



Universidades Lusíada

Justo, António dos Santos, 1945-

Iuris civilis principia (direitos romano e português)

<http://hdl.handle.net/11067/6854>

<https://doi.org/10.34628/40pj-3337>

Metadados

Data de Publicação

2021

Resumo

1. Desde os mais antigos tempos, os juristas romanos preocuparam-se com a proteção dos que estando já concebidos não haviam ainda nascido. A expectativa de uma nova vida prevalecia. 2. Não obstante, a validade do testamento do paterfamilias dependia da instituição de um herdeiro ou da deserdação de um anterior herdeiro, conhecido como heredes sui. Este grupo incluía o concebido ainda não nato. 3. Para afastar as dificuldades quanto à capacidade testamentária de quem dela carecia por ainda não te...

1. Since the earliest times, Roman jurists were concerned with protecting those who had been conceived but not yet born. The expectation of a new human life prevailed. 2. Therefore, the validity of the will of a paterfamilias depended on the institution of an heir or on the disinheritance of prior legitimate heirs, known as heredes sui. This group included the as yet unborn conceptus. 3. In order to remove the difficulties in terms of the testamentary capacity of those who lack it by dint of not...

Palavras Chave

Direito das sucessões (Direito romano), Direito das sucessões - Portugal

Tipo

article

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULL-FD] LD, s. 2, n. 25-26 (2021)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-07-19T11:36:28Z com informação proveniente do Repositório

IURIS CIVILIS PRINCIPIA (DIREITOS ROMANO E PORTUGUÊS)

IURIS CIVILIS PRINCIPIA
(ROMAN AND PORTUGUESE LAW)

(CONTINUAÇÃO)¹

António dos Santos Justo²

Resumo: 1. Desde os mais antigos tempos, os juristas romanos preocuparam-se com a protecção dos que estando já concebidos não haviam ainda nascido. A expectativa de uma nova vida prevalecia. 2. Não obstante, a validade do testamento do *paterfamilias* dependia da instituição de um herdeiro ou da deserção de um anterior herdeiro, conhecido como *heredes sui*. Este grupo incluía o concebido ainda não nato. 3. Para afastar as dificuldades quanto à capacidade testamentária de quem dela carecia por ainda não ter nascido, surgiu o princípio de que a criança concebida é considerada já nascida (*conceptus pro iam nato habetur*). 4. O mesmo sentido se encontra na expressão *perinde ac si in rebus humanis esset* (como se estivesse entre as coisas humanas, isto é, como se já tivesse nascido). Este é um exemplo de ficção jurídica, embora dogmática: a ideia de que já existe na natureza é uma forma expedita e simples de justificar a existência dos direitos da criança. 5. Não está claro se esse ditado surgiu na era pós-clássica ou na Idade Média. Em qualquer caso foi extraído de fontes romanas. 6. Durante a gravidez, essa expectativa legal foi protegida tanto na esfera pessoal quanto na patrimonial. 7. Assim, o nascituro foi considerado herdeiro do seu *paterfamilias* e a posse de seus bens passa para sua mãe (grávida), a quem é dada amplo controlo sobre os bens da herança. Se necessário, um *curador ventris* era nomeado para cuidar dos bens possuídos pela mãe. O testador também pode nomear um tutor por testamento. 8. Quanto a efeitos no plano pessoal, suspendia-se a execução de eventual pena de morte aplicada à mãe; também, o nascido durante o cativeiro de sua mãe beneficiava do *postliminii* ficando assim protegido de ser considerado escravo do inimigo. 9. As Ordenações Filipinas

¹ Este estudo continua o que foi publicado na Revista Lusíada. Direito, n.º 23/24 (2020).

² Prof. Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e da Universidade Lusíada - Norte.

mantiveram a posição romana sobre a validade do testamento. Da mesma forma, o nascituro é, para todos os efeitos considerado como já nascido, preservando-se assim os seus direitos. A influência do direito romano no direito português é aceite pelos juristas. 10. Deste modo o brocardo *conceptus pro iam nato habetur* continua válido no direito português. 11. Quanto ao princípio *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*, consta de um texto do jurista romano ULPIANO. 12. Este princípio também se encontra no direito português, ao consagrar a nulidade da compra e doação de bens pertencentes a terceiros.

Palavras-chave: Nascituro; Herança; Vontade/testamento; Ficção; Curador; Ordenanças; Lei romana; Direito português; Compra e venda; Doação; Nulidade.

Abstract: 1. Since the earliest times, Roman jurists were concerned with protecting those who had been conceived but not yet born. The expectation of a new human life prevailed. 2. Therefore, the validity of the will of a *paterfamilias* depended on the institution of an heir or on the disinheritance of prior legitimate heirs, known as *heredes sui*. This group included the as yet unborn conceptus. 3. In order to remove the difficulties in terms of the testamentary capacity of those who lack it by dint of not having yet been born, the principle arose that the conceived child is considered as already born (*conceptus pro iam nato habetur*). 4. The same meaning is found in the expression “*perinde ac si in rebus humanis esset*” (as if he were among human things, that is, as if he had already been born). This is an example of a legal fiction, though a dogmatic one: the idea that he already exists in nature is an expedient and a simple way to justify the existence of the child’s rights. 5. It is unclear whether this adage arose in the post-classical era or in the Middle Ages. However, it was drawn from Roman sources. 6. However, during pregnancy, this legal expectation was protected in both the personal and the patrimonial sphere. 7. Accordingly, the conceptus is considered to be the heir of his *paterfamilias* and the possession of his goods passes to his (pregnant) mother, who is given ample alimony out of the goods of the inheritance. And, if necessary, a *curator ventris* would be appointed to look after the goods owned by the mother. The testator could also appoint a guardian by will. 8. Regarding personal effects, execution of any death penalty applied to the mother was suspended; and the conceptus born during his mother’s captivity benefitted from the *postliminii* that prevented him from becoming an enemy’s slave. 9. The Philippine Ordinances maintained the Roman position on the validity of the will. And, in the same way, the conceptus as yet unborn is, in respect of all interests, considered as if he had already been born, thus preserving his rights. The presence of Roman law is recognised by our current jurists. 10. Therefore, it has been stated that the adage *conceptus pro iam nato habetur* remains valid in Portuguese law. 11. As for the principle “*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*”, it appears in a text by the Roman jurist ULPIAN. 12. This principle is also found in Portuguese law, which enshrines the nullity of purchase and gift of property belonging to a third person.

Keywords: Conceived; Inheritance; Will/testament; Fiction; Curator; Ordinances; Roman law; Portuguese law; Sale and purchase; Gift; Nullity.

Sumário: 1. “*Conceptus pro iam nato habetur (quotiens de commodis eius agitur)*” 1.1. Direito romano 1.2. Direito português 2. “*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*” 2.1. Direito Romano. 2.2. Direito Português. 3. Conclusão.

1. “*Conceptus pro iam nato habetur (quotiens de commodis eius agitur)*”

1.1. Direito romano

Segundo este princípio, que os jurisconsultos medievais terão elaborado com base nas fontes do direito romano, o concebido é tido como já nascido, sempre que se trate de interesses seus³. Há, no entanto, uma longa história que assinala a sua evolução até aos nossos dias.

Cumpre-nos analisá-la.

Remonta aos tempos longínquos, que caracterizam a época arcaica do direito romano⁴, a preocupação de não desproteger quem tivesse sido concebido e ainda não nascido. Efetivamente, já no século V a.C., a Lei das XII Tábuas considerava legítimo o filho nascido dentro de dez meses após a morte do seu paterfamilias⁵ e reconheceu-lhe o direito de participar na respetiva sucessão. Na sucessão legítima, integrava o primeiro grupo (dos *heredes sui*)⁶ e, em consequência, se o *paterfamilias* quisesse fazer testamento, não podia omiti-lo (*praeteritio*): devia instituí-lo herdeiro ou deserdá-lo; de contrário, o testamento seria nulo⁷.

Para os jurisconsultos romanos, o concebido não era considerado pessoa durante a gestação e, portanto, não podia adquirir direitos nem contrair obrigações. Neste sentido, ULPIANO considerava que “*o parto, antes dar à luz, é parte da mulher ou das suas entranhas*”⁸.

³ Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – I. Parte geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos)*, 6ª. ed., em *Studia Iuridica*, 50, Coimbra Editora, Coimbra, 2017, p. 109.

⁴ Esta época decorre entre os anos 753 (data que a tradição atribui à fundação de Roma) e 130 a.C. (ano em que foi promulgada a *lex Aebutia de formulis* que legalizou o processo das fórmulas (*agere per formulas*) através do qual o direito romano iria conhecer o desenvolvimento marcado pela perfeição e rigor. Vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano (ius romanum) I. Introdução. Fontes*, 4ª. ed., Coimbra, 1984, pp. 43-46; e A. SANTOS JUSTO, *A evolução do direito romano no volume comemorativo do 75º. tomo do Boletim da Faculdade de Direito (BFD)*, Coimbra, 2003, pp. 50-53.

⁵ Cf. IV,4. Vide FRANCISCO CUENA BOY, *Sucesión intestada y natura rerum: el caso del postumus suus em O direito das sucessões: do direito romano ao direito atual*, em *Studia Iuridica*, 88, *Colloquia – 16*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p.195; EDUARDO VOLTERRA, *Instituciones de derecho privado romano*, trad. espanhola de Jesús Daza Martínez, Civitas, Madrid, 1998, p. 698; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)* em *Studia Iuridica*, 97, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 39.

⁶ Vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano (ius romanum) I. Introdução. Fontes*, cit., pp. 227-228 e 230, máxime 230²⁷³.

⁷ Vide SEBASTIÃO CRUZ, *ibidem*, p. 229; e EDUARDO VOLTERRA, *Instituciones de derecho privado romano*, cit., p. 699.

⁸ D. 25,4,1,1: “... *partus enim, amtequam edatur, mulieris portio est vel viscerum...*”. Vide PABLO FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, p. 15; JUAN IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e instituciones*, 11ª. ed., com a colaboração de Juan Iglesias-Redondo, Ariel Derecho, Barcelona, 1993, p. 110; A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – I. Parte geral (Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos direitos)*, cit., p. 107; e RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, 3ª. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 205.

