

# OBSERVAÇÕES

SÔBRE O

# PROJECTO DO CODIGO CIVIL

PELO DOUTOR

ANTONIO DA CUNHA PEREIRA BANDEIRA DE NEIVA

LENTE CATHEDRATICO DA FACULDADE DE DIREITO



COIMBRA

IMPrensa DA UNIVERSIDADE

1860

*« Constituendi juris ab illa summa lege capiamus exordium,  
quae saeculis omnibus ante nata est, quam scripta lex ulla, aut  
quam omnino civitas constituta.»*

CIC. DE LEGIB.

## PREFACIO E INTRODUCCÃO

Na última Congregação de Julho de 1858, foi communicada ao Conselho da Faculdade de Direito, pelo Ex.<sup>mo</sup> Prelado da Universidade, uma Portaria do Ministerio das Justiças de 12 d'esse mez, em que se lhe participava, que, tendo o Conselheiro, Antonio Luiz de Seabra, Ministro e Secretario d'Estado honorario, apresentado o Projecto do Codigo Civil Portuguez, de cuja redacção havia sido incumbido por Decreto de 8 d'Agosto de 1850; o Governo de Sua Magestade encarregava ao referido Prelado de convidar os Lentes da mesma Faculdade, para consultarem pela Secretaria das Justiças o que lhes parecesse sôbre aquelle Projecto, offerecendo quaesquer emendas, substituições ou additamentos, de que julgassem elle carecia.—E o Conselho da Faculdade entendeu, que, além do convite geral, devia encarregar particularmente d'aquelle trabalho alguns de seus vogaes, e fomos nós um d'elles, talvez porque a nosso cargo esteja a cadeira de Direito Civil do 4.<sup>o</sup> anno. Porém só em fins d'Agosto é que casualmente soubemos d'esta deliberação, porque não tinhamos assistido áquella congregação; e por

algun tempo hesitámos, se deveríamos acceitar tarefa tão superior a nossas debeis forças, lembrados do conselho de Horacio :

*Sumite materiam vestris, qui scribitis, aequam  
Viribus, et versate diu quid ferre recusent,  
Quid valeant humeri.*

Mas o desejo de sermos uteis a nossos concida-  
dãos até onde chegar nosso limitado alcance, e a  
deferencia, que deviamos ao illustrado Conselho, a  
que temos a honra de pertencer, domaram nossa  
repugnancia, e resolveram-nos ao sacrificio: sirvam  
estas considerações, ao menos, de desculpa a nossos  
erros.

O plano do Projecto foi desinvolvido e explicado  
por seu Auctor na Apostila, n.º 1.º—O sabio Juris-  
consulto diz, que, querendo expôr o Direito Civil na  
sua ordem mais simples e natural, entendêra que  
essa ordem não podia ser fundada, senão na mesma  
natureza do Direito;—e definiu o Direito Civil—  
o complexo das regras ou disposições leaes, que  
determinam, e regem as relações privadas dos cida-  
dãos entre si.

Mas para conseguir o seu fim, julgou que era mis-  
ter tomar para ponto de vista, ou base do seu sys-  
tema um dos elementos juridicos essenciaes'nessas  
relações;—e sendo estes—o sujeito activo do di-  
reito—o sujeito da obrigação—e o objecto do direito

e obrigação — diz que rejeitára os dous ultimos elementos, pela impossibilidade que achou de fundar 'nelles o seu plano, e adoptára o primeiro.

Depois considerando como necessariamente existentes no sujeito do direito duas ideias predominantes e distinctas — *o poder* ou *autonomia* e a *acção*, òu *faculdade pràctica*; pareceu-lhe que devia definir a primeira antes de tractar da segunda — ou por outras palavras — que era necessario começar pelo principio — definir primeiro a capacidade do ente juridico, em que se resume a sua existencia ideal, e entrar depois no exame da vida, que lhe é propria — ou no reconhecimento dos meios por que póde adquirir os elementos externos necessarios á sua existencia e de como os póde fruir, conservar e defender: e concluiu que todo o direito — no sentido determinador, ou regulador — necessariamente devia referir-se a quatro pontos capitaes, os quaes considerou, como outros tantos pontos de *triangulação* para o levantamento da sua carta juridica e são elles:

- 1.º Natureza do ente juridico: — (capacidade).
- 2.º Seus meios de vida: (aquisição).
- 3.º Fruição d'esses meios: — (propriedade).
- 4.º Conservação: — (violação, defesa dos direitos).

