



O Direito de revogação é da essencia ou simplesmente da natureza da doação *Mortis causa*?⁽¹⁾

A questão nos termos em que está concebida, prende aquelle que trata do assumpto, de sorte que não é licito abandonal-a para lançar as vistas sobre um terreno mais largo — o das doações em geral.

Só com argumento em favor desta ou daquella solução é que os principios geraes podem intervir, não como objecto principal, como ponto nodal do assumpto.

Não me parece porem, fora de proposito fazer aqui a divisão das doações perante o velho direito romano, este poema de estrophes bronzeeas que tem resistido á força dos seculos e das theorias.

Todos aquelles que têm se dado ao afanoso

(1) Prova escripta no concurso em que o autor foi nomeado Professor Substituto de Direito Romano. Este trabalho foi feito de improviso em 1895 e sem o auxilio de livros, não tendo sido revisto pelo mesmo autor.

AL: 2090 f5

Reg: 88 58445

Ex: 1

UNIVERSIDADE DO RECIFE	
FACULDADE DE DIREITO	
BIBLIOTECA	
P 540	9-2-51

trabalho de estudar o que os velhos juristas romanos escreveram, amontoado de livros fundidos no *Corpus Joris*, trabalho que se multiplica com o que posteriormente tem os commentadores escripto sobre esta materia, sabem que o velho direito reconhecia diversas especies de doações, regendo-se muitas vezes por principios diversos, sujeitos a soluções differentes. *Donationes complures sunt*, dizia Juliano e se acha estatuido no Dig. L. 39. Tit. 5.

Todos sabem que as doações podem ser *inter vivos e mortis causa*, conforme é feita entre vivos ou por causa de morte.

Eu deixo completamente de lado a questão das doações entre vivos, para só me occupar com as doações por causa de morte.

E' porem, o caso de se indagar: a que *donationes mortis causa* se refere a questão que epigraphou esta prova? Será as feitas sob condição suspensiva ou as feitas sob condição resolutiva? E antes de qualquer indagação a este respeito, eu deve estabelecer a mim mesmo a seguinte questão: o que é uma doação *mortis causa*? Eu poderia responder com Marcianus no L. 39 D. Tit. 6 fr. 1.º: *mortis causa donatio est cum quis habere se vult quam eum, cui donat, magis que eum, cui donat quam heredem suum* — e exemplificar com o caso celebre da doação de Telemaco a Pireo que se encontra em Homero e que teve a honra de passar para á compilação Justiniana. Mas é definir doação por causa de morte dizer que é aquella em que o doador manifesta que quer antes conservar a cousa que fazel-a pas-

sar ao donatario, e quer antes fazel-a passar ao donatario que a seu herdeiro? Evidentemente não, e a logica opporia embargos a esta maneira de definir. Dividindo as doações mortis causa nós veremos melhor o que significa uma doação desta natureza. Eu peço emprestado a Ulpiano um texto que foi aproveitado no Dig. e que constitue a L. 2 do L. 39. Tit. 6. onde se acha feita uma divisão em trez grupos: uma que é feita sem que se esteja em um perigo imminente de morte, mas no pensamento de que se está em estado mortal; outra que é feita quando nos achamos expostos a um perigo de morte e damos com intenção de que a propriedade da cousa passe immediatamente ao donatario; a terceira quando nos achamos expostos a um perigo mortal e damos a cousa, não na intenção de fazer passar immediatamente a propriedade della ao donatario, mas na intenção de que este a adquira quando morrermos. D'ahi facilmente se deduz que a doação *mortis causa* pode ter lugar já sob condição suspensiva, já sob condição resolutiva, quando a propriedade da cousa permanece ou não no poder do doador. A qual dos modos referio-se o auctor da questão? A ambos ou a um só delles? E se foi a um só, a qual dos dois? E' difficil dizel-o, porque a ambos pode ella se referir. Eis a razão pela qual procurarei resolver a questão sob um ponto de vista geral, procurando, em todo caso, sempre que me for possivel, descriminar a questão. Eu não tenho aqui que resolver se o doador em regra pode ou não revogar a doação. Todo mundo sabe que elle o pode e a redacção da

these o diz. O que eu devo indagar é si tal direito é da natureza ou da essencia das doações *mortis causa*.

E' o caso, porem, de perguntar: os dois termos se repellem? Em outros termos: não é concebivel que a revogação seja da essencia e ao mesmo tempo da natureza das doações *mortis causa*? Parece-me que não ha nenhuma inconciliabilidade entre os termos. E' mesmo muito natural que assim o seja. A reciproca, porem, não é tão verdadeira. Pode muito bem acontecer que um predicado que seja da natureza não seja da essencia. Para resolver a questão é necessario ter muito em attenção a natureza das disposições de ultima vontade, a theoria mesmo dos contractos, porque as doações, pode-se sustentar, que são um contracto, *sui generis*, tomando a palavra contracto em um sentido muito lato e finalmente encaral-a perante a lei positiva, os textos do corpus juris.

Esta questão tem sido muito controvertida e é difficil dar uma solução que aggremie todos os espiritos. E' geralmente a sorte de todas as questões controvertidas. Si compulsarmos os escriptores que têm escripto sobre o assumpto havemos de ver que effectivamente não ha unidade de vistas nesta materia. Antecipando o que teria de concluir, eu direi desde já que a solução que se deduz mais racionalmente do conjuncto dos argumentos é que o direito de revogação é da natureza das doações *mortis causa*, porem não de sua essencia.