No entanto, criou-se a expectativa, tutelada pelo direito, de vir a existir um novo ser humano⁹. Assim, PAULO refere:

D, 1,5,7: “*Quem está no útero é considerado como se estivesse nas coisas humanas sempre que se trate de conveniências do seu próprio parto, pois, antes de nascer não se pode favorecer um terceiro*”¹⁰.

E, no mesmo sentido, JULIANO escreveu:

D. 1,5,26: “*Os que estão no útero reputam-se, em quase todo o direito civil, como nascidos...*”¹¹

Esta limitação “em quase todo o direito civil”, significa, segundo PAULO, “quando se trate de direito de quem se espera venha a nascer”¹². Ou seja, quando, em causa, estiverem direitos que, com o nascimento, venham a ter titular e importa preservar enquanto se aguarda o nascimento.

Trata-se duma exceção à regra segundo a qual a personalidade jurídica tem apoio na existência da pessoa humana, situada entre dois momentos: o inicial, do nascimento; e o final, da morte¹³. E o nascimento – que assinala o início da modernamente considerada personalidade jurídica – devia ser: a) completo: o feto devia separar-se totalmente do seio materno¹⁴; b) com vida¹⁵; c) ter forma humana¹⁶; e provavelmente, viabilidade¹⁷.

⁹ Vide ARMANDO TORRENT, *Diccionario de derecho romano*, Edisofer, SL, Madrid, 2005, p. 193.

¹⁰ D. 1,5,7: “*Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus quaeritur, quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit*”.

¹¹ D. 1,5,26: “*Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelliguntur in rerum natura esse...*”.

¹² D. 50,16,231: “*... tunc verum est, cum de ipsius iure quaeritur...*”.

¹³ Vide A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 3ª. ed., Utet, Turim, 1982, p.139; EDUARDO VOLTERRA, *Instituciones de derecho privado romano*, cit., p. 74; RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 104; ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho privado romano*, 9ª. ed., Iustel, Madrid, 2016, p.189; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – I. Parte geral*, cit., p. 107.

¹⁴ Cf. D. 25,4,1,1. Vide A. BURDESE, *ibidem*, p. 140; PABLO FUENTESECA, *Derecho privado romano*, cit., p. 15; MARIO TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè Editore, Milão, 1990, p. 74; e RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *ibidem*, p. 205.

¹⁵ Cf. D. 50,16,129. Para determinar a existência ou não de vida, os juriconsultos proculeianos exigiam que o recém-nascido emitisse algum som, enquanto os sabinianos entendiam que bastava que se movesse ou respirasse, opinião seguida por Justiniano. Vide ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *ibidem*, p. 190; e A. BURDESE, *ibidem*, p. 140.

¹⁶ Cf. C. 6,29,3,1. As fontes falam de prodígios da natureza, casos muito excepcionais em que o nascido não era considerado do género humano. Cf. D. 1,5,14. Vide ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *ibidem*, p. 190; e A. BURDESE, *ibidem*, p. 140.

¹⁷ Discutiu-se se o recém-nascido devia ter a possibilidade real de vida independente, o que não sucederia, v.g., se nascesse com um problema grave de natureza infecciosa, circulatória ou respiratória que lhe provocasse o falecimento no momento ou quase no instante do nascimento. Há textos em que a viabilidade parece relacionar-se com a duração normal da gestação (pelo menos, seis meses: D. 1,5,12); mas também os há que apoiam a ideia da não exigência da viabilidade (D. 18,2,12). Vide ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *ibidem*, p. 191, que seguimos de perto. Vide também: RICARDO

Não se ignora que os modernos conceitos de personalidade e de capacidade jurídicas são estranhos ao direito romano. Haja em vista, *v.g.*, que *capacitas*, que apenas se usava em relação à aquisição de heranças e legados, significava aptidão e não proibição pela legislação de Augusto; que *capax* designava a particular aptidão, física ou moral, de uma pessoa para intervir em determinada relação; e que *caput* era o homem livre¹⁸. E também não se ignora que não bastava o nascimento com os requisitos assinalados: também era necessário que o nascituro nascesse livre, cidadão romano e *sui iuris*, ou seja, fosse detentor de três *status*: *libertatis*, *civitatis* e *familiae*¹⁹.

No entanto, se há conceitos típicos da ciência jurídica romana, não deixa de ser certo que a formação dos atuais conceitos resulta duma lenta evolução histórica em que participaram, sobretudo, Glosadores, Comentadores e Pandectistas. Por isso, justifica-se que não os esqueçamos se os quisermos compreender devidamente. E o adágio *conceptus pro iam nato habetur* constitui um bom exemplo: a sua elaboração não terá sido romana, mas assenta nas fontes do direito romano.

Na determinação do *status* do recém-nascido de uniões legítimas, os jurisconsultos romanos consideravam a condição do pai no momento da concepção; tratando-se de filhos ilegítimos, recorriam à condição da mãe no momento do nascimento²⁰. Ou seja, o filho legítimo ainda não nascido é considerado herdeiro e integra a primeira categoria dos herdeiros do pai falecido antes do seu nascimento. Mais: se o pai, no uso da liberdade de testar, quisesse deixar os bens hereditários a outras pessoas (restantes herdeiros ou terceiros), devia deserdar expressamente o nascituro, sob pena de o testamento ser nulo²¹. Estamos perante um herdeiro necessário, embora esta posição dependa do nascimento nos termos referidos.

A esta dependência liga-se a expectativa que o direito tutela²² durante a gestação, como observamos em PAULO:

PANERO GUTIÉRREZ, *ibidem*, p. 206, para quem literalmente, viável (*de vitae habilis*) significa capaz de viver. Numa aceção ampla, é a aptidão para continuar a viver fora do claustro materno; e, numa aceção restrita, identifica-se com a maturidade do parto (*partus perfectus*) e, neste sentido, invocando a autoridade de Hipócrates, PAULO diz que, nascendo no sétimo mês, o parto é perfeito.

¹⁸ Vide RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *ibidem*, p. 200, para quem só num texto de Justiniano relativo a escravo manumitido, *caput* significa capacidade jurídica.

¹⁹ Vide MARIO TALAMANCA, *ibidem*, p. 111; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – I. Parte geral*, cit., pp. 106 e 109-138.

²⁰ Vide Eduardo VOLTERRA, *Instituciones de derecho privado romano*, cit., p. 75; RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 205; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – I. Parte geral*, cit., p. 109 e A “*fictio iuris*” no direito romano (“*actio ficticia*”), *Época clássica*, I, cit., p. 554.

²¹ Cf. GAIO 2,130. Vide EDUARDO VOLTERRA, *Instituciones de derecho privado romano*, cit., p. 699; e A. SANTOS JUSTO, A “*fictio iuris*” no direito romano (“*actio ficticia*”), cit., p. 554.

²² Trata-se, portanto, duma verdadeira expectativa jurídica. Vide A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao estudo do direito*, 9ª. ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2018, pp. 63-64. Vide também: ARMANDO TORRENT, *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 193; e PABLO FUENTESECA, *Derecho privado romano*, cit., p. 16.

D. 1,5,7: “*quem está no ventre materno é protegido como se já estivesse entre as coisas humanas, sempre que se trate das conveniências do seu parto; antes de nascer, de maneira nenhuma se favorece um terceiro*”²³.

E, na verdade, embora ainda não esteja na natureza das coisas (*in rerum natura*) e não se possa contar entre os homens (*in rebus humanis*), “*la idea de que al concebido se le tiene por nascido no debe sorprender, ya que si el feto intrauterino es una esperanza de hombre, el Derecho no puede ser indiferente a ello*”, observa RICARDO PANERO GUTIÉRREZ²⁴.

Explica-se, assim, a proteção que o direito romano dispensou aos filhos concebidos e ainda não nascidos quer no âmbito patrimonial, quer na esfera pessoal. Relativamente àquele, referimos:

- a) a *delatio* hereditária: o nascituro concebido pode ser instituído herdeiro testamentário e, tratando-se de filho do autor da herança, integra o primeiro grupo *iure civili* dos herdeiros legítimos, como *sui heres*²⁵. Por isso, os familiares que pertenciam ao grupo seguinte (dos outros agnados)²⁶ não herdavam enquanto houvesse a esperança (*spes*) de o *concepturus sui iuris* nascer²⁷;
- b) havendo a esperança de ser herdeiro, a posse dos bens hereditários era, enquanto não nascesse, atribuída à sua mãe grávida através da *missio in possessionem ventris nomine*²⁸. Em regra, impunha-se uma cláusula que concedia à mulher o direito a alimentos sobre os bens da herança²⁹;
- c) se a mãe necessitasse, o pretor podia nomear, a seu pedido, um *curator ventris* para cuidar dos bens hereditários de que era possuidora³⁰.

²³ D. 1,5,7: “*Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus quaeritur, quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit*”.

²⁴ Transcrevemos RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., pp. 205-206. Vide também FRANCISCO CUENA BOY, *Sucesión intestada y natura rerum: el caso del postumus suus*, cit., p. 196 para quem, um requisito fundamental é a atenta observação dos factos naturais, isto é, biológicos e fisiológicos. Por outras palavras, a consideração da *natureza das coisas* referida em vários textos: D. 5,1,28,5; -38,16,3,10; -46,3,36.

²⁵ Cf. GAIO 3,4. Vide JUAN IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e instituciones*, cit., p. 110; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – V (direito das sucessões e doações)*, cit., p. 290 e *A “fictio iuris” no direito romano*, cit., p. 554.

²⁶ Vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito romano (“ius romanum”)*, cit., p. 227.

²⁷ Cf. D. 1,5,26; -28,3,6pr.; -29,2,30,1; -38,7,5,1; -38,16,2pr.; -38,16,3,9; -38,16,7; GAIO 1,147. Vide A. SANTOS JUSTO, *A “fictio iuris” no direito romano (“actio ficticia”)*, cit., p. 554.

