontecimento futuro e incerto, de uma verdadeira *condição*, no sentido próprio da palavra, a sua aquisição não data senão do preenchimento della; por conseguinte, se o legatário morrer, *pendente conditione*, como nenhum direito ainda lhe cabe, nenhum direito transfere aos seus herdeiros.

Além disso, como se tornou impossível o preenchimento da condição (com a morte do legatário, segundo o art. 1.039), nem mesmo a esperança passa aos sucessores.

Assim, para a aquisição do legado ou da herança, o legatário ou o herdeiro deve sobreviver, não sómente ao testador, como expressamente requer o citado art. 1039, mas também ao preenchimento da condição, como é fácil deduzir-se *a contrario sensu* do art. 1.040.

---

(15) Troplong, obr. cit. livr. 3.º n. 2.121.

Cumpra, entretanto, não desconhecer-se que num ponto o código civil francez modificou, e para melhor, a doutrina romana; mas força é confessar-se que em sua integridade permaneceram illesos os principios cardeaes e fundamentaes dessa legislação. Como em materia de testamento a primeira lei, depois da lei, é a vontade do defuncto <sup>(16)</sup>, bem avisadamente procedeu o legislador francez mandando examinar, segundo a intenção do testador, a natureza da disposição condicional; para ser, por ella, determinado o character do legado. Assim, pois, conquanto sob a apparencia de uma *condição* e posto que o código empregue esse vocabulo, o art. 2.041 cit. não envolve senão um verdadeiro *termo*, e o legado é puro em essencia: adquire-se, e consequentemente é transmissivel, desde a morte do testador.

A razão desta anomalia é que, pondéra Mourlon <sup>(17)</sup>, em differença da condição o termo não suspende a aquisição do direito, suspende-lhe apenas a exigibilidade.

Conformou-se, portanto, o Código Napoleão com a sentença de Papiniano: «*purum est legatum, quod non conditione, sed mora suspenditur* <sup>(18)</sup>».

Tal é o systema do direito civil francez.

O Cod. da Prussia pouca doutrina contem sobre a nossa these.

Definindo a *conditio* no art. 100, equiparando-lhe, no art. 165, o *dies incertus*; occupa-se, nos arts. 478 e 489, dos legados condicionaes, mas nenhuma disposição contem concernente á nossa these.

---

(16) L. 19, Dig., de *Cond et Demonstr.* Ulp.; principio esse transplantado para todas as legislações modernas.

(17) Mourlon, *Repet. sur le Cod. Nap.* tom. 2.º pag. 415.

(18) L. 17, Dig., de *Condit. et demonstr.*

O Código civil da Austria, conquanto muito laconico a respeito dos legados e heranças condicionaes, não aberrou comtudo dos sãos principios do direito romano, e, se deficiente por não ter cogitado de todas as hypotheses, firmou entretanto idéas verdadeiras no art. 703, onde prescreve, para a aquisição de uma successão legada *sub conditione*, que «o legatario esteja vivo e capaz de succeder no momento em que a condição se realisa»

O Código do Estado da Luiziania reproduz em seos arts. 1.690 e 1.694 toda a theoria do código francez, logo do direito romano, sobre a aquisição e transmissibilidade dos legados condicionaes.

Mais um fundamento para a opinião que sustentamos.

Vejamos o que dispõe o moderno código civil portuguez, que mais de perto interessa á nossa jurisprudencia ; pois que as mais das vezes interpretou e resolveu sabiamente os principios obscuros, duvidosos e controversos das Ordenações Philippinas e fez derivar a luz e a verdade da desordem, das trévas e do cahos das Leis Extravagantes, de modo que quasi se pode affirmar que é a compilação antiga, reformada de conformidade com o espirito do seculo e posta a par dos reclamos da civilisação moderna.

Dispõe esse Código, no art. 1.943 : «A condição, que apenas suspende por certo tempo a execução da disposição, não impedirá que o herdeiro ou legatario adquira direito á herança ou legado, e o possa transmittir a seus herdeiros»

A hypothese figurada contém um verdadeiro *termo*, porque apenas a execução da disposição, e não o direito, é suspensa e adiada ; o legado ou herança *mora suspenditur*. A regra foi pautada sobre o direito romano.

