



Universidades Lusíada

Justo, António dos Santos, 1945-

Iuris civilis principia (direito romano e português)

<http://hdl.handle.net/11067/6598>

<https://doi.org/10.34628/ydy1-fb29>

Metadados

Data de Publicação

2020

Resumo

Embora com raras exceções (v.g., no testamento militar), o princípio de que uma vez herdeiro, sempre herdeiro foi acolhido no direito romano. Segundo este princípio, a herança não podia ser simultaneamente testamentária e legal (legítima ou legitimária). O herdeiro recebia a totalidade dos bens e, uma vez aceita a herança, não podia renunciar. Este princípio foi plenamente consagrado no direito português, como se observa numa lei de D. João I posteriormente acolhida nas nossas sucessivas Ordenaç...

Albeit with rare exceptions (e.g., in military wills), the principle of ‘once an heir, always an heir’ was generally applied in Roman law. According to this principle, inheritance could not be both testamentary and legal (legitimate or legitimating). The heir received the property in full and, once the inheritance was accepted, he could no longer disclaim it. This principle was fully enshrined in Portuguese law, as can be seen in a law of Dom João I that was subsequently confirmed in successive ...

Palavras Chave

Direito das sucessões - Portugal - História

Tipo

article

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULL-FD] LD, s. 2, n. 23-24 (2020)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-14T20:16:15Z com informação proveniente do Repositório

IURIS CIVILIS PRINCIPIA (DIREITO ROMANO E PORTUGUÊS)

IURIS CIVILIS PRINCIPIA
(ROMAN AND PORTUGUESE LAW)

António dos Santos Justo ¹

Resumo: Embora com raras exceções (v.g., no testamento militar), o princípio de que uma vez herdeiro, sempre herdeiro foi acolhido no direito romano. Segundo este princípio, a herança não podia ser simultaneamente testamentária e legal (legítima ou legitimária). O herdeiro recebia a totalidade dos bens e, uma vez aceita a herança, não podia renunciar. Este princípio foi plenamente consagrado no direito português, como se observa numa lei de D. João I posteriormente acolhida nas nossas sucessivas Ordenações. Todavia, foi criticado no século XVIII e recusado no Código Civil de 1867 que admitiu a possibilidade de a herança ser sujeita a condição resolutiva; verificada a condição, teríamos dois herdeiros dos mesmos bens: o primeiro (antes de a condição se verificar) e o segundo. O Código Civil atual seguiu esta (nova) orientação, consagrando a possibilidade de haver dois herdeiros em relação aos mesmos bens e a coexistência das sucessões testamentária e legal.

Palavras-chave: Herança (testamentária, legítima, legitimária); Herdeiro; Condição resolutiva.

Abstract: Albeit with rare exceptions (e.g., in military wills), the principle of ‘once an heir, always an heir’ was generally applied in Roman law. According to this principle, inheritance could not be both testamentary and legal (legitimate or legitimating). The heir received the property in full and, once the inheritance was accepted, he could no longer disclaim it. This principle was fully enshrined in Portuguese law, as can be seen in a law of Dom João I that was subsequently confirmed in successive Ordinances. However, it was criticised in the 18th century and rejected in the Civil Code of 1867, which admitted the possibility that inheritance could be subject to a resolutive condition; Once that condition was met,

¹ Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e da Universidade Lusíada - Norte.

there would be two heirs to the same property: the first (before the condition is met) and the second. The current Civil Code followed this (new) scheme, establishing the possibility of having two heirs in relation to the same property and the coexistence of testamentary and legal succession.

Keywords: Inheritance (testamentary, legitimate, legitimating); Heir; resolutive condition.

Sumário: I - “*NEMO PRO PARTE TESTATUS PRO PARTE INTESTATUS DECEDERE POTEST*”, 1. Direito romano. 2. Direito português. II - “*SEMEL HERES, SEMPER HERES*”, 1. Direito romano. 2. Direito português. III - CONCLUSÕES.

ANTELÓQUIO

Subjacente às normas jurídicas encontram-se princípios que lhes conferem a unidade necessária na criação de institutos, de instituições e de sistemas jurídicos. Por isso, não podem ser dispensados na interpretação das fontes do direito e na integração de lacunas. Embora não sejam princípios fundamentais, são instrumentos de coerência, verdadeiras regras que a ciência jurídica descobre e por elas se orienta no desenvolvimento harmónico do direito.

Os sábios juristas romanos oferecem-nos vários *iuris principia* com que justificavam e fortaleciam a coerência das suas opiniões através das quais construíam a *iurisprudencia* com ciência e arte.

Os direitos contemporâneos e a ciência que os estuda não os ignoram, mesmo quando os substituem por outros que suportam novas soluções determinadas por diferentes exigências da vida.

Há princípios que vigoraram no direito romano e se mantêm nos nossos tempos; e há os que foram substituídos por novas regras. A historicidade do direito passa também por eles.

Daí, julgamos, a pertinência do presente estudo.

I - “*NEMO PRO PARTE TESTATUS PRO PARTE INTESTATUS DECEDERE POTEST*”

1. Direito romano

Segundo este princípio, “*ninguém pode falecer em parte com testamento e em parte sem testamento*”. Ou seja, visto na perspectiva do herdeiro (ou herdeiros) não pode haver, na mesma herança, herdeiros instituídos em testamento e determinados

por lei. Ou ainda, na consideração da sucessão, não podem coexistir a sucessão testamentária e a sucessão legítima (e, se for o caso, legitimária).

Importa, no entanto, percorrer um caminho nem sempre fácil, para compreendermos este princípio que, como regra, se impôs no direito romano e, durante vários séculos, no direito português.

No mundo romano, a morte do *de cuius* determinava a sua sucessão por um ou vários herdeiros que, referem as fontes, sucediam *in universonum ius*² ou *in locum et ius defuncti*³. Ou seja, o herdeiro ou herdeiros recebiam a totalidade dos bens (ativos e passivos) que constituíam a herança, excetuando os direitos considerados intransmissíveis⁴. A definição que JULIANO nos dá de herança é elucidativa: “A herança não é outra coisa do que a sucessão em todo o direito que o defunto tivera”⁵.

A sucessão começava com a oferta ou chamamento do herdeiro (ou herdeiros) no momento da morte do *de cuius*⁶, a que as fontes chamam *delatio*⁷. Segundo ULPIANO, “*entende-se delata a herança que alguém pode obter, aceitando-a*”⁸ e o seu efeito jurídico consiste na sucessão na herança do falecido⁹.

No entanto, a delação pode ter uma de duas causas que constituem as suas modalidades ou espécies: o testamento e a lei. Na primeira hipótese, a delação apoia-se na vontade do testador; na segunda, baseia-se na lei, sendo chamadas

² Cf. D. 8,4,13pr.; -50,16,24. Vide Alvaro D’ORS, *Derecho privado romano*, 9ª. ed., Eunsa, Pamplona, 1997, § 239, para quem, no entanto, o caráter universal da sucessão não exclui a possibilidade de haver vários herdeiros, porque as suas quotas versam sobre toda a herança; e JUAN IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e instituciones*, 11ª. ed., Ariel Derecho, Barcelona, 1993, p. 19, para quem todos são chamados como se fossem uma só pessoa, pois o chamamento visa virtualmente o todo.

³ Cf. D. 2,13,9,1; C. 3,33,14; N. 48pr. Fala-se, a propósito, da sub-rogação do herdeiro na posição do *de cuius*. Vide ALVARO D’ORS, *ibidem*, § 240.

⁴ Eram intransmissíveis a *patria potestas*, a *manus*, a tutela, o usufruto, o uso e habitação, a posse, algumas obrigações de *facere* se a transmissibilidade não fosse prevista, a locação de coisa em relação ao herdeiro do locatário, o mandato, as obrigações *ex delicto* tuteladas por ações penais denominadas *vindictam aspirantes* (ação de injúrias, ação de calúnia) etc. Vide SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)* em *Studia Iuridica*, 97, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 11-12; e ALVARO D’ORS, *ibidem*, § 240.