²⁸ Cf. D. 25,5,1pr.; -25,6,1pr.; -1. Trata-se duma *missio in possessionem rei servandae gratia*, ou seja, destinada a proteger as legítimas expectativas duma pessoa (nascituro) impedindo que o património se dispersasse ou desaparecesse. Vide JUAN IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e instituciones*, cit., p. 110; PABLO FUENTESECA, *Derecho privado romano*, cit., p. 15; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano – I. Parte geral*, cit., p. 435 e *A “fictio iuris” no direito romano (“actio ficticia”)*, cit., p. 554.

²⁹ Cf. D. 37,9,1,3; -37,9,1,19; -37,9,1,20. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 436.

³⁰ Cf. D. 26,5,20pr.; -50,16,161. Vide ALVARO D’ORS, *Derecho privado romano*, cit., § 257; JUAN

d) a faculdade de o pai nomear tutor no seu testamento³¹.

Quanto aos efeitos pessoais, destacamos:

- a) a suspensão da pena de morte aplicada à mãe durante a gravidez³²;
- b) a proibição do enterro da mulher grávida antes do parto³³;
- c) a concessão do direito de postlimínio (*ius postliminii*) ao filho de mulher grávida capturada pelo inimigo que nasceu no cativeiro³⁴.

Relativamente ao aborto (*abortus*), a sua punição não era determinada pela proteção do concebido, mas como lesão do *corpus matris* ou privação da *spes prolis*³⁵.

Os romanistas divergem sobre a origem da máxima *conceptus pro iam nato habetur*, havendo quem a atribua aos jurisconsultos medievais³⁶ e à iurisprudência romana da época pós-clássica³⁷. Mas parece certo que foi a partir das fontes romanas que protegem a expectativa de o nascituro concebido nascer e se tornar titular dos direitos entretanto protegidos, que a máxima *conceptus pro iam nato habetur* foi elaborada³⁸. E, na verdade, basta destacar os textos, já referidos, de PAULO³⁹ e de JULIANO⁴⁰ que não suscitam dúvidas: em ambos, o concebido é protegido como se já tivesse nascido, sempre que se trate de proteger os direitos de que venha, com o nascimento, a ser titular.

IGLESIAS, *ibidem*, p. 110; ARMANDO TORRENT, *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 193; A. SANTOS JUSTO, *A "fictio iuris" no direito romano*, cit., p. 553; RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 205³²; e ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho privado romano*, cit., p. 190.

³¹ Cf. GAIO 1,147. Vide A. SANTOS JUSTO, *A "fictio iuris" no direito romano ("actio ficticia")*, cit., p. 554.

³² Cf. D. 1,5,18. Vide RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 205; e A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 556.

³³ Cf. D. 11,8,2. Vide RICARDO PANERO GUTIÉRRES, *ibidem*, p. 205³⁰; e A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 556.

³⁴ Cf. D. 1,5,26 Sobre o direito de postlimínio, vide A. SANTOS JUSTO, *A capitivitas e a reversio (direito romano) em Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raul Ventura*, ed. da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 175-227.

³⁵ Cf. D. 47,11,4. Vide A. SANTOS JUSTO, *A "fictio iuris" no direito romano ("actio ficticia")*, cit., p. 556.

³⁶ Vide ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho privado romano*, cit., p. 190; PABLO FUENTESECA, *Derecho privado romano*, cit., p. 16; e A. SANTOS JUSTO, *A "fictio iuris" no direito romano ("actio ficticia")*, cit., p. 553¹.

³⁷ Esta época, que decorre entre os anos 230 e 530, caracteriza-se pela confusão que marca o declínio do pensamento jurídico romano. Sobretudo no Império Romano do Ocidente, em que o direito romano é ensinado sem dignidade científica por falta de escolas. Vide A. SANTOS JUSTO, *A evolução do direito romano*, cit., p. 63 e *A "fictio iuris" no direito romano ("actio ficticia")*, cit., pp. 553-554²; e ARMANDO TORRENT RUIZ, *Diccionario de derecho romano*, cit., p. 193.

³⁸ Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano - I. Parte geral*, cit., p. 109.

³⁹ Vide *supra*, nota 142.

⁴⁰ Vide *supra*, nota 130.

Em termos de construção jurídica, a literatura utilizada é diferente: enquanto JULIANO escreveu “*intelliguntur*”, PAULO serviu-se da expressão “*perinde ac si in rebus humanis esset*”, que os juriconsultos romanos utilizavam quando recorriam a uma ficção jurídica⁴¹. Resta saber, porém, se estamos perante uma ficção histórica ou dogmática: aquela permitia aplicar o *ius civile*, afastando um obstáculo à sua aplicação⁴²; diferentemente, a ficção dogmática cumpriu uma função a que IHERING chamou cognoscitiva: a de facilitar o conhecimento de realidades jurídicas através duma linguagem cómoda, impressionante e breve (e, por isso, fácil de recordar) que expressa, em sentido metafórico, uma comparação entre duas figuras jurídicas algo próximas – uma, perfeitamente conhecida; a outra, justamente, a que se pretende conhecer⁴³.

Trata-se, numa palavra, duma comparação feita a partir da análise dos respetivos regimes jurídicos em si já plenamente fixados. Por isso, não parece ousado afirmar que o adágio *conceptus pro iam nato habetur* contém uma ficção dogmática: só por si, diz que o concebido goza da mesma proteção jurídica dispensada ao nascido⁴⁴.

1.2. Direito português

Fazendo apelo à história do direito português, observamos, nas Ordenações Filipinas⁴⁵ as seguintes disposições:

*“Porém, se o pai ou mãe ao tempo em que fez testamento, tinha algum filho legítimo, e crendo que era morto, não fez dele menção no testamento, mas dispôs e ordenou de todos os seus bens e fazenda instituindo outro herdeiro, em tal caso o testamento será nenhum, não somente quanto à instituição, mas também quanto aos legados nele contidos”*⁴⁶.

*“Outrosim, se o pai ou mãe ao tempo do testamento não tinha filho legítimo e depois lhe sobreveio ou o tinha e não era disso sabedor, e é vivo ao tempo da morte do pai (...) o testamento, como os legados nele contidos são nenhuns e de nenhum vigor”*⁴⁷.

⁴¹ Vide A. SANTOS JUSTO, *A “fictio iuris” no direito romano (“actio ficticia”)*, cit., pp. 2-3.

⁴² Se o obstáculo fosse uma qualidade jurídica ou facto jurídico que realmente não existia, o pretor ordenava ao juiz que fingisse a sua existência para, assim, assegurar a proteção do *ius civile*; se, pelo contrário, existisse e não devesse existir, fingia-se inexistente. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 25-41.

⁴³ Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 553-597, máxime, pp. 553-561.

⁴⁴ Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 596.

⁴⁵ Cf. Ord. Filipinas, IV,82,3 e 5.

⁴⁶ Ord. Filipinas, IV,82,3.

⁴⁷ Ord. Filipinas, IV,82,5.

No primeiro texto, as Ordenações preveem a hipótese de um pai ou mãe ter preterido um filho no testamento em que instituiu outro herdeiro, por crer que aquele tinha morrido. O testamento não produzirá efeitos nem quanto à instituição de herdeiro nem quanto aos legados. A *ratio* desta solução reside na motivação que levou o testador a não instituir herdeiro o filho que julgava morto. Se soubesse que vivia, não teria feito o testamento. E, no segundo, aplica-se o mesmo regime jurídico se, depois do testamento, sobreveio um filho ao testador. Na base desta solução encontra-se, como refere COELHO DA ROCHA, a presunção de que o testador mudaria de vontade, se soubesse da existência de tais herdeiros⁴⁸.

Ou seja, a *praeteritio* de um filho concebido e não nascido na data da feitura do testamento provoca a não produção de efeitos jurídicos, desde que o filho, entretanto nascido, viva quando o pai faleceu. As Ordenações não deixam de proteger o filho concebido e ainda não nascido, circunstância que levou PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE a observar que a sua preterição “*anula em absoluto o testamento, tanto em relação à instituição (de herdeiro) como em relação aos legados*”⁴⁹.

Mais tarde, e com maior precisão, também MANUEL ANTÓNIO COELHO DA ROCHA ensinava: “*Pelo que pertence ao direito natural, o homem, quanto ao nascimento, ou é nascido ou embrião (nasciturus, venter, embrio)*”. E “*estes, em tudo o que é do seu interesse, são pelas leis equiparados aos nascidos e conservam até ao nascimento todos os direitos que lhes competiriam, se estivessem já nascidos no momento em que os adquiriram. Contanto que nasçam capazes de viver*”⁵⁰.

É clara, nas Ordenações Filipinas, em MELO FREIRE e em COELHO DA ROCHA, a presença do direito romano.

Olhando para o Código de Seabra, observamos a proteção do nascituro concebido em diversas disposições. Destacamos:

- a) a obrigação de a mulher grávida ao tempo da morte do marido de, no prazo de vinte dias ou logo que conheça a gravidez, fazer constar o seu estado ao juiz dos órfãos competente para que nomeie curador ao ventre que tome provisoriamente conta dos bens que houverem de pertencer ao nascituro⁵¹. Esta curatela só dura enquanto durar a gestação⁵²;
- b) os nascituros podem adquirir por doação, contanto que estejam concebidos ao tempo da mesma doação e nasçam com vida⁵³;

⁴⁸ Vide M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil português*, 8ª. ed., I, Livraria Clásica Editora A. M. Teixeira, Lisboa, 1917, § 691.

⁴⁹ Vide PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *Instituições de direito civil português*, III, no BMJ 165/166, 1967, §§ XXXIX e XLVIII.

⁵⁰ Vide M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil português*, cit., § 56.

⁵¹ Cf. art. 157º.

⁵² Cf. art. 157, § único.

⁵³ Cf. art. 1479º.

- c) e podem também adquirir por testamento⁵⁴, considerando-se existente o embrião que “nasce com vida e figura humana dentro de trezentos dias, contados desde a morte do testador”⁵⁵. Todavia, “será válida a disposição a favor dos nascituros, descendentes em primeiro grau de certas e determinadas pessoas vivas ao tempo da morte do testador, posto que o futuro herdeiro ou legatário venha à luz fora do prazo dos trezentos dias”⁵⁶;
- d) a instituição de herdeiro caduca pela superveniência de filhos ou outros descendentes, ainda que póstumos⁵⁷.
- e) quanto à administração da herança deixada aos nascituros é atribuída ao co-herdeiro testamentário se gozar do direito de crescer⁵⁸; e, se não houver, será confiada ao herdeiro legítimo presumido⁵⁹.