E'nesta conformidade dividiu o Codigo Civil em quatro partes, correspondentes a estes differentes pontos.

Porém ainda que este plano parecesse ao nobre Auctor do Projecto — logico, simples, natural e completo — foi, comtudo, vigorosamente impugnado por um distincto Jurisconsulto do Imperio do Brasil; e tanto de espaço fallou elle ácerca da questão do *methodo*, que tentados estivemos a passar em silencio este grave ponto, sôbre que tanto se tem disputado (*et adhuc sub judice lis est!*), deixando desembaraçada aos dois vigorosos Athletas a arêna de tão temeroso duello. — No entretanto, para esclarecer a questão, suscitada pelo illustrado Jurisconsulto transatlantico, e sem ânimo de avaliar o Projecto 'nesta parte, porque confiâmos, que seu nobre Auctor ha de defender o systema, que 'nelle adoptou, diremos meia duzia de palavras.

Até *Leibnitz*, o *methodo*, indicado no L. 1.º § 8.º da Instituta de Gaio, e adoptado depois na de Justiniano, como se vê do L. 1.º Tit. 2.º § 12.º — *Omne jus vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*, — comprehendendo-se debaixo da palavra — *res* — ou, como outros pretendem, debaixo da palavra — *actiones* — tambem os actos, que criam, ou invertem os direitos (*obligationes*); foi seguido, sem repugnancia ou contradicção, pela maioria dos escriptores antigos.

*Leibnitz* no seu *Novo Methodo* foi o primeiro, que severamente criticou esta classificação; mas para

caminharmos com ordem, vejamos, antes de tudo, a breve e lucida exposição, que elle faz do methodo romano.

Diz elle na Parte 2.<sup>a</sup> § 8.<sup>o</sup> (Ediç. de Pisa, 1769) — *«Tribunianus aliam in Institutis, aliam in Digestis et Codice methodum tenuit: illic enim tria juris objecta constituit, personas, res, et actiones.—Et personarum capite explicuit potestatem patriam, dominicam, nuptias, tutelam, curam, omnem nempe potestatem in ipsas immediate personas sine rerum interventu. Alterum caput est quoties res interveniunt: et vel principaliter, ut non certa persona proprie teneatur, sed certa res, ubicumque inveniri possit, quod est jus in re; aut inter vivos, hinc dominium, servitus, usufructus, usus, habitatio; aut ex successione, hinc hereditas ab intestato vel ex testamento, legatum, fideicommissum, etc.: vel res interveniunt minus principaliter, ita ut teneatur certa persona, non vero certa res: tum dicitur jus ad rem. Jus ad rem est vel ex contractu, vel quasi; vel ex delicto, vel quasi. Ad tertium caput actiones pertinent, et exceptiones, replicationes, totusque processus, et denique Judicis officium. In Digestis vero ac Codice meras solasque actiones ordine Edicti Perpetui Tribunianus recensuit, quum duobus prope titulis tantum de personis rebusque quiddam praelibasset.»*

Mas diz o sabio escriptor, que este methodo fóra

baseado não no *direito*, mas no *facto*; porque os termos do direito são o poder, e a obrigação (*potestas et obligatio*), e pessoas e cousas são termos de facto:— que para base da exposição do direito civil não são por tanto as pessoas e as cousas, mas sim os *direitos* e as *obrigações* em si mesmos, que devem distinguir-se e classificar-se, segundo a sua diversa origem. E rejeita igualmente o último membro da triplice divisão da Instituta — *actiones* — como superabundante, visto que as *acções* não são, senão consequências dos direitos.

Permitta-se-nos ainda transcrever o proprio texto do auctor, que dará mais exacta ideia do seu pensamento.

Diz Leibnitz na citada Parte 2.<sup>a</sup> § 10.<sup>o</sup> — « *Institutionum methodus per personas, res, et actiones: primum superflua est; actiones enim tam ex jure personarum, quam rerum descendunt; et ipsae personae, v. g. servi et filii familias, habentur pro rebus, datur enim non minus servi, quam equi vindicatio; et in filios familias etiam est dominium, sed certis a Republica modis restrictum: et ut breviter dicam, est haec methodus non ex juris, sed facti visceribus sumpta: personae enim et res sunt facti, potestas et obligatio, etc. juris termini. — Et si semel methodum facti eligere voluit, cur non continuavit, cur non subdivisit personas et res ex physicis et ethicis, v. g. personas in*