⁵ D. 50,17,62: “*Hereditas nihil aliud est, quam successio in iniversonum ius, quod defunctus habuerit*”. Vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano (ius romanum)*, I. *Introdução. Fontes*, 4ª. ed., Coimbra, 1984, p. 228.

⁶ Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 49-50, que refere algumas exceções.

⁷ Vide ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, Mira Editores, S.A., Zaragoza, 1991, p. 585; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 3ª. ed., UTET, Turim, 1982, p. 634, para quem, em sentido estrito, é a chamada dos herdeiros voluntários e não dos herdeiros necessários, visto que só aqueles podem aceitar e recusar a herança; RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, 3ª. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 702, para quem o termo *delatio* procede de *deferre* (= oferecer); e EDUARDO VOLTERRA, *Instituciones de derecho privado romano*, trad. espanhola de Jesús Daza Martínez, Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1988, p. 704.

⁸ D. 50,16,151: “*Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi*”. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 49; e EDUARDO VOLTERRA, *ibidem*, p. 704.

⁹ Vide ARMANDO TORRENT, *ibidem*, p. 585.

as pessoas aí determinadas¹⁰. Relativamente à vontade do *de cuius*, manifesta-se em testamento, considerado “*um ato de última vontade através do qual se nomeia herdeiro e se podem fazer outras disposições de caráter patrimonial ou pessoal*”: v.g., legados, nomeação de tutor, manumissão de escravos, etc¹¹. Afastados estão os pactos sucessórios em que BONFANTE observa uma figura dupla: a aquisição (pacto aquisitivo) e a renúncia (pacto renunciativo) do adquirente a favor de outra pessoa¹². Nas palavras deste romanista, “*nessuno potrebbe presentarsi dopo la morte dell’ereditando a reclamarle in base ad un contrato con lui*”¹³. E quanto à lei, fala-se de delação legítima ou *ab intestato*¹⁴ e, mais tarde, também de delação contra o testamento, modernamente chamada legitimária¹⁵.

Ora, segundo o princípio “*ninguém pode falecer em parte com testamento e em parte sem testamento*”, não podem coexistir as delações testamentária e legítima: ou se morre com testamento e haverá lugar à delação e à sucessão testamentária; ou sem testamento e, nesta hipótese, a delação e a correspondente sucessão operam a favor de quem a lei determinar¹⁶. As fontes não suscitam dúvidas, como observamos em:

POMPÓNIO (D. 50,17,7): “*o nosso direito não permite que quem não é militar tenha morrido com testamento e sem ele, pois “testado” e “intestado” são termos incompatíveis por natureza*”¹⁷.

I. 2,14,5: “*... pois a mesma pessoa não pode morrer em parte testada e em parte*

¹⁰ Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 50.

¹¹ Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 163, onde se leem também as definições de ULPIANO e de MODESTINO.

¹² Vide PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano, VI. Le successioni. Parte generale*, Società An. Tipografica “Leonardo da Vinci”, Roma, 1930, p. 169-172.

¹³ Vide PIETRO BONFANTE, *ibidem*, pp. 169-172; e A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 634, para quem o direito romano não conhece o pacto sucessório que considera *contra bonos mores*, enquanto lesivo da liberdade testamentária.

¹⁴ Há quem veja na sucessão *ab intestato* a vontade presumida do causante: se o fundamento da sucessão testamentária está na vontade do testador, parece lógico concluir que a sucessão *ab intestato* assenta na sua vontade presumida: a lei entende que, na falta de testamento, devem ser chamadas as pessoas que presumivelmente o causante teria chamado se tivesse feito testamento. Vide ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, cit., p. 586.

¹⁵ Vide ALVARO D’ORS, *Derecho privado romano*, cit., § 243; ARMANDO TORRENT, *ibidem*, pp. 586 e 589, para quem em época tardia a determinados parentes foi reconhecido o direito de participarem numa quota da herança (*portio legitima*), hoje denominada legítima, no caso de não serem instituídos herdeiros (testamentários) nem deserdados. Surgiu assim, a delação contra o testamento. Vide também JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *Direito romano*, 14^a. ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2008, p. 708; e A. BURDESE, *ibidem*, cit., p. 634.

¹⁶ Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)*, cit., p. 51; ALVARO D’ORS, *ibidem*, § 243; ARMANDO TORRENT, *ibidem*, p. 588; JUAN IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e instituciones*, cit., p. 536; A. BURDESE, *ibidem*, p. 634; e RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 703.

¹⁷ D. 50,17,7: “*Ius nostrum non patitur eundem in paganis et testato, et intestato decessisse; earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus*”.

*intestada, não sendo militar...*¹⁸.

Sendo incompatíveis, a prevalência terá sido dada à delação testamentária que, portanto, afastava a sucessão legal. Deste modo, só haveria lugar para a delação legítima se o causante tivesse morrido sem testamento, se este fosse inválido ou se o herdeiro testamentário renunciasse à herança¹⁹. Neste sentido, ULPIANO refere que “*enquanto se puder aceitar a herança por virtude de testamento, não se defere a herança não testamentária*”²⁰. Recusando a opinião minoritária de quem entende que a prevalência foi atribuída à sucessão *ab intestato* nos tempos mais antigos da Lei das XII Tábuas²¹ que data de meados do século V a. C.²², nada afasta a prioridade da delação testamentária, como entende a doutrina maioritária reforçada com a opinião de PIETRO BONFANTE sobre a natureza originária da família romana.

Efetivamente, na opinião deste romanista, a família romana começou por ser, nos primeiros tempos, um organismo de caráter político destinado a assegurar a ordem interna e a defender os seus membros exteriormente. Por isso, tinha caráter exclusivo – não era possível pertencer a duas famílias (à paterna e à materna), mas somente à paterna; e tinha um chefe (o *paterfamilias*) a que todos os seus membros obedeciam, uma religião própria cujo sacerdote era o *paterfamilias*, um conjunto de bens que constituíam um património independente, um tribunal doméstico e o herdeiro não sucedia no património, mas na soberania do grupo familiar²³. O herdeiro sucedia na soberania e, só em consequência, no património familiar de que era comproprietário com os *heredes sui*, embora só o *paterfamilias* pudesse dispor por atos *inter vivos* e *mortis causa*²⁴. É certo que não faltam

¹⁸ I. 2,14,5: “...neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles...”.

¹⁹ Vide ALVARO D’ORS, *ibidem*, § 243; A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)*, cit., p. 51.

²⁰ D. 29,2,29: “*Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur*”.

²¹ Assim pensa ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, cit., pp. 587-588, para quem a frase “*si intestato moritus suus heres*” consagrada na Lei das XII Tábuas (V,4), tem o sentido de “não tendo o *pater suus heres*”. Em abono desta posição, o sábio romanista espanhol considera que na época das XII Tábuas ainda não existe o conceito de *hereditas* e, se o *pater* tivesse um (ou mais) *suus* (pessoa livre que se encontrasse sob a *patria potestas* ou *manus* do *de cuius* no momento da sua morte: *v.g.*, filho, filha, adotado e a esposa sujeita à *manus* do defunto), este não era considerado herdeiro, mas um continuador: não havia sucessão, mas consolidação ou *continuatio dominii*. É certo que os *heredes sui* não recebiam o património hereditário *ex novo*, parecendo feliz a ideia de consolidação. Não ignoramos que o *suus* era também *dominus* do património familiar ainda em vida do *pater* e que a sua posição se consolidava com a morte deste. Mas ULPIANO (XXVI,1) é claro: “*Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto*”. Portanto, era necessário que o *pater morresse ab intestato*; de contrário, seria herdeiro o instituído em testamento. Regressando à expressão “*si intestato moritur suus heres...*”, vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)*, cit., pp. 290-291.

²² Vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano (“ius romanum”)*, 4ª. ed., Coimbra, 1984, pp. 175-198.

²³ Vide PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano, I. Diritto de famiglia*, Attilio Sampaolesi, Editora, Roma, 1925, pp. 5-7; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – IV (direito da família)*, em *Studia Iuridica*, 93, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 13-14.