Deste artigo collige-se, *a contrario sensu*, que a condição dependente de um facto incerto e duvidoso, a condição que *não suspende apenas a execução*, é um verdadeiro obstaculo a que o herdeiro ou legatario adquira o direito á herança ou legado e possa transferil-o a seus herdeiros.

O Codigo portuguez está, pois, de perfeita harmonia com a doutrina romana.

Em conclusão, o espirito geral das legislações contemporaneas das nações cultas—é favoravel ás disposições das Institutas, do Digesto e do Codigo de Justiniano relativas á aquisição, perda e transmissão da herança e do legado condicionaes.

#### IV

Examinemos agora em que sentido se tem pronunciado a jurisprudencia portugueza relativamente ao objecto da nossa these.

Será mais um elemento para provarmos a boa razão das prescripções do direito romano.

Cabedo <sup>(19)</sup>, conquanto faça largas reflexões sobre a natureza e effeitos das condições nos contractos e testamentos, não tracta, todavia, do objecto particular do nosso estudo.

Reynoso <sup>(20)</sup> e Caldas <sup>(21)</sup>, se bem que apresentem as convenientes distincções entre *modo*, *condição* e *termo*, proporcionando-nos uteis consequencias a favor da nossa opinião, nada dizem de especial sobre a transferencia da esperança ao herdeiro da pessoa instituida.

---

(19) Cobedo, *Decision.*, P. 2.<sup>a</sup>, Dec. 31, ns. 1,3 a 11; Dec ns. 9 10 e 12; Dec. 96 n. 4.

(20) Reynoso, *Observ.* obs. 64, n. 12.

(21) Caldas, *Recept.* Quæst. 23 n. 27.

Vallasco (22), porém, o mais notavel dentre os praxistas, disserta sobre as *condições* nos contractos e testamentos, e exprime-se do seguinte modo : « multum suffragatur, quod licet relictum *sub conditione*, vel *die incerta*, sive per viam legati, aut fideicommissi, aut hereditatis, decedente fideicommissario antè adventum *conditionis*, vel *del incertt*, fiat caducum »

A mesma regra é confirmada por Phebo (23) que diz que o legatario « decedens antè implementum *conditionis*, nihil transmittit ad heredem » : se, porem, « decedat antè implementum *modi* transmittit legatum ad heredem ».

Para fundamentar a sua opinião apresenta-nos esse praxista um aresto do Tribunal Supremo, do anno de 1599.

Tratava-se de um legado deixado em testamento por Alvaro Fernando de Lisboa, nos seguintes termos : « *Deixo a Ignez, filha de minha sobrinha, duzentos mil réis, para seu casamento* ». Aconteceu, diz Phebo, que a filha-familia legataria morreu antes de se ter casado ; seu pai pediu o legado, mas o herdeiro instituido no testamento negou-se a entregal-o, allegando que a legataria tinha fallecido antes de realisada a *condição* de se casar, e, por conseguinte, não podia ter transmittido o legado a seus parentes, *ex regula* da L. un., Cod. *de Caduc. Toll.* Agitada, porem, a questão no Senado Supremo, julgado foi que o legado deveria ser entregue aos pais da legataria, seus herdeiros, porque as supracitadas palavras indicam *modo* e não *condição*.

Phebo, apreciando essa sentença : « *justa est*, diz elle, *ex jure principis* ».

---

(22) Vallasco, *Consult.*, Cons. 139, n. 5.

(23) Phebo, *Decis.* Dec. 11, liv. 1.º ns. 1 a 13.

No nosso vêr não ha propriamente na especie figurada um *modus*, porque não existe encargo. «Cumpre não considerar nos testamentos como *condição*, observa Pothier, as phrases que apenas exprimem o *motivo* que levou o testador a deixar o legado, ou o *destino* que elle deve ter».

E' o que ainda se collige da exposição de Savigny sobre o mesimo assumpto.

O legado e a herança, dexiados naquelles termos, são puros e simplicis.