Em suma: a proteção da expectativa de o nascituro concebido nascer e ser titular dos direitos que lhe seriam atribuídos com o nascimento tem a profunda marca romana e, deste modo, também se lhe pode aplicar a máxima “*conceptus pro iam nato habetur*” em que, como observámos, se encontra a mesma ficção dogmática.

Volvida uma centúria, o atual Código Civil português não se afastou significativamente do regime jurídico fixado no velho Código de Seabra. Basta observar algumas normas jurídicas aí consagradas:

- a) os nascituros concebidos ao tempo da abertura da sucessão têm capacidade sucessória e, portanto, podem adquirir por virtude de testamento e da lei⁶⁰. Fala-se de personalidade jurídica no momento em que se abre a sucessão e de capacidade sucessória desde que venham a nascer com vida⁶¹.
- b) o momento da conceção do filho é fixado dentro dos primeiros 120 dias dos 300 que precederam o seu nascimento. Mas admite-se ação judicial destinada a fixar a data provável da conceção dentro deste período ou a provar que o período de gestão foi inferior a 180 dias ou superior a 300⁶²;
- c) o nascituro pode adquirir por doação, sendo filho de pessoa determinada viva ao tempo da declaração de vontade do doador⁶³;

⁵⁴ Cf. art. 1776°.

⁵⁵ Cf. art. 1776°, § único.

⁵⁶ Cf. art. 1777°.

⁵⁷ Cf. art. 1814°.

⁵⁸ Cf. art. 1822°, § único, *ex vi* art. 1824°.

⁵⁹ Cf. art. 1823°, *ex vi* art. 1824°.

⁶⁰ Cf. art. 2033°, n.º 1. Vide CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 202.

⁶¹ Cf. art. 66°, n.º 1. Vide F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das sucessões*, Coimbra, 1992, pp. 182-186; e RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de direito das sucessões*, I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 284-285.

⁶² Cf. art. 1800°, n.º 1. Vide F. M. PEREIRA COELHO, *ibidem*, pp. 186-187

⁶³ Cf. art. 952°, n.º 1.

- d) a administração dos bens deixados ao nascituro compete a quem administraria os seus bens se ele já tivesse nascido⁶⁴. No caso de doação, presume-se que o doador reserva para si o usufruto dos bens doados até ao nascimento⁶⁵, mas o doador pode dispor diferentemente⁶⁶;
- e) o concebido pode, após o nascimento, pedir uma indemnização por deformações físicas ou psíquicas que sofreu ainda no ventre da mãe, causadas por medicamentos ou qualquer acidente⁶⁷.

Perante estas situações que revelam a proteção do nascituro concebido, a nossa doutrina considera que é necessário reconhecer-lhe personalidade jurídica⁶⁸ ou que “*tem de considerar-se como pessoa jurídica, dotada de capacidade genérica de gozo de direitos, mas ferida, ex natura rerum, de incapacidade absoluta de exercício*”⁶⁹. Refere, como questão crucial, o momento de aquisição da personalidade, destacando as teses natalista (baseada no nascimento) e a tese concecionista (que opta pela conceção)⁷⁰. E, quanto ao fundamento da personalidade jurídica, observa que se confrontam duas teorias: a realista, que o situa na realidade (*ius in re*) e na natureza das coisas (*in rerum natura*) e, mais precisamente, na natureza ontológica do indivíduo humano; e a idealista que transfere para a lei ou para o sistema positivo a causa eficiente da personalidade jurídica que passa a ser um produto racional, de caráter mais ou menos formal e abstrato, explicável como mero fenómeno cultural, à margem de qualquer fundamento natural e metafísico. Segundo a ideia realista, a pessoa natural ou ontológica é necessariamente também pessoa jurídica, sendo a personalidade jurídica atributo originário e direito natural do homem. Enquanto para o idealismo jurídico, que se confunde com o juspositivismo⁷¹, o nascituro é ou não pessoa jurídica conforme determinação da lei⁷².

⁶⁴ Cf. art. 2240º., n.º 2. Vide RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ibidem*, pp. 281⁶⁹⁸ e 285⁷¹⁷; CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *ibidem*, p. 202²⁰⁷; e LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de direito das sucessões*, 4ª. ed., *Quid Iuris*, Lisboa, 2012, p. 160

⁶⁵ Cf. art. 952º., n.º 2. Vide CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *ibidem*, 202²⁰⁷-que observa o desaparecimento da figura do curador ao ventre prevista no Código de Seabra (art. 157º.).

⁶⁶ Vide LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral do direito civil*, I. *Introdução. Pressupostos da relação jurídica*, 6ª. ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, p. 205.

⁶⁷ Vide CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *ibidem*, p. 203.

⁶⁸ Vide RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Teoria geral do direito civil* I, cit., p. 280.

⁶⁹ Transcrevemos MÁRIO EMÍLIO BIGOTTE CHORÃO, *Conceção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro em O Direito*, ano 130º., 1998, I-II, p. 58.

⁷⁰ Vide MÁRIO EMÍLIO BIGOTTE CHORÃO, *ibidem*, p. 59.

⁷¹ Vide MÁRIO EMÍLIO BIGOTTE CHORÃO, *ibidem*, p. 75, para quem “*o ideário positivista, largamente imperante na cultura jurídica contemporânea, tem favorecido a tese negadora da personalidade do conceptus, adiando a sua aquisição para o momento do nascimento*”.

⁷² Vide MÁRIO EMÍLIO BIGOTTE CHORÃO, *ibidem*, pp. 61-75; e SILMARA JUNY DE ABREU CHINALLATO, *Estatuto jurídico do nascituro. A evolução do direito brasileiro em Pessoa e Direito*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 428-431.

Mas as dificuldades não cessam. Há quem recuse a existência de personalidade jurídica no *nasciturus* concebido, apoiando-se no art. 66º., do nosso Código Civil, segundo o qual “a personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida”⁷³; e “os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”⁷⁴. Portanto, porque o nascituro ainda não nasceu, não goza de personalidade jurídica. Pergunta-se: como é possível instituí-lo herdeiro ou ter vocação sucessória legal? Como pode receber doações? Como pode ter direito a indemnizações por danos causados quando ainda se encontra no ventre materno? Como pode ser representado na administração dos bens que lhe forem transmitidos *inter vivos* e *mortis causa*?

As respostas têm sido diferentes. Há quem, pura e simplesmente recuse a existência de personalidade antes do nascimento e, por isso, entenda que se trata de um estado de vinculação, duma situação de obnubilação do sujeito ou de direitos sem sujeito⁷⁵. Há também quem defenda a retroatividade da personalidade ao momento da constituição do direito; quem defenda uma personalidade parcial; e quem considere que existe personalidade desde a concepção⁷⁶.

Estamos perante um problema de mera construção doutrinal⁷⁷ que hoje alberga um novo sentido: o de que o nascituro é, desde a sua concepção, um ser que emerge com estrutura e dinâmica humanas autónomas, embora funcionalmente dependente da mãe. Numa palavra: é inquestionável a existência de vida intrauterina do feto, autónoma, desde a sua concepção e razões éticas impõem ao Direito a sua tutela⁷⁸ constitucional⁷⁹ e civil⁸⁰. Ou ainda: “a personalidade humana é para o Direito um *prius*, algo que o Direito já encontra, sendo o seu reconhecimento não apenas exigência lógica, mas postulado axiológico que impõe o reconhecimento e tutela da personalidade de todos os seres humanos. Dir-se-á, mesmo, que a pessoa humana, como entidade pré-jurídica, formula ao Direito um conjunto de reivindicações ou exigências”⁸¹.

Neste sentido, critica-se a concepção tradicional sobre o começo da personalidade humana, dominada pela concepção aristotélica da alma vegetativa

⁷³ Cf. art. 66º., nº. 1.

⁷⁴ Cf. art. 66º., nº. 2.

⁷⁵ Defendem estas posições, respetivamente, Manuel de Andrade, Castro Mendes, Paulo Cunha e Mota Pinto (e Carvalho Fernandes). Vide LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral do direito civil*, I. *Introdução. Pressupostos da relação jurídica*, cit., pp. 203 e 205.

⁷⁶ Defendem estas ideias, respetivamente, Dias Marques, Capelo de Sousa, Oliveira Ascensão (e Leite de Campos). Vide LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *ibidem*, p. 204 e *Lições de direito das sucessões*, cit., p. 160.

⁷⁷ Vide RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Teoria geral do direito civil*, I, cit., p. 279.

⁷⁸ Vide LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral do direito civil*, I. *Introdução. Pressupostos da relação jurídica*, cit., p. 203.

⁷⁹ Cf. arts. 24º. e ss. da Constituição da República Portuguesa.

⁸⁰ Além dos efeitos pessoais e patrimoniais referidos, não se pode ignorar a proteção geral da personalidade física e moral dos nascituros concebidos prevista no art. 70º. do Código Civil. Vide RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Teoria geral do direito civil*, I, cit., p. 267.

⁸¹ Transcrevemos PAULO MOTA PINTO, *Direitos de personalidade e direitos fundamentais. Estudos*, Gestlegal, Coimbra, 2018, pp. 25-26.

ou nutritiva⁸², por ser pré-científica fundada na ignorância da vida pré-natal, posição “*insustentável pela ciência contemporânea que sabe que a criança concebida é um ser humano (capaz de sensações, de sentimentos, de resposta a estímulos sensoriais externos, de reconhecimento da voz dos pais, etc) e que o nascimento não é um começo, mas um passo*”⁸³. E considera-se que “*as normas contidas na maioria das legislações que vinculam o início da personalidade ao nascimento estão naturalmente gastas e ultrapassadas*”⁸⁴.

Em consequência, e porque “*todo o direito tem sido constituído por causa dos homens*”, como advertia o jurisconsulto romano HERMOGENIANO⁸⁵, importa considerar que o nascituro tem personalidade jurídica (e capacidade jurídica) como qualquer ser humano⁸⁶ desde o momento em que tem vida, ou seja, desde a sua conceção, personalidade que vai acompanhando a evolução da gestação, ou seja, a sua formação humana.