²⁴ Vide também EDUARDO VOLTERRA, *Institutiones de derecho privado romano*, cit., p. 21.

críticas a esta doutrina, de que destacamos: a) à morte do *paterfamilias*, os seus *fili* tornavam-se independentes (*sui iuris*) e não permaneciam na dependência (como *alieni iuris*) do novo *paterfamilias*, ou seja, formavam novas famílias; b) era possível a instituição de vários herdeiros e não apenas de um; c) a mulher *sui iuris* tinha capacidade de testar desde os tempos mais remotos; d) a inexistência da primogenitura no direito romano; etc.²⁵.

No entanto, não deixa de ser uma doutrina atraente que teve grande acolhimento em Itália²⁶ e parece justificar: a) a prevalência da sucessão testamentária sobre a sucessão *ab intestato*; b) a necessidade da instituição solene de herdeiro para a validade do testamento; c) a ineficácia da instituição de herdeiro em certa coisa (*ex re certa*) ou excetuando coisa determinada; d) a impossibilidade de o herdeiro aceitar apenas uma parte da herança; e) a regra *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*; f) a incapacidade de um *filiusfamilias* fazer testamento; etc²⁷.

Por isso, não têm faltado outras teorias às quais continua a faltar o apoio nas fontes, persistindo dúvidas sobre a origem da família e a necessidade do testamento e consequente preferência da *delatio* testamentária sobre a não testamentária²⁸.

Afastado o problema da origem da superioridade de uma das *delationes* (testamentária ou legal) sobre a outra e acolhendo a lição de ALVARO D'ORS segundo a qual "*en cuestiones de orígenes debemos practicar la ars ignorandi*"²⁹, a prevalência da sucessão testamentária sobre a legal não suscita, nos tempos posteriores, qualquer dúvida³⁰. Reforça este entendimento o texto de ULPIANO que refere: "*Enquanto se puder aceitar a herança em virtude de testamento, não se defere a herança ab intestato*"³¹.

Do princípio de que "*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*" derivam algumas consequências. Assim, chamado a herdar por testamento, o herdeiro testamentário recebe toda a herança e, mesmo que o testador tenha afastado determinada coisa (*detracta re*), aquele herda a totalidade dos bens da herança, graças, segundo parece, à opinião e à *auctoritas* do jurisconsulto AQUÍLIO GALO, como observamos no seguinte fragmento de LICÍNIO RUFINO:

²⁵ Vide EDUARDO VOLTERRA, *ibidem*, p. 692; e JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *Direito romano*, cit., pp. 709-710.

²⁶ Vide JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *ibidem*, p. 709.

²⁷ Vide JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *Direito romano*, cit., p. 709.

²⁸ Vide, neste sentido, JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *ibidem*, 711, para quem "*todas as teorias são conjeturais*".

²⁹ Vide ALVARO D'ORS, no Anuario de Historia del Derecho Español, 20, 1956, p. 901; e SEBASTIÃO CRUZ, *Da "Solutio"*, I, Coimbra, 1962, p. 17³.

³⁰ Vide também MARIO TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè Editore, Milão, 1990, p. 678; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano - V (direito das sucessões e doações)*, cit., pp. 51-52.

³¹ D. 29,2,39: "*Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur*".

D. 28,5,75(74): “*Se alguém tivesse sido instituído herdeiro deste modo: “seja herdeiro, excetuando o fundo e excetuando o usufruto” será, por direito civil, como se tivesse sido instituído herdeiro sem esta exceção; e isto se determinou com a autoridade de Aquílio Galo*”³².

Estamos perante uma *fictio* determinada pelo *favor testamenti* que, eliminando a referência *detracta re* , salvou a validade do testamento³³. Do mesmo modo, se o testador instituiu herdeiro em coisa determinada (*institutio ex re certa*), finge-se que esta limitação não foi posta e, em consequência, o herdeiro recebe a totalidade dos bens da herança³⁴.

Segundo parece, esta solução, igualmente justificada pelo *favor testamenti* , terá sido criada pelo jurisconsulto SABINO. As fontes são claras, como observamos em:

ULPIANO (D. 28,5,1,4): “*Se alguém tivesse sido instituído herdeiro só de um fundus, a instituição é válida, eliminando a referência ao fundus*”³⁵.

ULPIANO (D. 28,5,9,13): “*Se tiverem sido instituídos dois herdeiros, um na terça parte do fundo Cornelianiano e outro, na terça parte do mesmo fundo, Celso segue a mui clara opinião de Sabino de que os herdeiros são donos da herança como se tivessem sido instituídos sem a designação da parte...*”³⁶.

PAULO (D. 28,5,10): “*Se alguém tivesse instituído herdeiros de partes dos fundos, considerar-se-á como se tivessem sido instituídos sem terem sido referidas as partes (...); logo, é mais expedito o que escreve Sabino de que, neste caso, deve ser considerado como se não tivesse sido nomeado nem o fundo nem as partes*”³⁷.

³² D. 28,5,75(74): “*Si ita quis heres institutos fuerit: “excepto fundo, excepto usufructu heres esto”, perinde erit iure civili, atque si sine ea re heres institutus esset, idque auctoritate Galli Aquilii factum est*”.

³³ Vide A. SANTOS JUSTO, *A “fictio iuris” no direito romano (“actio ficticia”)*. Época clássica I, no suplemento do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, XXXII, Coimbra, 1988, pp. 186-195, máxime, pp. 193-195.

³⁴ Vide ALVARO D’ORS, *Derecho privado romano*, cit., § 282; ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, cit., p. 587; JUAN IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e instituciones*, cit., p. 536; JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *Derecho romano*, cit., p. 708; RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 704¹³; e A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., pp. 652-653, para quem, na hipótese de instituição de vários herdeiros *ex certa re* , a jurisprudência clássica tardia chegou a admitir que o *arbiter do iudicium familiae eriscundae* devia atribuir a cada co-herdeiro a coisa em que fora instituído

³⁵ D. 28,5,1,4: “*Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet instituto detracta fundi mentione*”.

³⁶ D. 28,5,9,13: “*Si duo sint heredes instituti, unus ex parte tertia fundi Cornelianiani, alter ex besse eiusdem fundi, Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, ut detracta fundi mentione quasi sine partibus heredes scriptu hereditate potirentur...*”.

³⁷ D. 28,5,10: “*Si alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes instituerit, perinde habebitur, quasi non adiectis partibus heredes scripti essent (...)* ergo expeditius est, quod Sabinus scribit, perinde haben-

Estes fragmentos consagram uma ficção que elimina a referencia do testador a uma parte, para que a herança seja constituída por todos os bens e, assim, salvo o testamento³⁸. No mesmo sentido, se o testador só tivesse disposto de uma parte, também pertenceria a outra ao herdeiro testamentário, como observamos em ULPIANO:

D. 28,5,13,2: “... se dois tivessem sido instituídos herdeiros na quarta parte, porque lhes pertence por acessão a herança restante, consideram-se instituídos cada um em metade”³⁹.

Em consequência, os herdeiros legítimos não eram chamados porque a sucessão testamentária afastava a legal: não coexistiam⁴⁰.

Os efeitos do princípio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* não acabam aqui. Importa considerar ainda que⁴¹: a) havendo co-herdeiros, se um ou alguns renunciam à sua quota hereditária, esta acresce às quotas dos demais co-herdeiros e não serão chamados os herdeiros legítimos do testador; b) se alguém é instituído herdeiro sob condição resolutiva ou a termo resolutivo, considera-se que esta condição ou termo não foram escritos (*non scripta*) e, portanto, afasta-se a sucessão *ab intestato* na hipótese de tal condição ou termo se verificarem.

Há, no entanto, algumas exceções, a mais significativa das quais é dada pelo testamento militar, cuja sucessão (testamentária) pode coexistir com a sucessão legítima, como as fontes referem:

D. 29,1,6 (ULPIANO): “Se um militar tiver instituído um herdeiro só de um fundo, crê-se que, quanto ao restante património, faleceu intestado; porque o militar pode falecer em parte testado e em parte intestado”⁴².

I. 2,14,5: “... porque ninguém pode morrer em parte testado e em parte intestato, a não ser o militar, em cuja última disposição só se atende à sua vontade...”⁴³.

dum, ac si nec fundum, nec partem nominasset”.