Entretanto, apezar de discordarmos na apreciação do facto, accetamos o fundamento do citado Aresto de 1599, porque entendemos que o *modus* differe essencialmente da *conditio*, como ensina Donneau (L. 8 *Comm.* cap. 14) e deprehende-se da L. 109, Dig., de *Cond. et demonstr.*

A mesma idéa serviu de base para o Ass. de 9 de Abr. de 1778, onde, sendo questão de legados «feitos annualmente para casamento ou profissão religiosa de donzellas pobres, honestas e recolhidas, accordaram os Dezembargadores, attendendo á *causa final* da disposição, que os ditos legados fossem entregues antes do casamento »

A jurisprudencia dos tribunaes conforma-se, pois, com o direito romano.

Sem contestar que, nos contractos condicionaes, a *spes futuræ obligationis* seja transferivel por successão, sem pairar, portanto, diante da anomalia que Mello Freire impugnou, Portugal <sup>(24)</sup>, partindo de idéas universalmente seguidas, não hesita em proclamar o principio contrario nas disposições testamentarias: «Quidquid aliud fit, diz elle, in ultimis voluntatibus, in quibus spes dispositionis *conditionalis* non

---

(24) Portugal, *De Donaf.*, liv. 1.º prel. 2.º ns. 23 e seguintes.

transit ad heredes active sive *conditio* sit casualis, sive mixta aut potestativa»

A mesma doutrina professa Cardoso <sup>(25)</sup> no seu tratado de *Praxe*.

Manteve-se igualmente fiel ás verdadeiras idéas Paiva e Pona <sup>(26)</sup> que diz «O fideicomisso, herança ou legado deixado *sub conditione, vel die incerto*, caduca se, perdendo a condição, *aut die incerto*, morrer o legatario etc.»

Pinheiro <sup>(27)</sup> trata desenvolvidamente do assumpto, discute com muito criterio o *modo, termo e condição*, concluindo sempre de conformidade com o direito romano.

Ainda vemos confirmada a mesma doutrina em Gomes <sup>(28)</sup> *Manual Pratico* que, referindo-se a hypothese do citado Aresto de 1599 e Assento de 1778 da Casa de Suplicação, decide tambem que «o legado deixado a uma mulher para o seu casamento, póde pedil-o a legataria antes que se case »; logo — tambem é transferivel aos seus herdeiros: o que não succede com a herança e legado condicionaes.

Mendes a Castro nada diz relativamente á nossa these, na *Pratica Lusitana*, mas França <sup>(29)</sup> autor das *Additiones* áquelle importantissimo tratado, falando do legado feito a uma mulher sob a condição — *si nupserit*, assim conclúe: «Legataria decedens, autèquam matrimonium contrahat, non transmittit ad suos heredes legatum sub ea *conditione relictum*».

---

(25) Cardoso, *Prax. Jud. e adv* v. "legatum" ns. 12 e 15.

(26) Paiva e Pona, *Orphan. prat.*, cap. 5.º n. 31.

(27) Pinheiro, *De Testam.* Disp. 3.ª séc. 8.ª § 2.º n. 179; e sec. 10.ª n. 286.

(28) Gomes, *Man. Prat.*, Part. 6.ª, cap. 49, *Terças e legados*, n. 11.

(29) França, *Addit.* Part. 11, liv. 1.º cap. 2.º § 3.º ns. 689, 693 e 694.

O jurista portuguez trata ainda de outras hypotheses e em tudo acompanha o direito romano.

Examinemos agora a tendencia geral dos jurisconsultos que escreveram nos seculos XVIII e XIX.

Por muitos titulos occupa o primeiro lugar entre os civilistas portuguezes o eminente Mello Freire, esse luzeiro da jurisprudencia patria, que poderosamente concorreu para a elaboração scientifica do nosso direito.

Sem impressionar-se com a autoridade de tantos e tão notaveis predecessores, com todo o prestigio que cercava a legislação romana, Mello Freire que, na phrase do preclaro Ribas, levado pelas tendencias philosophicas do seu espirito superior ou pelos habitos de sua missão de reformador e codificador, substitue algumas vezes *jus constituendum* ao *jus constitutum*; não trepidou em despedaçar o vinculo juridico dessa tradição escudada por tantos nomes respeitaveis, que se amparava sob a opinião unanime dos reiniculas, que descia de Cujaccio e Donellus, de Hubero, de Vinnio e de Heineccio, que se arrimava na autoridade do Grande Bartolo (cujas glosas eram preferidas ao texto legal, segundo nos refere Eschbach), que provinha de Papiniano e daquela pleiade dos grandes vultos do Digesto e dos autores eminentes das Institutas e do Codigo; não hesitou em repellar as idéias até então universalmente proclamadas, e estygmatisar como pouco satisfactorias as razões sobre as quaes assentava a distincção do direito romano <sup>(30)</sup>.

