Lisboa, 14 de Dezembro de 1937. — *Costa Santos — E. Santos — J. Soares — Lopes Cardoso — Sampaio Duarte — Alberto Plácido — Abílio de Andrade — Luiz Osório — Afonso de Albuquerque — Adriano Fernandes — Avelino Leite — Magalhães Barros — Carlos Alves — César A. Santos* (vencido). Só podem ser objecto de posse as cousas e direitos que sejam susceptíveis de apropriação (Código Civil, artigo 479.º) e só podem ser objecto de apropriação as que estiverem em comércio (artigo 370.º).

Não se mostra que o terreno sôbre que assenta o túmulo tenha sido desamortizado e pôsto em comércio, e, portanto, não podia recair sôbre êle qualquer espécie de posse). — *Ramiro Ferreira* (vencido. Parece assente — o assunto está proficientemente tratado na *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 58.º, p. 392 — que o terreno dos cemitérios, no todo e em cada uma das suas partes, tem de considerar-se como cousa pública, exclusivamente destinada ao enterramento dos mortos. É de ver que, assim sendo, não é susceptível de propriedade privada, emquanto daquelle serviço não fôr desafectado.

A concessão de terreno para túmulos e jazigos, embora não escape à acção do fisco, não é uma alienação, e o que por ela cobra o corpo administrativo não pode haver-se como preço de venda. É uma taxa constituindo receita ordinária, artigos 569.º, § 1.º, n.º 4.º; e 620.º, n.º 1.º, do actual Código Administrativo — e pelo Código de 1896, artigo 68.º, n.º 8.º, e lei de 7 de Agosto de 1916, artigo 108.º, n.º 7.º, era um imposto directo municipal.

Ora, como as cousas públicas e as nelas encorporadas estão fora do comércio, e sabido é que, por isso, não podem ser objecto de posse, é evidente que vedado fica exercer a respeito delas qualquer dos meios possessórios regulados no Código do Processo Civil.

Contra os desacatos praticados nos túmulos e jazigos encontrarão os interessados a necessária defesa em preceitos penais e nas leis e regulamentos administrativos).

Está conforme. — Secretaria do Supremo Tribunal de Justiça, 14 de Dezembro de 1937. — O Secretário, *José de Abreu*.

Tribunal pleno

N.º 49:523. — Relator o Ex.ºm Juez Conselheiro Carlos Alves.

Autos cíveis vindos da Relação do Pôrto. Recorrentes: Manuel Ferreira e mulher. Recorrida: Josefa Benedita Rebêlo de Mendonça Coutinho.

Acordam os do Supremo Tribunal de Justiça:

D. Maria Cândida Rebêlo Mendonça deixou testamento em que instituiu legatária da Quinta de Granja a sua sobrinha D. Josefa Benedita Rebêlo Mendonça Coutinho, e, por falecimento desta, se não deixar descendentes, legítimos ou ilegítimos, institue ao procurador Manuel Ferreira, a quem nomeia também herdeiro universal. Por outras palavras: a sobrinha é nomeada legatária da referida Quinta e sucedem-lhe os filhos, se os tiver, e por isso o procurador, dito Ferreira, só é chamado para o caso de aquella falecer sem descendentes.

O Ferreira e mulher, fundados em que se trata de legado deixado condicionalmente a uma e outro, pediram caução à D. Josefa, que, por embargos, alegou, além do mais, a excepção da nulidade da disposição por envolver um fideicomisso proibido.

A excepção procedeu nas instâncias por se entender que a cláusula testamentária constitue uma substitui-

ção fideicomissária condicional e proibida, mas improcedeu no acórdão recorrido por se entender que o fideicomisso e a instituição condicional são institutos jurídicos distintos, e que se aquelle é proibido, salvas as excepções, a condicional é permitida e não se conformam um com a outra. O ponto de direito sustentado no acórdão recorrido pode sintetizar-se assim: não há fideicomissos condicionais.

Recorreu para o pleno a D. Sofia, porque ficou vencida na revista, e alegou ser a decisão oposta à dos acórdãos dêste Tribunal de 30 de Outubro de 1908 e 10 de Janeiro de 1936, ambos na *Colecção Oficial*, vols. 8 e 35.

No primeiro julgou-se que a deixa de certa quantia a uma pessoa com a condição de passar, se esta falecer sem descendentes, a outra constitue um fideicomisso nulo.