³⁸ Vide A. SANTOS JUSTO, A “*fictio iuris*” no direito romano (“*actio fictícia*”). Época clássica I, cit., pp. 186-195.

³⁹ D. 28,5,13,2: “... *si duos heredes ex quadrante scripserit, nam hereditas eius residua accedit, ut ex semmissibus videantur scripti*”.

⁴⁰ Vide ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, cit., p. 588; e MARIO TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 678.

⁴¹ Vide JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *Direito romano*, cit., p. 708-709.

⁴² D. 29,1,6: “*Si miles unum ex fundo heredem scripserit, creditur quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisse; miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus*”.

⁴³ I. 2,14,5: “... *neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cuius sola voluntas in testando spectatur*...”.

Estamos perante um testamento especial que não exige requisitos de forma nem de conteúdo; derroga os princípios do direito hereditário romano e tem por fundamento a *nuda voluntas* do testador. Com efeito, a *simplicitas*, a *imperitia* e a impossibilidade de os soldados se dirigirem a pessoas entendidas levaram vários Imperadores a dispensar o cumprimento de normas relativas à confeção dos seus testamentos. Trata-se dum privilégio concedido, primeiro temporariamente, depois – a partir de Nerva e Trajano -- definitivamente⁴⁴: e era válido desde o alistamento até um ano após o licenciamento⁴⁵. De entre os privilégios concedidos aos militares, destacamos: a) a capacidade de um *filiusfamilias* fazer testamento na forma que quiser, em relação ao seu *peculium castrense*⁴⁶; b) a possibilidade de o militar fazer testamento a pessoas que não gozam de capacidade testamentária passiva, como, *v.g.*, peregrinos, latinos e deportados⁴⁷; c) a faculdade de o militar instituir herdeiro sob condição resolutiva e de nomear outros herdeiros sem que se aplique o princípio *semel heres, sempre heres*⁴⁸; d) não vigoram as incapacidades previstas na *lex Iulia et Papia Poppaea*⁴⁹; e) é inaplicável a *querela inofficiosi testamenti*⁵⁰; f) não se exige a deserdação expressa dos *sui heredes*⁵¹; etc.

Além do testamento militar, o direito romano previa outras exceções ao princípio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Assim, PAPINIANO refere que:

D. 5,2,15,2: “O *filiusfamilias* que, tendo intentado a ação por inoficiosidade do testamento contra dois herdeiros, obteve dos juízes sentenças distintas, vencendo um e tendo sido vencido por outro, pode demandar os devedores e ser demandado pelos credores na porção correspondente e reivindicar as coisas e dividir a herança, porque é certo que a ação de partilha da herança lhe pertence, já que, cremos, foi declarado herdeiro legítimo em relação a uma parte; em relação à outra parte, a herança continua testamentária e não parece absurdo que se estime que em parte há um herdeiro abintestato”⁵².

⁴⁴ Cf. D. 29,1,1pr.

⁴⁵ Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)*, cit., pp. 172-175.

⁴⁶ Cf. D. 10,2,2,2; -49,17,2.

⁴⁷ Segundo parece, apenas se excluíam os condenados na pena de escravidão (*servi poena*), as prostitutas e comediantes (*feminae probrosae*) e, no direito justiniano, os hereges. Cf. D. 29,1,13,2; C. 6,21,5.

⁴⁸ Cf. D. 29,1,15,4; -29,1,19,2; -29,1,41pr.

⁴⁹ Cf. GAIO 2,111.

⁵⁰ Cf. D. 5,2,27,2; C. 3,28,9.

⁵¹ Cf. D. 38,2,12pr.

⁵² D. 5,2,15,2: “*Filius, qui inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias iudicum tulit, et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire. Et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest, et corpora vindicare, et hereditatem dividere, verum enim est, familiae erciscundae iudicium competere, quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum; et ideo pars hereditatis in testamento remansit.*”

É claro que o filho vencido concorre, como herdeiro legítimo, com o herdeiro testamentário vencedor; portanto, as duas sucessões (testamentária e legítima) coexistem⁵³

Tratando-se de sucessão legítima contra o testamento que ocorria no âmbito do *ius praetorium* quando, ao arrepio do *ius civile*, determinados herdeiros (os *liberi*) não fossem instituídos herdeiros nem deserdados⁵⁴, estes podiam pedir a *bonorum possessio contra tabulas* e, em consequência, o testamento era rescindido. Todavia, a rescisão não era total: *v.g.*, os legados a determinada categoria de pessoas conservavam a sua eficácia⁵⁵. Isto significa a coexistência da sucessão *ab intestato* e da sucessão testamentária relativamente a esses legados⁵⁶.

Outra exceção ocorreu quando Augusto⁵⁷ reconheceu os codicilos que, embora formalmente não fossem testamentos⁵⁸, eram válidos em relação à parte do património de que dispunham, abrindo-se a sucessão legítima nos restantes bens⁵⁹.

Todavia, sobre estas exceções paira a regra da incompatibilidade entre as sucessões testamentária e legítima expressa no princípio “*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decesse potest*”.

2. Direito português

Sensível à tradição jurídica romanística, desde cedo o legislador português consagrou aquele princípio: ninguém pode falecer em parte com testamento e em parte sem testamento.

Por isso, se alguém deixasse, no seu testamento, apenas uma parte da herança ao seu herdeiro (*v.g.*, a quota disponível) ignorando a outra parte, o testamento seria inválido e, em consequência, abrir-se-ia a sucessão legítima. Portanto, os herdeiros legítimos acabavam por herdar tudo contra a vontade do

Nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri”.

⁵³ Vide EDUARDO VOLTERRA, *Instituciones de derecho privado romano*, cit., p. 704.

⁵⁴ Cf. GAIO 2,135; ULPIANO, XXII,23; -XXVIII,2-3; I. 2,13,3; D. 37,4,1pr. Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)*, cit., 306-314, máxime, pp. 311-314.

⁵⁵ Cf. D. 37,5. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 313.

⁵⁶ Vide ALVARO D’ORS, *Derecho privado romano*, cit., § 316; EDUARDO VOLTERRA, *ibidem*, p. 704; e A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 52.

⁵⁷ Cf. I. 2,25pr.

⁵⁸ Na época clássica, o codicilo distinguia-se do testamento: não tinha forma solene; e não podia conter a instituição de herdeiro nem a deserdação dos *heredes sui*. No entanto, na época pós-clássica exigiu-se um formalismo semelhante, acabando, no direito justiniano, por ser equiparado ao testamento sob o aspeto formal. O codicilo pode ser testamentário ou *ab intestato*, consoante produza efeitos no âmbito da sucessão testamentária ou na sucessão *ab intestato*. Neste caso, abre-se a sucessão legítima, mas os herdeiros devem respeitar as disposições contidas no codicilo. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 222-223.

⁵⁹ Vide ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, cit., p. 589.

testador.

Para evitar esta injustiça, uma lei de D. João I determinou que os herdeiros silenciados no testamento deviam considerar-se tacitamente instituídos. Ou seja, a herança seria distribuída: 1/3 (quota disponível) para o herdeiro expressamente instituído; e 2/3 para os herdeiros tacitamente instituídos. Com este artifício legal, toda a herança era considerada testamentária e, assim, aquele princípio romano era salvo⁶⁰.

Vale a pena transcrever aquela lei:

“E porque acontece, por vezes, que eles (pai ou mãe) fazem testamentos da terça de seus bens e deixam-na a pessoas estranhas não fazendo menção em seus testamentos dos filhos, os quais por direito comum devem ser instituídos ou deserdados, e não o sendo, fica o testamento por direito nenhum e, sendo nenhum, ficariam os bens todos aos filhos”.

E, para afastar esta consequência, ordenou que o testamento é válido com o seguinte fundamento:

“Pois o pai tomou a terça de seus bens em seu testamento e sabia que tinha filhos, parece que as duas partes as deixa a eles, posto que não faça deles menção expressa; e, assim, devem ser tidos por herdeiros em favor do testamento, como se fossem nomeados e instituídos”⁶¹.