Almeida e Souza <sup>(31)</sup>, cuja opinião é bem difficil de determinar-se, posto que na pag. 320, vol. 3.º das *Notas a Mello*, parecendo concordar, transcreve longo trecho de Moura e Yaraba (que censura acre-

(30) Mello Freire, *Inst. jur. civ. lus.*, Liv. 3.º tit. 6.º § 13.

(31) Lobão, *Not. a Mello*, Liv. 3.º, tit. 6.º § 13; e tit. 7.º § 15.

mente a doutrina romana), e ainda que conclua preferindo deixar a decisão ao arbitrio do juiz; entretanto, n'outro lugar do mesmo livro (pag. 344), mostra muita sympathia pela theoria doCodigo francez e acaba por abraçar completamente em sua integridade a distincção romana (not. ao § 15, tit. 7.<sup>o</sup>).

Borges Carneiro não tracta do assumpto.

Corrêa Telles <sup>(32)</sup> no Digesto Portuguez, se bem que no art. 60 aceita a transmissibilidade da esperança aos herdeiros dos contractantes, se é questão de contractos, entretanto a mesma regra não applica no art. 62, á obrigação resultante de disposição testamentaria, porque—«a herança ou o legado caducam, se o herdeiro ou o legatario morre antes de verificada a condição».

Gouvêa Pinto <sup>(33)</sup> em seu *Tratado de Testamentos e Successões*, propende para a opinião de Mello, preferindo todavia, como alvitre mais prudente, deixar ao bom julgador a faculdade de decidir conforme as circumstancias que occurram.

Ainda acompanha essa doutrina Coelho da Rocha <sup>(34)</sup>, que, apesar de ter protestado, no prefacio das *Instituições de Direito Civil*, basear as suas decisões em fundamentos solidos e seguros, no § 700, não indica, como fonte da theoria que seguiu, senão a autoridade puramente doutrinal de Mello Freire.

Finalmente em Liz Teixeira, <sup>(35)</sup> encontramos a confirmação da commum opinião dos D. D. e a rejeição *in limine* da innovação que Mello Freire pretendeu introduzir no direito patrio.

---

(32) Corrêa Telles, *Dig. Post.*, arts. 60 e 62.

(33) Gouvêa Pinto, *Tret. de Test. e Succ.*, cap. 30, pag. 130, not. 1.<sup>a</sup> e cap. 39, pag. 163, not. 3.<sup>a</sup>.

(34) C. da Rocha, *Inst. de Dir. Civ. Post.*, tom. 2.<sup>o</sup> § 700.

(35) Luiz Teixeira, *Comm. ás Inst. de Mello*, Liv. 3.<sup>o</sup> tit. 7. § 15.

Eis em resumo as opiniões dos jurisconsultos e os unicos Arestos dos tribunaes que encontrámos no corpo do nosso direito patrio.

Pode-se, pois, affirmar que o principe da jurisprudencia portugueza, abusando da autoridade e consideração que com justiça lhe cabiam, despresando o peso, o credito e mesmo a força legal do direito romano, calcando aos pés a jurisprudencia dos tribunaes e a doutrina universalmente seguida pelos D. D., bem longe de conformar-se com a indole do direito patrio, procurou enxertar nelle verdadeira anomalia sem razão de ser e sem raizes; transgredio da esphera do jurisconsulto, para usurpar prerogativas do poder soberano, arrogando-se a faculdade de reformar e corrigir a legislação positiva.

Soccorreu-se Mello Freire da *boa razão*.

Passemos, pois, a examinar—quaes são os postulados do *jus constituendum*.

## V

«Em relação ás disposições de última vontade, diz Troplong, a palavra condição tem um sentido amplo; abrange as *condições* propriamente taes, os *encargos* ou *incumbencias*, e os *termos* que podem modificar as disposições gratuitas ou testamentarias».