No segundo afirmou-se que a instituição de uma pessoa como herdeira, sob a condição de, falecendo sem herdeiros legítimos, serem herdeiros outras pessoas, é substituição fideicomissária e por isso nula.

Nos acórdãos opostos admite-se, como se vê, o fideicomisso condicional, e por isso dá-se a opposição que fundamenta o recurso, pelo que há que resolver o conflito.

As instituições condicionais, suspensivas ou resolutivas, são permitidas, de uma maneira geral, pelos artigos 1743.º e 1744.º do Código Civil, contanto que não sejam impossíveis ou contrárias à lei, e a condição de existência ou inexistência de descendentes não é ferida de nulidade pelas disposições do Código sôbre a matéria.

A condição é integrante da instituição e por isso actua sôbre ela suspendendo a aquisição ou resolução do direito, e nisto se distingue daquela, que só suspende a execução da disposição (Código Civil, 1810.º). Por isso o segundo instituído, nada recebendo durante a pendência da condição, não é beneficiário, e, realizada ela, o primeiro deixa de o ser pela resolução do seu direito. Razão há, pois, para se afirmar que no duplo legado condicional, como lhe chamam os franceses, o benefício é singelo e não há ordem sucessiva de legatários por isso mesmo.

No fideicomisso, definido no artigo 1866.º do Código Civil, o testador encarrega o substituído de conservar e transmitir, por morte, ao substituto. É em virtude dêste encargo de conservar e entregar que há dois beneficiados, pois ambos adquirem o direito à morte do testador, pela ordem da instituição, um após a morte do outro. Há, pois, um duplo legado e uma ordem sucessiva. E porque esta situação é efeito do encargo imposto pelo testador, o fideicomisso é imperativo pela própria definição.

Argumenta-se, porém, que na condicional há também a obrigação de conservar para transmitir, porque se tiver filhos conserva e transmite a estes, se os não tiver, conserva e transmite ao procurador, que é o herdeiro nomeado.

Mas há que considerar a diferença fundamental entre a disposição imperativa e a condicional e que reside na própria natureza do encargo e da condição. Naquella tudo é certo, a dupla instituição, dois, ou mais beneficiários e ordem sucessiva, ao passo que a condicional é caracterizada pela incerteza. O argumento, por isso, não é exacto. Efectivamente na disposição condicional não há conservação para transmitir, ou, antes, para entregar, mas um direito resolúvel de que o titular pode dispor com a mesma restrição, e do outro lado há apenas uma expectativa, emquanto a condição não se verificar. A confusão vem exactamente de não se fazer a distinção, atribuindo-se ao encargo e à condição os mesmos efeitos.

E àqueles que fazem do assunto uma questão de fórmula, que encobre no fundo uma substituição proibida, como os acórdãos opostos, responde-se que tal doutrina levaria à supressão da cláusula resolutiva nos testamentos, contra a própria lei, e que o que se deve antes procurar é a instituição que o testador quis fazer. E a intenção foi instituir legados condicionais e não fideicomisso, aliás não deixaria a aquisição do legado pelo seu universal herdeiro dependente de a sobrinha falecer sem descendentes. A inserção da condição exclue o fideicomisso que, como imperativo, é disposição pura e simples.

Por último dir-se-á que a admissão dos fideicomissos condicionais representa um alargamento da excepção à liberdade de disposição de bens e por isso de aplicação restrita, como tem sido reconhecido pela maioria dos julgados dêste Supremo Tribunal.

Pelo exposto negam provimento e assentam no seguinte:

O legado de certa cousa a uma pessoa, sob a condição de passar a terceira, se aquela falecer sem descendentes, é condicional e válido e não substituição fideicomissária.

Custas pela recorrente.

Lisboa, 14 de Dezembro de 1937. — *Carlos Alves — Costa Santos — César A. Santos — J. Soares — Lopes Cardoso — Sampaio Duarte — Alberto Plácido — Abílio de Andrade — Luiz Osório — Afonso de Albuquerque — E. Santos — Ramiro Ferreira — Adriano Fernandes — Avelino Leite — Magalhães Barros.*

Está conforme. — Secretaria do Supremo Tribunal de Justiça, 14 de Dezembro de 1937. — O Secretário, *José de Abreu.*