Esta lei foi, depois, inserida nas Ordenações Afonsinas, que determinam:

“Acordamos, e mandamos, que quando o Pai ou a Mãe fizerem testamento e tomarem a terça de seus bens e os mandarem distribuir depois de suas mortes, segundo forem suas vontades que assim valha o testamento, posto que os filhos non sejam expressamente instituídos ou deserdados; se, pois o Pai tomou a terça de seus bens em seu testamento e sabia que tinha filhos, parece que as duas partes as deixa a eles, posto que não faça deles expressa menção; e, assim devem ser tidos por herdeiros em favor do testamento, como se fossem nomeados e instituídos”⁶².

As Ordenações Manuelinas consagram a mesma disposição:

“Se o pai ou mãe fizerem testamento, e sabendo que tem filho ou filhos tomarem a terça de seus bens e a deixarem a quem lhes aprouver, ou a mandar distribuir

⁶⁰ Vide INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das sucessões. Noções fundamentais*, 3ª. ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1978, p. 131.

⁶¹ Vide INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das sucessões. Noções fundamentais*, cit., p. 132.

⁶² Cf. O. Afonsinas, IV,LXXXVII,2.

depois de suas mortes como for suas vontades, posto que no dito testamento não sejam expressamente os filhos instituídos ou deserdados, mandamos que tal testamento valha e tenha efeito; por quanto, pois o pai tomou a terça de seus bens em seu testamento e sabia que tinha filhos, parece que as duas partes quis deixar aos filhos e os instituiu nelas, posto que delas não faça expressa menção, e assim devem ser tidos por instituídos herdeiros em favor do testamento, como se expressamente instituídos fossem”⁶³.

E, finalmente, as Ordenações Filipinas repetem este preceito, no título “Quando no testamento o pai não faz menção do filho, ou o filho do pai, e dispõem somente da terça”⁶⁴.

Como assinala INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, esta regra perdeu a sua razão de ser numa sociedade caracterizada por novos ambientes sociais e políticos e, embora “subsistisse como resíduo anacrónico por força da inércia ou rotina”, manteve-se, entre nós, até ao século XVIII⁶⁵.

Efetivamente, foi a legislação pombalina que aboliu alguns princípios romanistas – entre os quais o de que “ninguém pode falecer em parte com testamento e em parte sem testamento –, abrindo a porta à coexistência das sucessões testamentária e legal. Papel importante foi desempenhado pela Lei de 18 de agosto de 1769, a que JOSÉ HOMEM CORRÊA TELLES chamou “Lei da Boa Razão por ter refugado as leis romanas que em boa razão são foram fundadas”⁶⁶.

Na verdade, determinando que, na integração das lacunas, devemos recorrer ao direito romano se corresponder à boa razão, ou seja, à *recta ratio* jusracionalista⁶⁷ que os Estatutos Pombalinos da Universidade (de 1772) identificaram com o direito do *usus modernus pandectarum*⁶⁸, a Lei da Boa Razão abriu um espaço em que se iriam mover os nossos juristas e a jurisprudência na modernização do direito português.

Segundo LUÍS CABRAL DE MONCADA, no século XVIII -- que considera “um século de racionalismo”⁶⁹ --, o direito romano perdia o estatuto medieval de *ratio scripta*, para passar a ser visto como manifestação ou encarnação histórica incompleta do novo *verbo* jurídico. Por isso, era necessário separar, com todo o cuidado, no velho edifício histórico desse direito, a parte cujo valor será eterno da parte transitória imposta por particulares condições históricas da vida política e civil dos romanos. Que não podia continuar a aplicar-se na vida dos povos

⁶³ Cf. Ord. Manuelinas, IV, LXX,1.

⁶⁴ Cf. Ord. Filipinas, IV, LXXXII.

⁶⁵ Vide INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das sucessões. Noções fundamentais*, cit., pp. 129-130.

⁶⁶ Vide NUNO J. ESPIONOSA GOMES DA SILVA, *História do direito português. Fontes de direito*, 5ª. ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011, p. 467¹; e MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do direito português*, cit., p. 403.

⁶⁷ Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ibidem*, p. 407.

⁶⁸ Vide MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *ibidem*, pp. 408 e 452.

⁶⁹ Vide LUIS CABRAL DE MONCADA, O “século XVIII” na legislação de Pombal, separata do *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, ano IX, Coimbra, 1926, p. 8.

modernos⁷⁰.

LUIS CABRAL DE MONCADA observa igualmente que as leis de Pombal sobre o direito sucessório representam uma profunda alteração do direito das nossas Ordenações. Não se trata de fantasia ou capricho sem qualquer base científica, mas de leis que “*vinham no seu lugar e na sua altura e eram uma lógica consequência dos novos princípios da segunda metade do século XVIII em Portugal*”⁷¹.

Neste ambiente de racionalismo e de laicismo⁷², em que se entendia que a sucessão dos parentes era mais conforme à razão e à natureza e se tratava com desfavor a faculdade de testar por ser frequentemente aproveitada para beneficiar instituições eclesiásticas⁷³, o princípio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* não podia sobreviver por muito tempo. E, de facto, pouco depois da Lei da Boa Razão, no prefácio da Lei de 9 de setembro de 1769 condena-se e proscribe-se este princípio. É certo que vários preceitos desta Lei foram suspensos pelo Decreto de 17 de julho de 1778, por virtude do exagero e da rotura abrupta com o passado, mas entendiam os Autores, como MELO FREIRE, GOUVEIA PINTO e COELHO DA ROCHA, que “*os princípios expressos no preâmbulo daquela lei eram suficientes para banir aquela máxima romana, não voltando a ser aplicada*”⁷⁴.

Doravante, nada impede que uma pessoa distribua os seus bens por múltiplos legados nem tem sentido chamar ignominioso a quem morreu sem herdeiro, observa PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE⁷⁵, para quem “*o direito romano andava na boca de todos tão honrado e, digamos, tão supersticiosamente venerado, como se tivesse caído do Céu*”, sendo necessário “*acomodá-lo a este nosso século*” e terminando por considerar “*absolutamente indigna*” a regra *nemo pro parte testatus pro parte intestatus*⁷⁶.

Afastado este princípio pela nossa doutrina, os tribunais portugueses deram-lhe o golpe decisivo, utilizando a via da interpretação: “*passou a entender-se que o legislador, considerando válido, num caso concreto, um testamento sem efetiva instituição de herdeiro, quis, afinal, abolir a velha regra que a exigia*”⁷⁷.

⁷⁰ Vide LUIS CABRAL DE MONCADA, *ibidem*, pp. 10-12.

⁷¹ Transcrevemos LUIS CABRAL DE MONCADA, *ibidem*, p. 26.

⁷² Vide A. SANTOS JUSTO, *Nótulas de história do pensamento jurídico (história do direito)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 47-48.

⁷³ Vide INOCÊNCIO FALVÃO TELLES, *ibidem*, p. 132.

⁷⁴ Transcrevemos INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das sucessões. Noções fundamentais*, cit., p. 133. Vide também M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil português*, I, 8ª. ed., Livraria Clássica Editora A. M. Teixeira, Lisboa, 1917, p. 478, para quem a suspensão feita pelo Decreto de 17 de julho de 1778 não compreendeu o preâmbulo.

⁷⁵ Vide PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *Instituições de direito civil português*, III, no Boletim do Ministério da Justiça, 165/166, Lisboa, 1967, §§ XXIX e XXXII.

⁷⁶ Transcrevemos PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRA, *Instituições de direito civil português*, cit., § XXXII.

⁷⁷ Transcrevemos MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *História do direito português*, cit., p. 455.