Esta posição realista afasta algumas dificuldades criadas pela conceção tradicional (idealista), que liga a personalidade jurídica ao nascimento. E perde sentido o velho adágio *conceptus pro iam nato habetur*.

Todavia, enquanto o nosso Código considerar que “*a personalidade jurídica adquire-se no momento do nascimento completo e com vida*”⁸⁷ e que “*os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento*”⁸⁸, ou seja, atribuir ao nascimento o momento determinante da assunção da personalidade e da capacidade jurídicas, a posição realista não passa de hipótese duma eventual alteração legislativa. O que significa que o adágio *conceptus pro iam nato habetur* (*quotiens de commodis eius agitur*) conserva a sua utilidade de, em palavras breves e incisivas, manifestar o regime jurídico do concebido na fase intra-uterina. Trata-se, portanto, duma ficção dogmática.

A situação jurídica do nascituro não concebido (*concepturus*) merece também a nossa atenção. Já o Código de Seabra, inspirando-se no Código Albertino⁸⁹, determina que “*será válida a disposição a favor dos nascituros, descendentes em primeiro grau de certas e determinadas pessoas vivas ao tempo da morte do testador, posto que o futuro herdeiro ou legatário venha à luz fora do prazo dos trezentos dias (contados desde a morte do testador)*”⁹⁰. Ou seja, contempla-se a hipótese de, no momento da feitura do testamento, ainda não se encontrar concebido.

⁸² Vide DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista) em Pessoa Humana e Direito*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 48; e SILMARA JUNY DE ABREU CHINALLATO, *Estatuto jurídico do nascituro. A evolução do direito brasileiro*, cit., p. 436.

⁸³ Transcrevemos DIOGO LEITE DE CAMPOS, *ibidem*, pp. 48-49.

⁸⁴ Voltamos a transcrever DIOGO LEITE DE CAMPOS, *ibidem*, pp. 49 e 53.

⁸⁵ D. 1,5,2: “*Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit*”.

⁸⁶ Vide DIOGO LEITE DE CAMPOS, *ibidem*, p. 54.

⁸⁷ Cf. art. 66º., nº. 1.

⁸⁸ Cf. art. 66º., nº. 2.

⁸⁹ Vide F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das sucessões*, cit., p. 191¹⁴⁵.

⁹⁰ Cf. arts. 1777º. e 1776, § único.

Não deixa de ser um passo relativamente tímido abandonado pelo atual Código Civil que deliberadamente consagra a figura do *concepturus* (ou nascituro ainda não concebido), a quem atribui capacidade sucessória na sucessão testamentária ou contratual, desde que seja filho de pessoa determinada viva ao tempo da abertura da sucessão⁹¹. Justifica-se esta disposição legal em duas razões: 1) o testador não quer instituir determinadas pessoas em relação às quais deixou de ter estima ou confiança, mas não quer deixar de beneficiar os seus filhos⁹²; 2) o testador pode ter filhos, mas é possível que nasçam outros e, instituindo os filhos não concebidos evita-se a desigualdade entre eles⁹³. E, atribuindo a capacidade sucessória voluntária aos nascituros não concebidos, não deixou de cuidar da administração dos bens a eles deixados, atenta também a hipótese de poderem nascer muitos anos depois da morte do testador⁹⁴.

É óbvio que, no momento da redação do testamento ou da feitura do contrato, não tem realidade biológica e, portanto, existência jurídica⁹⁵. E, não se encontrando concebido, não se lhe aplica o princípio *conceptus pro iam nato habetur*.

Segundo a nossa doutrina, o nascituro não concebido (*concepturus*) é simples hipótese de ser, não existe naturalisticamente e, por isso, não se pode falar de esperança de vida⁹⁶. Em consequência, os direitos ou interesses juridicamente tutelados são pontuais e restringem-se ao campo patrimonial: além da capacidade sucessória na sucessão voluntária (testamentária e contratual) que referimos⁹⁷, prevê-se igualmente a possibilidade de receber bens por doação, desde que, como o concebido, seja filho de pessoa determinada, viva ao tempo da declaração de vontade do doador, presumindo-se que este reserva para si o usufruto até ao nascimento⁹⁸. E também por não passar de simples hipótese de ser, compreende-se a atitude de alguns códigos europeus, como o francês e o alemão que, todavia, permitem a substituição fideicomissária⁹⁹.

⁹¹ Cf. art. 2033º, n.º 2, a).

⁹² Vide F. M. PEREIRA COELHO, *ibidem*, 192, que refere o seguinte exemplo: “É o caso de alguém que perdeu a confiança ou afeição pelo filho ou irmão, mas não perdeu os sentimentos familiares e por isso, não quer que os seus bens vão para os parentes mais afastados ou pessoas estranhas à família”.

⁹³ Vide F. M. PEREIRA COELHO, *ibidem*, p. 192.

⁹⁴ Cf. o art. 2240º, n.º 1 que manda aplicar as disposições dos arts. 2237º. a 2239º. que se ocupam da administração da herança deixada sob condição suspensiva; e sujeita os administradores às regras aplicáveis ao curador provisório dos bens do ausente com as necessárias adaptações. Vide F. M. PEREIRA COELHO, *ibidem*, p. 193.

⁹⁵ Vide RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de direito das sucessões*, I, cit., p. 288⁷²⁷.

⁹⁶ Vide RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Teoria geral do direito civil*, I, cit., p. 282.

⁹⁷ Cf. art. 2033º, n.º 2, a). Vide PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, VI, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 33-34; F. M. PEREIRA COELHO, *Direito das sucessões*, cit., p. 190; RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Lições de direito das sucessões*, I, cit., p. 285⁷¹⁷; 287⁷²⁴, e LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de direito das sucessões*, cit., p. 160.

⁹⁸ Cf. art. 952º.

⁹⁹ Vide M. F. PEREIRA COELHO, *Direito das sucessões*, cit., p. 191⁴⁴⁵; e RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *ibidem*, p. 287⁷²⁴.

Não havendo realidade biológica que suporte a personalidade e a capacidade jurídicas, parece-nos que se pode acolher a doutrina dos direitos sem sujeito¹⁰⁰.

E não parece que se deva aplicar a máxima *conceptus pro iam nato habetur*, a menos que substituamos *conceptus por nasciturus*, alteração que, no entanto, distorce o seu verdadeiro sentido.

2. “*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*”

2.1. Direito romano

Este princípio surge-nos num texto atribuído ao jurisconsulto ULPIANO¹⁰¹ e tem sido traduzido por “ninguém pode transferir a outro mais direito do que o que tem”¹⁰² ou, ainda, em termos mais simples, “ninguém pode dar o que não tem”¹⁰³. Aplicado à compra e venda, significa, em termos gerais, que o vendedor não pode vender um direito que não tem.

Todavia, os seus efeitos são diferentes comparando, v.g., o direito romano com o atual direito civil português, como iremos observar.

Olhando para o direito romano, é pacífico o entendimento de que a compra e venda (*emptio venditio*) produzia efeitos obrigacionais: o vendedor obrigava-se a transferir ao comprador a posse (*tradere*) de uma coisa e a assegurar-lhe o seu gozo pacífico (*habere licere*); e o vendedor, a dar (*datio*) a propriedade de determinada *pecunia* que constituía o preço¹⁰⁴.

Além da obrigação referida, de cuidar da coisa até à sua entrega e de responder por vícios ocultos¹⁰⁵, o vendedor respondia por evicção, ou seja, pela privação sofrida pelo comprador em consequência de uma sentença que, tendo reconhecido a propriedade a um terceiro ou a sua titularidade de uma servidão, usufruto ou penhor, lhe conferiu a posse¹⁰⁶.

Por isso, o comprador demandado devia requerer a presença do vendedor no processo para o defender¹⁰⁷. Se recusasse ou não evitasse a sentença

¹⁰⁰ Vide LUIS A. CARVALHO FERNANDES, *ibidem*, p. 161; e RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Teoria geral do direito civil*, I, cit., p.283.

¹⁰¹ Cf. D. 50,17,54.

¹⁰² Vide A. D’ORS, F. HERNANDEZ-TEJERO, P. FUENTESECA, M. GARCIA-GARRIDO y J. BURILLO, *El Digesto de Justiniano*, III, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1975, p. 873.

¹⁰³ Vide A. D’ORS, *Derecho privado romano*, 9ª. ed., EUNSA, Pamplona, 1007, § 158.1. Vide também ARMANDO TORRENT RUIZ, *Diccionario de derecho romano*, Edisofer, SL, Madrid, 2005, p. 757.

¹⁰⁴ Cf. GAIO 3,319; Vide JUAN IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e instituciones*, 11ª. ed., Ariel Derecho, Barcelona, 1993, pp. 372 e 374, A. SANTOS JUSTO, *Derecho privado romano – II (direito das obrigações)*, 6ª ed., em *Studia Iuridica*, 76, Coimbra Editora, Coimbra, 2018, pp. 51, 53 e 56.

¹⁰⁵ Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 59-61.

¹⁰⁶ Cf. D. 18,1,66pr.; -21,2,35. Vide A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 57, onde são citadas as fontes e referida a bibliografia adequada.

¹⁰⁷ O próprio vocábulo *evictio* provém de *evincere* que significa ser vencido em juízo. Vide

desfavorável, o comprador podia demandá-lo com a *actio auctoritatis* com a qual obteria a sua condenação no dobro do preço pago¹⁰⁸. Em igual responsabilidade incorria o vendedor se um terceiro vencesse a ação em que reclamasse um direito de servidão¹⁰⁹, de usufruto¹¹⁰ ou de penhor¹¹¹ sobre a coisa vendida. A obrigação que responsabilizava o vendedor por evicção cessava quando o comprador se tornasse proprietário por usucapião¹¹².