Apezar de uma infinidade de nuanças apresentadas por escriptores casuistas, podem as clausulas que geralmente são impostas ás heranças ou legados reduzir-se a tres classes distinctas e agrupar-se sob tres respectivas denominações genericas—*modo* ou causa final, *termo* e *condição*

1.º «Deixo cem a Ticio para que elle mande levantar um monumento em minha memoria»,—eis ahi um legado *sub modo*.

2.º «Deixo cem a Ticio, para dez annos depois de minha morte», — eis um legado *a termo*, ou seja *ad diem*.

3.º «Deixo cem a Ticio, se Mucio fôr feito consul», — eis, emfim, um legado propriamente *condicional*.

No primeiro caso, a herança ou legado é em essência puro e simples, porque o *modo* não suspende nem torna incerto o legado, que é transferível antes e independentemente do preenchimento da clausula.

Se, porem, o legado é feito *a termo* com a clausula de ser deferido *indiem* ou *ex die certo*, então a doutrina é diversa: O direito é incontinenti adquirido, e somente o seu exercicio é suspenso pelo prazo directa ou indirectamente assignado pelo testador. Pouco importa que o legatario falleça antes de ter chegado o termo; desde que o direito existe, é transmissível por successão. E' que o legado *a termo* é tambem, em fundo, puro e simples; pois sempre contém duas disposições distinctas por natureza, distinctas ainda nos effeitos que produzem.

Assim, o exemplo que figuramos envolve duas declarações de vontade: 1.<sup>a</sup> «Deixo cem a Ticio. .» (o legado é puro); 2.<sup>a</sup> « .para o anno tal» (a entrega do legado é adiada, o *exercicio* de direito é suspenso).

Idéa, porem, muito diversa contem-se na clausula *condicional*. «Lego cem a Ticio, se Mucio fôr feito consul» — corresponde, invertendo-se logicamente a proposição, ao seguinte rigoroso corollario: «Não lego cem a Ticio, se Mucio não fôr feito consul»

Antes, por conseguinte, de preenchida a condição não ha legado: logo, tambem, não póde haver transmissão de legado.

Mas, argumenta Mello Freire, se nesta hypothese o legatario condicional ainda nenhum direito positivamente tem, assiste-lhe com tudo a *esperança* de um direito futuro, a *spes debitum-iri*, de Justiniano. E essa *esperança* é transmissivel aos herdeiros; de maneira que, se, depois da morte do legatario ou herdeiro instituido condicionalmente, se realisa a condição requerida, os successores de um ou de outro —têm o direito de reclamar a herança ou legado que ao mesmo seria devido, se elle estivesse vivo.

E' a consequencia da doutrina de Mello. Com ella, como se tem visto, não nos conformamos.

A nossa razão fundamental póde formular-se no seguinte dilemma :

Antes de preenchida a condição, não ha legado ou herança; depois da realisação della, (na hypothese figurada) não ha herdeiro nem legatario, e fica, portanto, caduca a disposição testamentaria. Logo, em ambos os casos, não se pode effectuar a transmissão da herança ou do legado.

O facto da instituição, mesmo *condicional* de um herdeiro ou legatario indica da parte do testador o desejo de beneficial-o; é portanto natural, principalmente n'um acto de character todo pessoal, que fique, por isso mesmo, invalidado com a eventualidade da morte da pessoa instituida.

Se o testador manifesta a vontade de favorecer a Ticio, no caso de realisar-se uma condição dada; vindo a fallecer Ticio antes de verificada a condição, deve por ventura persistir uma vontade cujo fundamento desapareceu? Pode-se coñceber uma vontade sem objecto? Com que titulo reclamarão os successores de Ticio um beneficio que não pôde transmitir-lhes o *de cujus*, e que pessoalmente não mereceram do instituidor?

Não ha legado ou herança sem vontade do testador, assim como tambem não se concebe legado ou herança sem legatario ou herdeiro.

Pois bem, no legado ou herança condicional, não ha vontade do testador (portanto, não ha titulo para aquisição e transferencia de direito) antes de realizar-se a condição. A vontade originadora de direito, somente data do preenchimento da condição; mas nessa epocha, justamente, já não existe o legatario ou herdeiro que o testador instituiu. Ha, então, uma vontade, mas vontade irrealisavel, sem objecto e sem effeito juridico, portanto: legado sem legatario, herança sem herdeiro.—Logo instituições caducas, nullas, inexistentes.