E, sepultado definitivamente o princípio “*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*”, impôs-se, nos planos doutrinal e jurisprudencial, a regra oposta: a da possibilidade de coexistirem as diferentes sucessões, com as suas consequências. Assim, o Código Civil português de 1867 refere que:

*“Pode suceder, por morte de outrem, em todos os seus bens, ou em parte deles, tanto quanto por disposição da última vontade, como quando em virtude da lei: no primeiro caso, dá-se a sucessão testamentária; no segundo, a sucessão legítima”*⁷⁸;

*“Diz-se herdeiro aquele que sucede na totalidade da herança, ou em parte dela”*⁷⁹;

*“Diz-se testamento o ato, pelo qual alguém dispõe, para depois da sua morte, de todos, ou de uma parte dos próprios bens”*⁸⁰;

*“O testador pode dispor, quer pura e simplesmente, quer com certas condições, contanto que estas não sejam impossíveis, absoluta, ou relativamente, ou contrárias à lei”*⁸¹;

*“Se a herança for toda distribuída em legados, serão as dívidas e encargos dela rateados entre todos os legatários, em proporção dos seus legados...”*⁸².

Como se observa, a mudança é profunda. É o ponto de chegada duma “revolução” legislativa que o atual Código Civil consolida como rapidamente vemos em algumas disposições:

*“Diz-se herdeiro o que sucede na totalidade ou numa quota do património do falecido”*⁸³;

*“É havido como herdeiro o que sucede no remanescente dos bens do falecido, não havendo especificação destes”*⁸⁴;

*“Se alguém é chamado à herança, simultânea ou sucessivamente, por testamento e por lei ...”*⁸⁵;

*“O sucessível legitimário que também é chamado à herança por testamento pode repudiá-la quanto à quota disponível e aceitá-la quanto à legítima”*⁸⁶;

*“Tendo sido distribuído em legados todo o património hereditário, servirá de cabeça de casal, em substituição do herdeiro, o legatário mais beneficiado...”*⁸⁷;

*“Diz-se testamento o ato unilateral e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da sua morte, de todos os seus bens ou parte deles”*⁸⁸.

⁷⁸ Cf. art. 1735º.

⁷⁹ Cf. art- 1736º.

⁸⁰ Cf. art- 1738º.

⁸¹ Cf. art. 1743º.

⁸² Cf. art. 1794º.

⁸³ Cf. art. 2030º., n.º 2.

⁸⁴ Cf. art. 2030º., n.º 3.

⁸⁵ Cf. art. 2055º., n.º 1.

⁸⁶ Cf. art. 2055º., n.º 2.

⁸⁷ Cf. art. 2081º.

⁸⁸ Cf. art. 2179º., n.º 1.

Resta referir que, contrariamente ao Código de Seabra, o atual Código consagra a sucessão contratual, embora apenas nos casos previstos na lei⁸⁹, sucessão que o direito romano não permitia⁹⁰.

II - “SEMEL HERES, SEMPER HERES”

1. Direito romano

O princípio “*uma vez herdeiro, sempre herdeiro*”, que favorece a segurança do comércio jurídico⁹¹, terá sido extraído pelos juristas medievais dum fragmento em que GAIO refere:

D. 28,5,88: “*Em algum caso sucede que fica como herdeiro do insolvente o escravo instituído com a concessão da liberdade e acrescenta-se outro herdeiro; por exemplo, se tendo instituído herdeiro o escravo com a concessão da liberdade, se acrescentasse: “si (o escravo) Estico fosse meu herdeiro, seja também herdeiro Tício”, pois Tício não pode ser herdeiro antes de Estico o ser por aquele testamento, mas ao sê-lo o escravo, o outro herdeiro acrescentado não pode fazer que quem uma vez foi herdeiro deixe de o ser”*⁹².

A situação que, segundo GAIO, ocorre por vezes, é a seguinte: alguém, sendo insolvente, instituiu herdeiro um escravo seu, a quem, no mesmo testamento, concedeu a liberdade, sem a qual o instituído não podia ser herdeiro por falta de capacidade testamentária passiva. Mas juntou uma condição: se o escravo for herdeiro, o seja também outra pessoa (Tício). Todavia, este não pode ser herdeiro sem o primeiro, mas se este o for, o segundo não o poderá ser à luz do princípio “*uma vez herdeiro, sempre herdeiro*”. O texto pressupõe uma substituição de herdeiro que este princípio não consente. Aliás, GAIO é bem claro no texto que transcrevemos:

⁸⁹ Cf. art. 2028º., nº. 2.

⁹⁰ Vide PIETRO BONFANTE, *Corso di diritto romano VI. Le successioni. Parte generale*, cit., pp. 169-172; JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *Direito romano*, cit., p. 708; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)*, cit., pp. 50-51³¹⁵.

⁹¹ Vide BERNARDO PERIÑAN, *Semel heres semper heres y la confusión de las obligaciones: un ejemplo de la coherencia interna del derecho romano clásico em O direito das sucessões: do direito romano ao direito atual em Studia Iuridica*, 88, *Colloquia*, 16, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p.632.

⁹² D. 28,5,89(88): “*Ei, qui solvendo non est, aliquo casu evenit, ut et servus cum libertate heres existat, et praeterea alius heres adiciatur, veluti si seruo cum libertate herede instituto ita adiectum sit: “si Mihi Stichus heres erit, tunc Titius quoque heres esto”; nam Titius, antequam Stichus ex testamento heres extiterit, heres esse non potest; cum autem semel heres extiterit servus, non potest adiectus efficere, ut, qui semel heres extitit, desinat heres esse”*.

2,184: “Quando, em contrapartida, se instituiu herdeiro um estranho, não podemos nomear-lhe substituto de modo que, se chega a ser herdeiro mas morre dentro de certo prazo, outro seja herdeiro por ele, mas que unicamente nos está permitido obrigá-lo mediante um fideicomisso para que restitua a nossa herança em tudo ou em parte...”⁹³.

O jurisconsulto recusa a nomeação de um substituto ao herdeiro estranho à família, que morre dentro de certo prazo. Talvez a recusa de GAIO de aceitar a substituição de herdeiro e de recorrer a um fideicomisso se deva à dificuldade imposta pelo princípio *semel heres, sempre heres*: o *paterfamilias* deixa um fideicomisso (universal) ao herdeiro (fiduciário) passando a herança, à sua morte, para o herdeiro fideicomissário⁹⁴.

Também PAPIANO refere que “não se dá validamente uma herança desde certo dia ou até certo dia, mas, eliminado o vício do tempo, a instituição (de herdeiro) subsiste”⁹⁵. Trata-se duma solução com a qual os jurisconsultos romanos preservavam a máxima *semel heres, semper heres*, como observam pacificamente os romanistas⁹⁶.

Diferente é a instituição de herdeiro sujeita a condição suspensiva, visto que, na sua pendência, o herdeiro não o chega a ser⁹⁷.

Há, no entanto, uma exceção que não divide os romanistas: o testamento militar, cuja ampla validade os sucessivos Imperadores afirmaram, invocando a vontade do testador militar⁹⁸ que podia instituir herdeiro sob condição resolutiva, como observamos em:

D. 29,1,15,4 (ULPIANO): “O militar pode instituir herdeiro também até

⁹³ GAIO 2,184: “*Extraneo vero heredi instituto ita substituere non possumus, ut si heres extiterit et intra aliquod tempus decesserit, alius ei heres sit; sed hoc solum nobis permisum est, ut eum fideicommissum obligemus, ut hereditatem mostram totam vel pro parte restituat...*”.

⁹⁴ Sobre os fideicomissos, vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano - V (direito das sucessões e doações)*, cit., pp. 259-270.

⁹⁵ D. 28,5,34: “*Hereditas ex die, vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato manet instituto*”. Constitui exceção o testamento militar, como já referimos: Cf. D. 29,1,15,4.

⁹⁶ Vide A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 653; EDUARDO VOLTERRA, *Instituciones de derecho privado romano*, cit., pp. 740-741; MARIO TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 727; ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, cit., pp. 635; e JESÚS DAZA MARTÍNEZ / LUIS RODRÍGUEZ ENNES, *Instituciones de derecho privado romano*, 4ª. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 557-558.

⁹⁷ Vide ARMANDO TORRENT, *Diccionario de derecho romano*, Edisofer, SL, Madrid, 2005, pp. 1143-1144 e *Manual de derecho privado romano*, cit., p. 635; MARIO TALAMANCA, *ibidem*, p. 727; e JESÚS DAZA MARTÍNEZ / LUIS RODRÍGUEZ ENNES, *ibidem*, p. 556, para quem “pendiente la condición, no tiene lugar la *delatio*, pero el pretor concedía la *bonorum possessio secundum tabulas* si el heredero prestaba una *cautio*, acompañada de garantías, prometiendo restituir los bienes hereditarios si no se verifica la condición o non sobrevive a sua verificación” (D. 28,3,16).