A responsabilidade por evicção contraída pelo vendedor conheceu uma evolução, de que destacamos quatro fases: inicialmente, resultava de *mancipatio*¹¹³ e, na sua ausência, duma *stipulatio*¹¹⁴ que podia revestir duas modalidades: 1.^a- a *stipulatio duplae*, através da qual o vendedor se obrigava a restituir o dobro do preço ao comprador; e a *stipulatio habere licere*, em que aquele se responsabilizava pelo dano causado; 2.^a- foi concedida ao comprador

RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 562; e ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, Zaragoza, 1991, p. 454, para quem só quando o comprador tivesse sido vencido em juízo se falava de evicção.

¹⁰⁸ Segundo ARMANDO TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, cit., p. 455, havendo *stipulatio habere licere* (vide *infra*, nota 11), o comprador podia reclamar do vendedor, através de uma *actio ex stipulatu*, a reparação dos danos causados. No mesmo sentido, vide JUAN IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e instituciones*, 11.^a ed., com a colaboração de Juan Iglesias-Redondo, Ariel Derecho, Barcelona, 1993, p. 375.

¹⁰⁹ Vide JUAN IGLESIAS, *ibidem*, p. 374¹²⁰.

¹¹⁰ Cf. D. 45,1,38,3.

¹¹¹ Cf. D. 21,2,34,2; -21,2,35; -21,2,66pr.

¹¹² Vide JUAN IGLESIAS, *ibidem*, p. 375; RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., pp. 562-563; ARMANDO TORRENT, *ibidem*, p. 454; e A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano - II (direito das obrigações)*, cit., p. 57.

¹¹³ Trata-se dum negócio jurídico que, nos primeiros tempos de Roma, foi a forma mais caraterística e importante de transferir a propriedade das coisas consideradas mais valiosas (*res Mancipi*). Foi, originariamente, uma verdadeira compra e venda e um dos seus efeitos era a garantia (denominada *auctoritas*) que o alienante prestava ao adquirente com base na qual este podia instaurar a *actio auctoritatis* para se ressarcir dos danos causados. Continha também a obrigação de prestar assistência judiciária quando um terceiro reivindicasse a propriedade adquirida pelo comprador. Mais tarde, a *mancipatio* acabou por se tornar num negócio imaginário (*imaginaria venditio*) suscetível se várias aplicações, até desaparecer definitivamente no direito justinianeu com a eliminação da distinção entre *res Mancipi* e *res nec Mancipi*.

Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano - III (direitos reais)*, reimpressão, em *Studia Iuridica*, 26, Coimbra Editora, 2014, pp. 94-95. Sobre a garantia (*auctoritas*), vide VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, II, cit., p. 310-329.

¹¹⁴ Cf. D. 45,1,38. A *stipulatio* era um contrato formal utilizado muito frequentemente para a satisfação de necessidades muito diferentes. Dentro da grande variedade dos fins a que se destinava, destaca-se a criação de obrigações para: garantir outras já existentes; assegurar o uso normal de um direito real sobre coisa alheia (v.g., a caução de usufruto: *cautio usufructuaria*); conferir a proteção judicial a acontecimentos futuros (v.g., a criação da caução de dano iminente: *cautio damni infecti*); evitar danos (v.g., a caução contra perturbações: *cautio de amplius non turbando*); etc. Destacam-se duas modalidades: a *satisdatio secundum Mancipium*, utilizada sobretudo na compra e venda de imóveis; e a *stipulatio habere licere*, na compra e venda de coisas menos valiosas (*res nec Mancipi*). Vide A. SANTOS JUSTO, *Direito privado romano - (direito das obrigações)*, cit., pp. 58 e 86-92; VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *ibidem*, 329-345; e A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, 3.^a ed., UTET, Turim, 1982, p. 457.

a ação de compra (*actio empti*) para exigir a necessária *stipulatio*¹¹⁵; 3^a.- quiçá por influência da *bona fides*¹¹⁶, a mesma ação foi concedida ao comprador para demandar o vendedor por danos causados pela evicção, independentemente de qualquer *stipulatio*, ou seja, a *evictio* tornou-se elemento natural da compra e venda¹¹⁷; 4^a.- no direito de Justiniano, subsistem a *stipulatio duplae* e a *actio empti*, por virtude das quais o comprador podia exigir ao vendedor, respetivamente, o dobro do preço da coisa vendida (se assim tivesse sido acordado) e o valor dos danos causados. Todavia, a responsabilidade do vendedor nunca podia exceder o duplo do preço¹¹⁸. Tratando-se de venda de um crédito, o vendedor só respondia pela sua existência e não pela solvabilidade do devedor¹¹⁹.

No entanto, a lei e as partes podiam afastar a evicção; aquela afastava a responsabilidade do vendedor, v.g., quando a coisa vendida pertencesse a uma Igreja ou obra pia¹²⁰; as partes, quando celebrassem um *pactum de non praestanda evictione*, a que recorriam, sobretudo, quando fosse vendida uma coisa empenhada¹²¹ ou alheia¹²².

Em conclusão, se o vendedor vendesse uma coisa alheia (e, a menos que a sua responsabilidade fosse afastada por acordo com o comprador), a venda seria (como se diria hoje) ineficaz em relação ao seu proprietário e o vendedor incorria na obrigação de indemnizar: ou o dobro do preço (se assim tivesse sido acordado) ou o valor danos sofridos pelo comprador, com um limite máximo: o dobro do preço. E se a venda incidisse sobre um crédito, o vendedor só respondia pela sua existência e não pela solvência do devedor.

2.2. Direito português

As nossas Ordenações Filipinas, que, seguindo o direito romano, consagram a compra e venda como contrato que produz efeitos obrigações¹²³. Por isso, não

¹¹⁵ Cf. D. 19,4,1pr. Vide A. BURDESE, *ibidem*, p. 457.

¹¹⁶ Vide A. BURDESE, *ibidem*, p. 457.

¹¹⁷ Cf. D. 41,3,23,1. Vide A. BURDESE, *ibidem*, p. 458; VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *ibidem*, p. 310; RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho romano*, cit., p. 562; ARMANDO TORRENT, *ibidem*, p. 455; e A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, pp. 57-58.

¹¹⁸ Cf. C. 7,47,1; -8,47,7. Vide JUAN IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e instituciones*, p. 375; VINCENZO ARANGIO-RUIZ, *ibidem*, 352, para quem a aplicação desta norma no caso particular do D. 19,1,14 representa um eco do regime clássico; ARMANDO TORRENT, *ibidem*, p. 454; e RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *ibidem*, p. 563.

¹¹⁹ Cf. D. 18,4,4. Vide A. BURDESE, *ibidem*, p. 458.

¹²⁰ Cf. N. 7,5. Vide RICARDO PANERO GUTIÉRREZ, *ibidem*, p. 562.

¹²¹ Cf. D. 20,5,12,1; -21,2,68pr; C. 8,45(46),1-2. Vide A. BURDESE, *ibidem*, p. 458; e JUAN IGLESIAS, *ibidem*, p. 375.

¹²² Cf. C. 8,44(45),27. Vide JUAN IGLESIAS, *ibidem*, p. 375.

¹²³ Assim, as Ordenações Filipinas determinam que “fazendo-se compra e venda de alguma certa cousa por certo preço, depois que o contrato é acordado e firmado pelas partes, não se pode mais alguma delas arrepender sem consentimento da outra. Porque, tanto que o comprador e o vendedor são acordados na compra e venda de alguma certa coisa por certo preço, logo esse contrato é perfeito e acabado, em tanto que dando, ou ofe-

surpreende que tenham previsto a hipótese de alguém vender uma coisa alheia e consagrado a responsabilidade do vendedor por evicção. Transcrevemos os seguintes textos:

IV,5pr.: “Se o comprador for entregue da coisa que comprou, e antes de pagar o preço ao vendedor, lhe for dito que a coisa não é do vendedor, não será obrigado a lhe pagar o preço...”.

III,45,2: “Outrosim, se algum é demandado por coisa, que possua, e ele quer chamar por autor o que lhe a coisa vendeu (...) nomeá-lo-á e chamá-lo-á antes das inquirições abertas e publicadas; e não chamando até esse tempo, não será o dito autor nomeado obrigado a lhe pagar o dano que receber, por a coisa lhe ser tirada por sentença, posto que o dito autor nomeado fosse sabedor que o réu era demandado em juízo por ela (...) E sendo vencido no juízo principal e da apelação (a qual será obrigado a seguir até ao fim), será obrigado o autor chamado a lhe compor a coisa vendida com o seu interesse ou pagar o preço que por ela recebeu, qual o réu vencido mais quiser. E assim será obrigado a compor-lhe o dobro, quando assim o prometeu em algum contrato...”

III,45,5: “E qualquer que vender coisa alheia, será obrigado a compor ao comprador a dita coisa com seu interesse, como dito é, salvo se o comprador era sabedor que a dita coisa era alheia, porque em tal caso não será obrigado o vendedor a lha compor nem a lhe tornar o preço. Porém, o tal preço se perderá para os Cativos, sendo o vendedor isso mesmo sabedor ao tempo da venda que a coisa era alheia”.