Mas, diz Mello Freire que ao successor do herdeiro ou legatario se transmite, não a herança ou legado que ainda não foi transferido, mas o direito hereditario «non hereditas ipsa, quia nondum delata est, sed jus hereditarium, seu—*spes debitum-iri*»

Ao herdeiro ou legatario instituido assistia realmente a expectativa de um lucro futuro, derivada da possibilidade de preencher-se a condição. Mas esta possibilidade extingue-se com a morte; porque seria irrisorio suppor-se que o testador teve em mente, cogitando dessa hypothese, beneficiar a uma pessoa que não mais estaria em circumstancias de utilizar-se dos seus beneficios, a um defuncto.

Isto se torna mais evidente pela seguinte consideração: Uma herança ou legado condicional é uma verdadeira instituição pura e simples desde o momento em que se realisa a condição. E' como se o testador fizesse naquella occasião a deixa ou legado, ou instituisse o herdeiro—sem termo e sem condição. De facto, é somente desde o preenchimento da con-

dição que existe effectivamente uma disposição positiva e real, que antes era hypothetica.

E' perfeita a paridade.

Perguntamos, pois : é licito instituir-se herdeiro ou legatario a um morto? E se tal instituição for feita : póde, porventura, produzir efeitos juridicos?

Podem os direitos do defunto (que pelo nosso systema caducam, por serem pessoas) transferir-se aos seus successores?

Ninguem o affirma.

Concordam, ao contrario, todos os jurisconsultos em considerar como insubsistente tal instituição e em attribuir aos herdeiros legitimos essa parte da herança.

Entretanto, a paridade é perfeita, e a hypothese de mui facil realisação ; pois que nada obsta a que a pessoa instituida morra antes do testador, antes da abertura do testamento. Assim, se Pedro inclúe em seu testamento uma disposição em beneficio de Paulo e este vem a morrer antes do seu bemfeitor : tem acaso os herdeiros de Paulo o direito de reclamar a herança de Pedro, quando fôr aberto o testamento? Não, evidentemente ; porque, antes da morte de Pedro não havia herança nem legado (não se herda de um vivo), e depois della não havia herdeiro nem legatario (pois que os mortos não herdam). Por conseguinte, o legado é caduco, pela força mesma das circumstancias.

Se bem que nos contractos ou, em termos mais geraes, nos actos *inter vivos*, seja transmissivel aos herdeiros das partes a esperança resultante da pendencia da condição (porque cada parte se obriga para com a outra e os herdeiros desta); não obstante, nas disposições de ultima vontade, acerca das quaes o testador se deixa levar por motivos de caracter pessoal, *respectu personæ*, é natural e consequente que

não prevaleça o mesmo preceito juridico, tanto é certo que o testador póde completamente desconhecer os successores do herdeiro ou legatario que elle mesmo instituiu.

Mourá e Yaraba, distincto civilista hespanhol, Mello Freire, Gouvêa Pinto e Coelho da Rocha reputam sem fundamento satisfactorio a differença que se nota no direito romano ; porque, argumentam elles, tendo á sua disposição a faculdade de eger um herdeiro ou legatario substituto, para a falta do primeiro instituido, o facto de não ter usado deste direito revela no testador a intenção de favorecer tambem aos successores do herdeiro ou legatario condicional. Demais, proseguem aquelles civilistas, se o testador quizesse que a herança ou legado fosse beneficio de character pessoal, apenas deixaria o uso ou usufructo de seus bens, não porem a propriedade que é de natureza perpetua e transmissivel por successão.

Quanto á primeira hypothese, uma distincção aventuraremos, algum tanto subtil, na apparencia, mas da maior importancia para a refutação destas razões e sustentação da nossa these :

Com a instituição de herdeiro ou legatario substituto, o testador — *revelaria não querer* beneficiar aos successores do primeiro legatario ou herdeiro, quando é sufficiente, para fundamentar a nossa doutrina, que elle — *não revele querer* tal beneficio.

De facto, para que não tenham titulos os herdeiros do herdeiro ou legatario condicional com que possam reclamar a entrega da herança, na hypothese figurada, não é necessaria a existencia de disposição que lhes seja adversa ; basta a inexistencia de disposição favoravel. O favor torna-se caduco pela ausencia de disposição ou intenção que o legitime, sem ser exigivel clausula positivamente adversa ou hostile.