⁹⁸ Cf. D. 29,1,1pr.

*certo tempo e outro para depois deste tempo ou em virtude de condição ou até certa condição*⁹⁹.

O princípio *semel heres, semper heres* foi reconhecido no direito justinianeu, como vemos em:

I. 2,14,9: *“O herdeiro pode ser instituído pura ou condicionalmente, mas não desde certo tempo ou até certo tempo, por exemplo, aos cinco anos depois da minha morte ou desde tais calendas ou até tais calendas. O dia acrescentado tem-se, em tal caso, por não posto, considerando-se como se o herdeiro tivesse sido instituído puramente*¹⁰⁰.

Afasta-se a instituição de herdeiro sujeita a termo (inicial ou final), mas consagra-se a possibilidade de o herdeiro ser instituído sob condição, desde que não seja impossível, situação em que *“se tem por não escrita*¹⁰¹:

I. 2.14,11: *“Têm-se posto muitas condições a uma instituição conjuntamente, por exemplo, “si acontece tal coisa e tal outra”, todas deverão ser cumpridas; se separadamente, por exemplo, “se tal ou tal coisa sucede”, basta que uma ou outra se verifique*¹⁰².

Ou seja, o princípio *semel heres, semper heres* conhece aqui uma exceção: se o herdeiro pode ser instituído condicionalmente e a condição não for impossível, podemos ter dois herdeiros sucessivos se a condição for resolutiva: o primeiro que deixou de o ser; e o segundo que passou a ser. Estamos, no entanto, na época justinianeia, que herdou e procurou superar a confusão da época anterior (pós-clássica) e, também, atualizar o *ius romanum*¹⁰³.

Em conclusão: durante a época clássica, excetuando o testamento militar, o herdeiro não podia ser instituído a termo (resolutivo ou final) ou sob condição resolutiva¹⁰⁴. Mais tarde, na época justinianeia, manteve-se a proibição da

⁹⁹ D. 29,1,15,4: *“Miles et ad tempus heredem facere potest, et alium post tempus, vel ex conditione, vel in conditionem”*. Cf. também: D. 29,1,19,2; -29,1,41pr. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 174.

¹⁰⁰ I. 2,14,9: *“Heres et pure et sub condicione institui potest. Ex certo tempore aut, ad certum tempus non potest, veluti POST QUINQUENNIIUM QUAM MORIAR vel EX KALENDIS ILLIS aut USQUE AD KALENDAS ILLAS HERES ESTO: diemque adiectum prosuperoacuo haberi placet et perinde esse, ac si pure heres institutus esset”*.

¹⁰¹ Cr. I. 2,14,10. Vide JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *Derecho romano*, cit., p. 708.

¹⁰² I. 2,14,11: *“Si plures conditiones institutioni adscriptae sunt, si quidem coniunctim, ut puta, SI ILLUD ET ILLUD FACTUM ERIT, omnibus parendum est: si separatim, veluti SI ILLUD AUT ILLUD FACTUM ERIT, cuilibet obtemperare satis est”*.

¹⁰³ Vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano (ius romanum)*, I. Introdução. Fontes, cit., p. 51; e A. SANTOS JUSTO, *A evolução do direito romano no Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Volume comemorativo*, Coimbra, 2003, pp. 67-68.

¹⁰⁴ Sobre estes termos, vide CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*,

instituição de herdeiro sujeita a termo, mas admitiu-se a possibilidade duma condição resolutiva desde que não impossível. Ou seja, a porta ficou aberta à evolução que chegou até nós.

Veremos como.

2. Direito português

No nosso direito, o princípio *semel heres, semper heres* presente na invalidade duma herança sujeita a termo (inicial ou final) que era afastada considerando-se não escrito, foi criticado no século XVIII e reprovado no prefácio da lei testamentária de 9 de setembro de 1769 que considerou este (e outros axiomas do direito romano, como o de que *nemo pro parte testatus pro partes intestatus decedere potest*) supersticioso e baseado em mera subtilidade. Reprovação que foi seguida no Decreto de 17 de julho de 1778 por contrariar a simplicidade do direito natural e a *recta ratio*¹⁰⁵.

Em consequência, MELO FREIRE entendia que “se pode instituir herdeiro pura ou condicionalmente e em certa coisa, e dar a herança desde certo dia (ex die) ou até certo dia”¹⁰⁶.

Quanto à instituição de herdeiro sob condição impossível, desonesta ou totalmente irrisória, encontra-se viciada “devendo ser tida por nula e ridícula, como se fora feita por um louco”¹⁰⁷. Diferente é a condição reprovada “por razões civis e não naturais”, como a condição de juramento que, sendo honesta, “apenas é proibida porque alguns homens são inclinados a jurar por desprezo da religião” ou porque outros são “tão tímidos que o fazem por medo supersticioso do poder divino”. E “para que nem uns nem outros conseguissem ou perdessem o que lhes foi deixado, rejeita-se a condição de juramento e tem-se por não escrita”; e “semelhantemente se rejeitam as condições “se não casar”, “se guardar viuvez”, “se viver castamente”, ficando válida e devida a herança ou legado sob elas deixada”¹⁰⁸. Trata-se, no entanto, de situações anómalas e, por isso, não se afasta a possibilidade de a instituição de herdeiro ser a sujeita a condições sem aquelas anomalias. Mantém-se também a possibilidade de lhe ser aposto um termo. Ou seja, o princípio *semel heres, semper heres* está afastado.

Mais tarde, mas ainda antes de 1867 (data do nosso primeiro Código Civil), COELHO DA ROCHA seguia o mesmo ponto de vista, escrevendo que “a herança, ou legados, podem ser deixados ou pura e simplesmente, ou debaixo de condição, a certo tempo”, falando ainda de “para certo fim e por certa causa”¹⁰⁹. Quanto à condição

4ª. ed., por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 576-581.

¹⁰⁵ Vide PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *Instituições de direito civil português*, III, cit., pp. 105-107.

¹⁰⁶ Transcrevemos PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *ibidem*, 104.

¹⁰⁷ Transcrevemos MELO FREIRE, *ibidem*, p. 107.

¹⁰⁸ Continuamos a transcrever MELO FREIRE, *ibidem*, pp. 107-108.

¹⁰⁹ Vide M. A COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil português*, cit, p. 482.

impossível imposta ao herdeiro ou legatário, “*tem-se por não escrita*”¹¹⁰.

Relativamente à nomeação de herdeiro ou legatário, “*pode ser imposto o termo ou suspensivamente como a época em que se verifique a execução da deixa (ex die); ou resolutivamente*”. E, “*antes de verificado o termo suspensivo ou depois do resolutivo da herança, sucede igualmente o herdeiro legítimo; e, nos legados, o herdeiro testamentário*”¹¹¹. É notório que o velho princípio *semel heres, semper heres* também aqui está afastado.

Neste ambiente em que o pensamento jurídico português se movia, não surpreende que, pouco depois, em 1867, o nosso primeiro Código tenha consagrado a possibilidade de “*o testador dispor com certas condições, com tanto que estas não sejam impossíveis, absoluta ou relativamente ou contrárias à lei*”¹¹²; e que estas “*se têm por não escritas e não prejudicam os herdeiros ou os legatários, ainda que o testador disponha o contrário*”¹¹³. Todavia, quanto à instituição de herdeiro sujeita a termo, considera que “*a designação do tempo, em que deva começar, ou cessar o efeito da instituição de herdeiro, ter-se-á por não escrita*”¹¹⁴. De fora ficam as condições não impossíveis, absoluta ou relativamente, nem contrárias à lei que o testador pode dispor livremente. E se for resolutiva, teremos dois herdeiros e, portanto, o afastamento da regra *semel heres, semper heres*.