Apoiando-se nestas disposições, M. A COELHO DA ROCHA observa que o “vendedor é obrigado a indemnizar o comprador, ao que se chama prestar a evicção”. E, “porque esta obrigação é apenas natural aos contratos, as partes podem: a) renunciá-la; assim como b) reforçá-la, v.g., obrigando-se ao duplo ou dando fiador”. Ainda segundo este Autor, “garantir os factos de terceiro é circunstância apenas natural, e, portanto, livre às partes convencionar a esse respeito o que lhes parecer”. E, prosseguindo, ensina que “o vendedor no caso de evicção repõe: 1º.- o preço que recebeu ou o valor da coisa ao tempo da evicção, à escolha do evicto; 2º.- restitui também todas as despesas do contrato e da

*recendo o comprador ao vendedor o dito preço, que seja seu, será ele obrigado de lhe entregar a coisa vendida” (IV,2pr.); “e, porquanto tanto que a compra e venda for acabada por consentimento das partes, deve o vendedor entregar primeiro a coisa vendida ao comprador; depois o comprador lhe deve logo pagar o preço” (IV,5,1); “se o que for senhor de alguma coisa, a vender duas vezes a desvairadas pessoas, o que primeiro houver a entrega dela será dela feito verdadeiro senhor, se dela pagou o preço por que lhe foi vendida” (IV,7pr.); “e se o senhor da coisa a vendesse a alguém e recebesse o preço sem lha entregar, e depois a vendesse a outrem e lha entregasse, recebendo dele o preço ou havendo dele por pago, este segundo comprador será feito verdadeiro senhor dela e o primeiro comprador poderá demandar ao vendedor o dinheiro que lhe pagou por a compra da dita coisa com seus juros...” (IV,6,3); “se o que for senhor de alguma coisa, a vender duas vezes a desvairadas pessoas, o que primeiro houver a entrega dela será dela feito verdadeiro senhor, se dela pagou o preço por que lhe foi vendida...” (IV,7pr.). Vide PASCOAL JOSÉ DE MELO FREIRE, *Instituições de direito civil português*, trad. do latim pelo Dr. Miguel Pinto de Meneses, no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 168, julho, 1967, p. 66, para quem “o vendedor, embora seja obrigado a entregar ao comprador a coisa vendida, retém, todavia, o domínio dela até à tradição”; e “se o vendedor, uma vez que é o senhor da coisa até à sua tradição, a vender a dois, tem a preferência aquele a quem ela foi entregue”; e M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil português*, II, 8ª. ed., Livraria Clássica Editora A. M. Teixeira, Lisboa, 1917, p. 547.*

aquisição; 3º.- assim como os frutos e rendimentos, quando o comprador evicto foi obrigado a restituí-los; 4º.- e as despesas das demandas; 5º. – as benfeitorias que ao comprador não pagou o terceiro reivindicante, mesmo as voluptuárias, se o vendedor vendeu em má fé”. E questiona: “Se o comprador venceu o litígio em que o terceiro lhe demandava a coisa comprada, poderá pedir ao vendedor as despesas que fez, além das custas? Lobão resolve negativamente”¹²⁴.

Finalmente, refere: *“Para que o comprador possa obrigar o vendedor pela evicção, é necessário tê-lo chamado à autoria na ação em que a coisa lhe foi evicta, para a vir defender, exceto de estiver ausente fora do reino”¹²⁵.*

Em conclusão: na vigência das nossas Ordenações Filipinas (e igual regime vigorou nas Ordenações anteriores), observamos a influência decisiva do direito romano: a responsabilidade do vendedor que pode chegar até ao dobro do preço da coisa vendida, cumprido o mesmo pressuposto: a chamada do devedor ao juízo para defender o comprador.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 1867, a situação não se alterou. Com efeito, determina que *“se aquele que adquiriu uma coisa por contrato oneroso, foi privado dela por terceiro, que a ela tinha direito, o alheador é obrigado a indemniza-lo, nos termos seguintes”¹²⁶*, ou seja: 1) o alheador, ainda que haja procedido de boa fé, é obrigado a pagar integralmente: 1º.- o preço ou o que haja recebido do adquirente evicto; 2º.- os gastos, que o mesmo adquirente tenha feito com o contrato e com o pleito da evicção, salva a exceção do artigo 1053º. (situação em que o alheador, chamado à autoria, ou conhecendo a pretensão do *evictor*, não responderá pelos gastos, se se oferecer a satisfazer a sua responsabilidade); 3º.- todas as despesas úteis e necessárias que não sejam abonadas ao adquirente pelo evicto ou pelo vencedor; etc.¹²⁷. Se o vendedor houver procedido de má fé, *“será obrigado a indemnizar o evicto”*, mas responderá pela diferença *“se o valor da coisa ao tempo da evicção for superior ao valor prestado”*; e responderá *“por todas as perdas e danos que resultarem da evicção, não excetuando as despesas voluptuárias”¹²⁸*. No entanto, não responde por evicção se: 1) assim foi estipulado ou o adquirente, advertido do risco da evicção, o tomou para si; 2) se, conhecendo o adquirente o direito do *evictor*, dolosamente o tiver ocultado ao alheador; 3) se o adquirente não tiver chamado à autoria o alheador; etc.¹²⁹. Finalmente, *“os contraentes podem aumentar ou diminuir, convencionalmente, os efeitos da evicção, mas não renunciar à responsabilidade que possa resultar do seu dolo ou má fé”¹³⁰*.

¹²⁴ Transcrevemos M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições do direito civil portuguez*, cit., pp. 551-553.

¹²⁵ Voltamos a transcrever M- A. COELHO DA ROCHA, *ibidem*, p. 553.

¹²⁶ Cf. art. 1046º.

¹²⁷ Cf. art. 1047º.

¹²⁸ Cf. art. 1048º.

¹²⁹ Cf. art. 1051º.

¹³⁰ Cf. art. 1055º.

Em conclusão, a responsabilidade do vendedor por evicção consiste em restituir ao comprador o preço da coisa vendida ou o que tenha recebido, além dos gastos que o adquirente tenha feito, salvo situações muito especiais, de que destacamos o acordo das partes, a conduta dolosa do comprador e o não chamamento do vendedor à demanda. Continua a ser bem visível a presença do direito romano: dir-se-á, segundo a dogmática hodierna, que a compra e venda é ineficaz ao dono da coisa; e cria-se uma relação jurídica entre vendedor e comprador em que, via de regra, aquele é obrigado a indemnizar este dos danos causados. Não existe referência à solução romana da restituição do dobro do preço pago, subsistindo apenas o preceito igualmente romano da indemnização dos danos causados.

No atual Código Civil, a situação alterou-se profundamente: ainda que subsista uma ou outra referência à evicção¹³¹, esta figura foi substituída pela nulidade da venda de coisa alheia com algumas especificidades que a afastam do regime regra da nulidade dos negócios jurídicos. Com efeito, o nosso Código determina “a declaração contratual de que o vendedor não garante a sua legitimidade ou não responde pela evicção envolve derrogação de todas as disposições legais a que o número anterior se refere, com exceção do preceituado no artigo 894º.”¹³². Ou seja, se o vendedor declinar a sua responsabilidade pela venda de coisa alheia, não é obrigado a sanar a nulidade em caso de boa fé do comprador (art. 897º., nº. 1); não é obrigado a indemnizar o comprador de boa fé (art. 899º.); nem responde pelo não cumprimento da obrigação de sanar a nulidade da venda nem pela mora no seu cumprimento (art. 900º., nº. 1); e não é garante solidário do pagamento das benfeitorias que o dono da coisa deva reembolsar ao comprador de boa fé (art. 901º.). Estamos perante um eco do *pactum de non praestanda evictione*, como a nossa doutrina tem observado.

De fora continua a ficar, naturalmente, a posição do verdadeiro proprietário, em relação ao qual a venda de coisa alheia é, como *res inter alios*, ineficaz¹³³ e, por isso, pode intentar a ação de reivindicação¹³⁴

E, quanto à relação entre o vendedor e o comprador, o Código sancionou a compra e venda de coisa alheia como própria¹³⁵ com a nulidade, na sequência da

¹³¹ Vide LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, III, 10 ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 87, para quem este regime ainda se encontra estatuído nos arts. 1626 e ss. do Código Civil francês e nos arts. 1483 e ss. do Código Civil italiano. Vide também: PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, II, 4ª. ed., reimpressão, Coimbra Editora, 2011, p. 184; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Contratos civis na Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*. IX, 1953, pp. 156-160; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações (parte especial)*. *Contratos*, 2ª. ed., 5ª. reimpressão, Almedina, Coimbra, 2014, p. 118; e A. SANTOS JUSTO, *Manual de contratos civis*, Petrony, Lisboa, 2017, p. 51.

¹³² Cf. art. 903º., nº. 2.

¹³³ Vide PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *ibidem*, p. 184; e LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *ibidem*, p. 91.

¹³⁴ Cf. art. 1311º. Vide LUIS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *ibidem*, p. 91.

¹³⁵ Cf. art. 904º.

substituição obrigacional dos efeitos do contrato de compra e venda pelo efeito real: se o contrato transfere imediatamente a propriedade, é óbvio que o vendedor deve ser proprietário da coisa vendida¹³⁶. A doutrina entende que a nulidade não estimula os desonestos ou aventureiros a intrometerem-se na órbita alheia¹³⁷.

No entanto, a nulidade apresenta um regime especial que permite falar de nulidade atípica ou mista¹³⁸. Efetivamente, depois de ter estatuído que “*é nula a venda de bens alheios sempre que o vendedor careça de legitimidade para a realizar*”, deparamos com a primeira especificidade em relação ao regime regra da invalidade dos negócios jurídicos: “*o vendedor não pode opor a nulidade ao comprador de boa fé, como a não pode opô-la ao vendedor de boa fé o comprador doloso*”¹³⁹. Este desvio contém uma limitação à regra geral da nulidade que é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal¹⁴⁰. Trata-se dum limitação imposta por compreensíveis razões de moralidade e de justiça¹⁴¹.

Depois – e afastada a venda de bens alheios como bens futuros¹⁴² –, o comprador de boa fé “*tem o direito de exigir a restituição integral do preço, ainda que os bens se hajam perdido, estejam deteriorados ou tenham diminuído de valor por qualquer outra causa*”¹⁴³. Todavia, “*se o comprador houver tirado proveito da parda ou diminuição*

¹³⁶ Vide LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *ibidem*, p. 90; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *ibidem*, pp. 110-112; A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 52; e LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *ibidem*, p. 90, para quem “*o nosso legislador consagrou, por influência do Direito francês, a solução da nulidade da venda de bens alheios*”. Ainda segundo este Autor, a nulidade da venda de bens alheios tem por base “*o cartesianismo da época do Code Civil que considerou a propriedade do vendedor como pressuposto essencial da venda*”: Todavia, essa solução “*não veio a ser seguida pelo Código Civil alemão que, instituindo o cariz obrigacional da venda (§ 433) não estabeleceu a nulidade da venda de bens alheios*”.

¹³⁷ Vide HOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *ibidem*, p. 158.

¹³⁸ Vide PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações (parte especial)*. Contratos, cit., pp. 114-115; A. SANTOS JUSTO, *ibidem*, p. 53; e LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, cit., p. 91, para quem “*a nulidade da venda de bens alheios tem muito pouco em comum com o regime da nulidade consagrado na parte geral do Código*”.