A doação *mortis causa* é uma disposição

de ultima vontade e sabe-se que as disposições de ultima vontade são de sua natureza revogáveis. Não se pode conceber um testamento irrevogavel. Pode-se dizer mesmo que o testamento é de sua essencia revogavel, a menos que não se queira tirar a sua característica. Mas por outro lado é necessario ter em attenção que a doação é uma especie de contracto *sui generis*, em todo caso, e que nos contractos os contractantes podem estipular o que quizerem a menos que não ultrapassem um certo limite, alem do qual a lei não pode conceder validade aos actos dos individuos.

Seria impor peias ao individuo, restringir completamente a sua liberdade, o declarar a lei que é da essencia da doação a sua revogabilidade.

Examinemos a questão perante os textos do direito romano.

A lei 32 do Dig. L. 39 Tit. 6 diz: *Non videtur perfecta donatio mortis causa facto, antequam mors insequatur*. Este texto, porem, não resolve a questão. E' verdade que a lei 27 D. L. 39 Tit. 6. *De mortis causa donationibus et capionibus* diz que quando se faz uma doação irrevogavel por causa de morte faz-se antes uma doação entre vivos com uma (*ubi ita donatur mortis causa ut nullo casu revocetur, causa donandi magis es, quam mortis causa donatio*). Note-se ainda que as *donationes mortis causa* foram pela lei 37 do mesmo livro e tit. no Dig. equiparadas aos legados (*Illud generaliter meminisse oportebit donationes mortis causa factas, legatis comparata*). Acrescenta-se ainda que a lei 27 ha pouco cita-

da diz que a doação por causa de morte feita com condição de irrevogabilidade deve ser considerada como qualquer doação entre vivos (Et ideo perinde haberi debet, atque alia quaevis inter vivos donatio).

Tenha-se também em atenção que grande numero de textos dão ao doador uma acção para reaver o que doou, no caso de ter sido a doação feita sob condição resolutive. A lei 29 Dig. L. 39 Tit. 6., por exemplo, trata do caso de convalescencia do doador e diz que elle tem uma acção real para obter a coisa doada. Também a lei 30 do mesmo Tit. e Liv. diz: *Qui mortis causa donavit, ipse ex penitencia conditionem, vel utitem actionem habet.*

Mas, como se vê, todos estes textos tratam de questões particulares; auctorisam a tirar dahi uma regra geral, mas não são sufficientes, para resolver a questão. Quando muito poder-se-ia dizer que resolveriam a questão quanto a natureza, nunca quanto a essencia.

Vejamos, porem, se algum texto do velho cod. auctorisa a solução que dei.

Examinarei em 1.º lugar a lei 13 D. L. 39 Tit. 6. Ahi no fr. 1.º Marciano nota que as doações por causa de morte podem dar lugar a varias questões de facto; porque podem ser feitas por differentes maneiras. E no fim da lei diz: E enfim pode-se doar por causa de morte de maneira que não haja lugar a repetição em caso nenhum, nem mesmo no caso em que o doador fique bom (Si quoque potest donari mortis causa, ut nullo casu sit quidem donatur). Parece-me que bastaria este texto para resolver a questão. Note-se ainda que se pode doar por

causa de morte quer fazendo testamento quer não. (Sam is qui testamentum facit quam qui nom facit mortis causa donare potest), de sorte que o argumento tirado contra a solução firmando-se na impossibilidade de haver um testamento irrevogavel não poderia prevalecer. Mas não é só aquelle texto que apoia a solução dada. No fr. 4 do L. 35 do Dig. cit. acima ha as seguintes palavras: Nam et sic potest donari, ut omnimodo ex ea valetudine donatore mortus, res non reddatur.

A lei 42 D. Liv. 1.º tambem resolve a questão do modo porque resolve: Diz-se ahi que Seia abandonou seos bens a Titius, seo parente, a titulo de doação e lhe fez a entrega; ella se reservou o usufructo e convencionou-se que se Titius viesse a morrer antes della, a propriedade lhe reverteria, e que se ella viesse a morrer em seguida, vivendo os filhos de Titius, a propriedade dos bens reverteria a ella. Não ha duvida diz a lei que si os herdeiros de Lucius Titius quizerem reivindicar em particular os effeitos doados, não se pode lhes oppor a excepção tirada de sua má fé. Mas continua a Lei, o processo tendo sido regulado em instancia de boa fé se indagara se Seia não era obrigada de prometter que ella restituiria por sua morte os bens aos filhos de Titius. O que fazia alguma duvida era o temor de parecer extorquir uma doação que não tinha ainda lugar a respeito dos filhos.

Entretanto não se pode dizer que por meio da caução dada por Seia, não é uma segunda doação que se promette, mas que é a 1.ª que foi realisada pela tradição e que se *perpetua* por

causa da convenção feita desde o começo. A lei diz que não se pode negar que isto seja uma doação por causa de morte. A quem sabe ler as leis romanas parece que esta não deixará duvida sobre a questão. Parece-me, pois, que havendo casos em que a doação por causa de morte não pode ser revogada, respondi bem quando disse que é da sua natureza e não da sua essencia o direito de revogabilidade.

Recife, 15 de Julho de 1895.

Tito dos Passos de Almeida Rosas Filho.