O atual Código Civil consagra a mesma orientação, determinando que “*a declaração de termo inicial na instituição de herdeiro, e bem assim a declaração de termo final tanto na instituição de herdeiro como na nomeação de legatário, têm-se por não escritas, exceto, quanto a esta nomeação, se a disposição versar sobre direito temporário*”¹¹⁵. Ou seja, não é possível instituir herdeiro a termo suspensivo ou resolutivo¹¹⁶.

E quanto à instituição sujeita a condição, dispõe que “*o testador pode sujeitar a instituição de herdeiro ou a nomeação de legatário a condição suspensiva ou resolutiva, com as limitações dos artigos seguintes*”¹¹⁷. Depois distingue: enquanto a “*condição física ou legalmente impossível considera-se não escrita e não prejudica o herdeiro ou legatário, salvo declaração expressa do testador em contrário*”¹¹⁸, a condição contrária

¹¹⁰ Vide M. A. COELHO DA ROCHA, *ibidem*, p. 482, onde refere as condições absolutamente impossíveis e as que: a) “*o forem relativamente àquele que tem de as cumprir, v.g., se casar, tendo o herdeiro ordens sacra; b) as ininteligíveis; c) as inúteis ou irrisórias*”. Não será o caso da condição *si in viduitate permanserit*, imposta a viúvo ou viúva que tenha filhos, “*por se presumir nela o justo fim de os favorecer*”.

¹¹¹ Transcrevemos M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil portuguez*, cit., pp-483-484.

¹¹² Cf. art. 1743º.

¹¹³ Cf. art. 1743, § único.

¹¹⁴ Cf. art. 1747º.

¹¹⁵ Cf. art. 2243º, nº. 2.

¹¹⁶ Diferente é a possibilidade de o testador nomear legatário a termo inicial: o termo apenas suspende a execução da disposição. Cf. art. 2243º, nº. 1. Vide RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de direito das sucessões, Quid Juris*, Lisboa, 2012, pp. 72-73.

¹¹⁷ Cf. art. 2229º. Vide RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ibidem*, p. 72.

¹¹⁸ Cf. art. 2230º.-, nº. 1. Vide LUÍS. A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de direito das sucessões*, cit., p. 521.

à lei ou à ordem pública ou ofensiva dos bons costumes tem-se igualmente por não escrita, ainda que o testador haja declarado o contrário, salvo o disposto no art. 2186¹¹⁹, nos termos do qual a disposição é nula se o testamento “foi essencialmente determinado por um fim contrário à lei ou à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes”. Refere, seguidamente, as condições contrárias à lei¹²⁰; e, considera válida a condição de casar ou não casar relativamente a deixa de usufruto, uso, habitação, pensão ou outra prestação contínua ou periódica para produzir efeito enquanto durar o estado de solteiro ou viúvo do legatário¹²¹.

Estamos, no entanto, perante situações anómalas, persistindo, como regra, a possibilidade de, fora destes casos, o testador instituir herdeiro sob condição suspensiva ou resolutiva¹²². E, nesta última hipótese, afasta-se o princípio *semel heres, semper heres*.

III - CONCLUSÕES

1. O princípio “*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*” determina que, na perspetiva do herdeiro ou herdeiros, não pode haver, na mesma herança, herdeiros instituídos em testamento e determinados por lei. Ou ainda, na consideração da sucessão, não podem coexistir a sucessão testamentária e a sucessão legítima (e, se for o caso, legitimária).

2. Por outro lado, a sucessão testamentária ocupa o primeiro lugar, pelo que só haverá lugar para a sucessão *ab intestato* se não houver testamento ou, havendo, for inválido. Esta prioridade, acolhida por ULPIANO, é defendida pela doutrina maioritária que se apoia na natureza originária da família romana.

3. Chamado a herdar por testamento, o herdeiro (testamentário) recebe toda a herança, mesmo que o testador tenha afastado determinada coisa. Impôs-se, aqui, a doutrina de AQUÍLIO GALLO que utilizou a ficção “*si sine ea re institutus esset*”, Do mesmo modo, se o testador instituiu herdeiro em coisa determinada, finge-se que esta limitação não existe. É a solução de SABINO que, assim, salva a validade do testamento.

4. O princípio de que não podem coexistir as sucessões testamentária e *ab intestato* conheceu, no entanto, algumas exceções. Destacamos: 1) o testamento militar; 2) o testamento a favor de dois herdeiros demandados por um *filiusfamilias* por inoficiosidade, situação em que coexistem as sucessões legítima e testamentária; 3) a sucessão disposta em codicilos sobre parte dos bens coexiste com a sucessão legítima sobre os restantes bens.

¹¹⁹ Cf. art. 2230º., nº. 2. Vide RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ibidem*, pp. 214-215.

¹²⁰ Cf. arts. 2232º. e 2233º., nº. 1. Vide LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de direito das sucessões*, cit., pp. 520-521.

¹²¹ Cf. art. 2233º., nº. 2.

¹²² Cf. art. 2229º. Vide RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de direito das sucessões*, cit., pp. 213-214; e LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *ibidem*, p. 519.

5. No direito português, o princípio "*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*" foi plenamente acolhido. Por isso, se alguém deixasse, no seu testamento, apenas uma parte da herança ao seu herdeiro (v.g., a quota disponível) ignorando a outra parte, o testamento seria inválido e, em consequência, abrir-se-ia a sucessão legítima. Portanto, os herdeiros legítimos acabavam por herdar tudo contra a vontade do testador.

6. Para evitar esta injustiça, uma lei de D. João I determinou que os herdeiros silenciados no testamento deviam considerar-se tacitamente instituídos. Ou seja, a herança seria distribuída: 1/3 (quota disponível) para o herdeiro expressamente instituído; e 2/3 para os herdeiros tacitamente instituídos. Com este artifício legal, toda a herança era considerada testamentária e, assim, salvava-se aquele princípio romano.

7. No século XVIII, aquela lei perdeu a sua razão de ser numa sociedade caracterizada por novos ambientes sociais e políticos e, por isso, foi revogada pela legislação pombalina que abriu a porta à coexistência das sucessões testamentária e legal. Papel importante desempenharam também os nossos tribunais

8. Esta coexistência foi refirmada nos Códigos Civis de 1867 e de 1966 que sepultaram definitivamente o velho princípio "*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*".

9. O princípio "*semel heres, sempre heres*", segundo o qual quem chegou a ser herdeiro não pode deixar de o ser favorece a segurança do comércio jurídico: não pode renunciar à herança quem a aceitou. Tão pouco pode haver herança sujeita a condição resolutiva.

10. Também este princípio conhece uma exceção: referimos o testamento militar em que o herdeiro pode ser instituído sob condição resolutiva, desde que não seja impossível. Nesta hipótese, a condição é tida por não escrita.

11. Mais tarde, na época justinianeia, generalizou-se a possibilidade de o herdeiro ser instituído sob condição resolutiva, desde que não impossível. Deste modo, tornou-se possível a existência de dois herdeiros: o que deixou de o ser; e o que passou a ser.

12. No direito português, o princípio *semel heres, semper heres* determinou o afastamento do termo (inicial ou final) duma sucessão, considerando-se não escrito.

13. Mais tarde, no século XVIII foi criticado e reprovado no prefácio da lei testamentária de 9 de setembro de 1769 que o considerou supersticioso e baseado em mera subtileza. Em consequência, MELO FREIRE entendia que "*se pode instituir herdeiro pura ou condicionalmente e em certa coisa, e dar a herança desde certo dia (ex die) ou até certo dia*". Este entendimento foi seguido por COELHO DA ROCHA no século XIX, antes do Código Civil de 1867.

14. Esta orientação foi acolhida no Código de Seabra que consagra a possibilidade de "*o testador dispor com certas condições, com tanto que estas não sejam impossíveis, absoluta ou relativamente ou contrárias à lei*". Se a condição for resolutiva e não padecer destes vícios, teremos dois herdeiros e, portanto, o afastamento da

regra *semel heres, semper heres*.

15. O atual Código Civil consagra a mesma orientação, e, portanto, a possibilidade de, havendo termo resolutivo, haver dois herdeiros em relação aos mesmos bens. Portanto, aquela regra está afastada, no nosso direito, desde o século XVIII.

Continua