¹³⁹ Cf. art. 892º.

¹⁴⁰ Cf. art. 286º. A nossa doutrina está dividida quanto à possibilidade de o tribunal conhecer oficiosamente esta nulidade. Assim, enquanto para LUÍS MANUEL TELES DE MENESES LEITÃO, *ibidem*, p. 92) “*não parece que esta nulidade possa ser oficiosamente declarada pelo tribunal, uma vez que tal redundaria numa forma de elidir as proibições da sua invocação*”, PEDRO ROMANO MARTINEZ (*ibidem*, p. 115) entende que “*é discutível*”.

¹⁴¹ Vide PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código civil anotado*, II, cit., p. 185.

¹⁴² Cf. art. 893º., que remete para o art. 880º. Vide LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *ibidem*, p. 88, para quem “*o regime da venda de bens alheios, instituído nos arts. 892º. e ss apenas se poderá aplicar se for vendida como própria uma coisa alheia específica e presente, fora do âmbito das relações comerciais*”. Por isso, não se aplica “*se alguém vende um prédio em nome de outrem, sem poderes para o fazer (art. 268º.) ou abusa dos seus poderes de representação, no caso em que a outra parte conhecia ou devia conhecer o abuso (art. 269º., o contrato é ineficaz em relação ao verdadeiro proprietário se este não o ratificar, e nunca produz os efeitos em relação ao representante, por este não ser parte no negócio*”.

¹⁴³ Cf. art. 894º., nº. 1.

de valor dos bens, será o proveito abatido no montante do preço e da indemnização que o vendedor tenha de pagar-lhe”¹⁴⁴. Haja em vista que o regime regra da nulidade não comporta este regime: deve “ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente”, salvaguardando-se, no entanto, alguns efeitos da posse (perda ou deterioração da coisa, frutos, encargos, benfeitorias)¹⁴⁵.

Segue-se a convalidação do contrato, por virtude da qual “a propriedade ou direito transfere-se para o comprador”¹⁴⁶. Estão previstas algumas exceções¹⁴⁷ e, se não ocorrerem e havendo boa fé do comprador, “o vendedor é obrigado a sanar a nulidade da venda adquirindo a propriedade da coisa ou o direito vendido”¹⁴⁸. Regressando ao regime regra da nulidade, nem sequer é sanável por confirmação¹⁴⁹.

Acresce que, “se um dos contraentes houver procedido de boa fé e o outro dolosamente, o primeiro tem direito a ser indemnizado, nos termos gerais, de todos os prejuízos que não teria sofrido se o contrato fosse válido desde o começo, ou não houvesse sido celebrado, conforme venha ou não a ser sanada a nulidade”¹⁵⁰. Estamos perante a hipótese em que uma das partes (vendedor ou comprador) procedeu dolosamente e a outra (vendedor ou comprador), de boa fé. Relativamente aos danos sofridos contemplam-se duas situações: na primeira (nulidade sanada), “a indemnização toma por base os danos causados por o contrato não ser ab initio válido, abrangendo, assim, o interesse contratual positivo.” No segundo caso (nulidade não sanada), “a indemnização limita-se aos danos que não ocorreriam se o contrato não tivesse sido celebrado, ou seja, ao interesse contratual negativo; o que constitui uma solução típica da

¹⁴⁴ Cf. art. 894º., nº. 2.

¹⁴⁵ Cf. art. 289º.-, nºs. 1 e 3. Segundo LUIS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *ibidem*, p. 92, “o regime consagrado pelo art. 894º. está muito afastado da obrigação de restituição por invalidade do negócio e próximo da restituição por enriquecimento sem causa previsto nos arts. 479º. e 480º., na medida em que faz variar o conteúdo da obrigação da restituição, consoante exista ou não boa fé do obrigado. Efetivamente, se o comprador estiver de má fé, parece que por argumento a contrario do art. 894º., nº. 1, não poderá pedir a restituição do preço da venda mas apenas o enriquecimento do vendedor (...) Caso o comprador esteja de boa fé, pode pedir a restituição do preço, ainda que os bens se ajam perdido, estejam deteriorados ou tenham diminuído de valor por qualquer outra causa”. Também “a restrição da parte final do nº. 1 é dificilmente compreensível em sede de invalidade, uma vez que, no âmbito dos arts. 289º. e 290º., uma situação deste tipo não impede o comprador de exigir a restituição do preço, obrigando-se apenas a restituir simultaneamente o valor correspondente à coisa recebida”.

¹⁴⁶ Cf. art. 895º.

¹⁴⁷ Cf. art. 896º.

¹⁴⁸ Cf. art. 897º., nº. 1. Vide LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, cit., p. 93, para quem “trata-se de uma solução que se justifica plenamente, embora não seja facilmente harmonizável com a qualificação como nulidade do valor negativo atribuído à venda de bens alheios”. O Autor fala ainda (p. 94) de “uma nulidade provisória”.

¹⁴⁹ Cf. art. 288º., nº. 1, a contrario. Segundo LUIS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *ibidem*, p. 94, “trata-se mais uma vez de uma solução muito pouco conforme com a consagração da nulidade da venda de bens alheios”. No entanto, “o cumprimento desta obrigação (de convalidação) dependerá naturalmente da concordância do titular do direito, dado que, se este não puder ou não quiser proceder à alienação do bem, nada poderá o vendedor fazer”.

¹⁵⁰ Cf. art. 898º.

culpa in contrahendo (art. 227º.)”¹⁵¹. Diferente é a hipótese em que o vendedor atuou sem dolo ou culpa, encontrando-se o comprador de boa fé: aquele “é obrigado a indemnizar o comprador de boa fé”, embora “a indemnização compreenda apenas os danos emergentes que não resultam de despesas voluptuárias”¹⁵². Nada disto ocorre no regime regra da nulidade.

A qualquer destas indemnizações (mais gravosa, se houver dolo ou culpa; menos gravosa, se não houver), junta-se a indemnização por falta de convalidação da venda ou por mora no seu cumprimento¹⁵³; “mas, havendo dolo ou culpa do vendedor, o comprador deve escolher entre a indemnização dos lucros cessantes pela celebração do contrato nulo e a indemnização dos lucros cessantes pela falta ou retardamento da convalidação”¹⁵⁴. Ou seja, evita-se que o vendedor indemne duas vezes os mesmos danos¹⁵⁵.

Finalmente, a garantia solidária pelo pagamento de benfeitorias que responsabiliza o vendedor¹⁵⁶ não está prevista no regime regra da nulidade que se limita a remeter para o regime da posse¹⁵⁷.

Em conclusão: estamos perante um regime jurídico mais complexo do que o sistema romano da responsabilidade por evicção e do que o regime da nulidade dos negócios jurídicos. Todavia, mantém-se o velho princípio segundo qual “*nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse habet*”¹⁵⁸, frequentemente invocado pela doutrina e pela jurisprudência.

3. Conclusão

1. Desde os tempos mais antigos, os jurisconsultos romanos preocuparam-se em proteger quem tivesse sido concebido, mas ainda não nascido. Dominava a expectativa de vir a nascer um novo ser humano.

2. Por isso, a validade do testamento de um *paterfamilias* dependia da instituição de herdeiro ou da deserdação dos seus primeiros herdeiros legítimos, denominados *heredes sui*. Neste grupo integrava-se o *conceptus* ainda não nascido.

3. Para afastar as dificuldades em termos de capacidade sucessória de quem não a tem porque ainda não nasceu, surgiu o princípio de que o concebido é tido como já nascido (*conceptus pro iam nato habetur*).

¹⁵¹ Transcrevemos LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *ibidem*, p. 96

¹⁵² Cf. art. 899º.

¹⁵³ Cf. art. 900º., nº. 1.

¹⁵⁴ Cf. art. 900º., nº. 2.

¹⁵⁵ Vide LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *ibidem*, p. 97, para quem se admite “*ai apenas um concurso alternativo de pretensões*”.

¹⁵⁶ Cf. art. 289º., nº. 3.

¹⁵⁷ Vide LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, cit., p. 98, para quem “*o direito do comprador ao reembolso das benfeitorias ocorre no âmbito das relações proprietário-possuidor*”.

¹⁵⁸ Vide A. SANTOS JUSTO, *Manual de contratos civis*, cit., p. 52.

4. O mesmo sentido transparece na expressão “*perinde ac si in rebus humanis esset*” (como se estivesse nas coisas humanas, ou seja, como se já tivesse nascido). Fala-se de ficção jurídica, embora dogmática: a ideia de que já existe na natureza é cómoda e simples para justificar a existência dos seus direitos.

5. Há dúvidas de que este adágio tenha surgido na época pós-clássica ou na Idade-Média. Todavia, foi elaborado a partir das fontes romanas.

6. Entretanto, durante a gestação, esta expectativa jurídica era tutelada quer no âmbito pessoal quer no âmbito patrimonial.

7. Quanto a esta, o *conceptus* é considerado herdeiro do seu *paterfamilias* e a posse dos seus bens é atribuída à sua mãe (grávida) a quem são concedidos os alimentos necessários sobre os bens da herança. E, se fosse necessário, seria nomeado um *curator ventris* para cuidar dos bens possuídos pela mãe. Também o testador podia nomear um tutor no seu testamento.

8. Relativamente aos efeitos pessoais, suspendia-se a execução da pena de morte aplicada à mãe; e o *conceptus* nascido no cativeiro da mãe gozava do *postliminii* que o impedia de ser escravo do inimigo.

9. As Ordenações Filipinas mantêm a orientação romana sobre a validade do testamento. E, do mesmo modo, o *conceptus* que ainda não nasceu é, em tudo o que é do seu interesse, considerado como se já tivesse nascido, conservando, em consequência, os seus direitos. A presença do direito romano é reconhecida pelos nossos juristas.

10. Por isso, tem-se afirmado que o adágio *conceptus pro iam nato habetur* se mantém no direito português.

11. Relativamente ao princípio “*nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse habet*”, surge num texto do jurista romano ULPIANO.

12. Também este princípio se encontra no direito português que consagra a nulidade da compra e da doação de coisa alheia.

Continua