O argumento, por conseguinte, prova demais, na primeira parte.

As mesmas razões são em certos limites, applicaveis ás conclusões deduzidas do usufructo e do uso, accrescendo que, nesta hypothese, menos favorecido ficaria o legatario, e o beneficio diminuiria em valor, em prestimo; dar-se-ia então o inconveniente de não corresponder o legado (pois que herança não poderia haver) ao *quantum* que o testador destinava, sempre em attenção á *pessoa* do legatario condicional.

Ainda um argumento deduzem os sectarios da doutrina de Mello do character especial das successões, que devem caber em sua integridade, morto o defuncto (deixem passar a phraseologia dos reinicolas) aos seus herdeiros necessarios ou voluntarios.

Sendo, na opinião desses civilistas, a esperança *debitum-iri* um direito eventual que augmenta o patrimonio, acontece que, com a morte do herdeiro ou legatario, achar-se-iam diminuidos os seus bens, e a herança deixaria de ser a universalidade dos onus e direitos do defuncto, se essa esperança não fosse transferivel por successão.

Em primeiro lugar, contestamos a natureza que attribuem á *spes debitum-iri*.

A' medida que no legado ou herança *sub modo* vemos um *verdadeiro direito*, não ha mais do que uma *simples expectativa* quando a instituição é feita *condicionalmente*.

Admittindo, porem, que, direito ou não, á *spes debitum-iri* vem augmentar a somma de bens do herdeiro ou legatario, nem assim concordamos ainda que seja transferivel por successão.

Fôra consagrar doutrina erronea admittir-se, sem restricção alguma, a transmissibilidade do patrimonio

do defuncto aos seus herdeiros. Chegar-se-ia necessariamente a consequencias falsissimas, a menos de abrir-se excepção a favor dos direitos personalissimos; do que muitos exemplos se encontram na legislação patria, corroborados pela jurisprudencia.

Pois bem, se os direitos personalissimos se extinguem com a pessoa, extingue-se tambem a esperanza *debitum-iri*, que inquestionavelmente pertence a esta classe; pois é certo, como temos visto, que o testador se deixa mover na outhorga do legado ou na instituição de herdeiro por motivos *respectu personæ*.

Assim, a theoria romana justifica-se, em toda a plenitude, á luz dos principios da philosophia do direito e da boa razão.

## VI

Tiremos a conclusão.

Pelo exame escrupuloso e detido da doutrina romana, e pela justa apreciação de diversos textos das Institutas, do Digesto e do Codice, facil é observar-se que os preceitos firmados nessa legislação, bem longe de decorrerem de fonte supersticiosa ou anomala, prendem-se estreitamente ao elemento systematico do direito e são a mais solemne e fiel consagração das prescripções scientificas :

O estudo, ainda que rapido, e a confrontação dos codigos modernos estrangeiros trazem ao espirito imparcial mais um elemento para a certeza, mais uma forte presumpção a favor da conveniencia e da verdade que fundamentam aquellas disposições, authenticamente sancionadas e proclamadas pela razão universal dos povos ;

Investigando a indole da jurisprudencia patria, encontramos um Aresto do Supremo Tribunal e um Assento da Casa de Supplicação, com autoridade legal <sup>(36)</sup> em apoio da distincção romana, que merece tambem os applausos unanimes dos jurisconsultos patrios ;

Accresce, demais, que essa doutrina se coaduna perfeitamente com o genio, o espirito e as tendencias do nosso direito que, no silencio da lei ou na duvida, prefere favorecer os herdeiros legitimos <sup>(37)</sup> ;

Debatida a questão em terreno do *jus constituendum*, ainda, finalmente, se patentêa toda a pureza e a boa razão que presidiram, na legislação romana, á instituição daquelle preceito juridico.

Regeitando, pois, a opinião singular de Mello Freire, concluímos que, em face do direito civil patrio :

Na herança ou legado condicional não se transmite a esperança *debitum-iri*.

ALMEIDA NOGUEIRA.

---

(36) Lei de 18 de Agosto de 1769 (denominada—da Boa Razão)  
§ 4.º fin.  
(37) Lei de 9 de Setembro de 1679, peamb.