surdos, mutos, caecos, hermaphroditos, perfectos, viros, feminas, impuberes, minores, adultos, divites, pauperes, nobiles, magistratus, rusticos, peregrinos, haereticos, schismaticos, etc.;—res in dividuas, individuas, pretiosas, viles, mobiles, immobiles, semoventes, thesauros, nummos, res fungibiles, quadrupedes, equos, feras, etc.;—cur, inquam, non ita titulos juris distribuit, et in singulis quid juris esset, explicuit? Agnovit scilicet hac ratione secuturas infinitas repetitiones, nec posse rem ad universalia redigi. Perinde ac si geodaeta non formae, sed materiae ratione doctrinam suam partiretur, et ageret de dimensione agrorum, pascuorum, camporum arenosorum, argilosorum, saxosorum; quis non hunc novum Euclidem rideret? Ita igitur Jurisprudentialis divisio a concreto sumpta omnis confusio nis principium est, et ad eos potius pertinet, qui vel tractatus, vel indices scribunt: hi possunt ex variis, titulis colligere jura feminarum, mutorum, surdorum, etc.

Depois censura tambem os que pretendiam, que devia seguir-se o *methodo* das Leis; e rejeita igualmente a ordem do Digesto, e do Codice, baseada sobre a do Edicto Perpetuo.— «*Illud quoque negari non potest, methodum legum hodierno aevio plane non esse accommodatam: nullibi jura ecclesiastica, nullibi feudalia, nullibi materia concursus creditorum commode inseritur. In Digestis certe et Codice perpetua*

*ordinis causa est veteris juris ratio, quae tantum ad hodiernam, quantum sus ad Minervam.*»

E do § 14.º por diante começa a expor o seu *Novo Methodo*, que deduz da propria definição de Jurisprudencia.—«*Demus igitur operam (diz elle) ut solidam methodum ex ipsis rerum definitionibus eruamus. Jurisprudencia est scientia actionum, quatenus justae, vel injustae dicuntur: justum autem atque injustum est, quidquid publice utile vel damnosum est, etc.*»

Mas deixemos agora o texto do Livro de Leibnitz, e sigamos a analyse, que d'elle faz *Tiercelin* no seu *Essais de litterature du Droit*, Paris, 1859 a pag. 245 e seg.; porque resume e expõe o pensamento do sabio de *Leipsick*, com mais clareza, dò que nós o fariamos.—Diz *Tiercelin*: — «Qu'est-ce d'abord que la Jurisprudence? Leibnitz la définit avec beaucoup de bonheur, la science des actions, en tant qu'on peut les appeler justes ou injustes, *scientia actionum quatenus justae vel injustae dicuntur*. Or, le juste et l'injuste, c'est tout ce que est utile publiquement (*publicé*), c'est-à-dire utile au monde ou à Dieu, rector du monde, au genre humain et à l'État. Selon cette doctrine, la Jurisprudence est donc divine, humaine ou civile, et la Jurisprudence civile n'est autre chose que la sagesse appliquée aux rapports privés des particuliers. Mais par utilité, Leibnitz n'entend pas cet intérêt immediat, personnel et borné,

qui ne peut-être l'objet que de la politique, et qu'il combattra plus tard dans Hobbes, son représentant le plus éminent. L'utilité, comme il l'entend, c'est l'ordre majestueux établi par Dieu même, c'est la concordance parfaite des actions humaines avec ses vues...

« La Jurisprudence ne considère donc les actions humaines que par un côté, leur moralité, *qualitas moralis*. Or, cette qualité morale est de deux sortes: Ou l'individu prétend exercer sur quelque chose ou sur autrui une puissance, ou bien il y est soumis. La puissance morale s'appelle *droit*; la nécessité morale, *obligation*. Le sujet de tout droit ou de toute obligation est une *personne*: personne naturelle quand le sujet du Droit ou de l'obligation est unique, *homo*; personne civile quand le droit ou l'obligation intéressent plusieurs individus unis par un intérêt commun, *collegium*. L'objet de l'obligation est toujours une chose, *corpus, res*. Mon droit sur la chose que j'appelle mon corps, c'est ma liberté; sur tous les autres objets, c'est une propriété, un domaine, *dominium*: domaine direct, s'il a pour objet la matière même; domaine utile, si mon droit s'exerce seulement sur la forme; servitude, possession, etc., si le droit a pour objet un des éléments du droit de propriété. L'atteinte à tout droit quelconque s'appelle injure.

« Mais les différents droits et les différentes obligations doivent être distingués quant à leur cause.

La cause de toute qualité morale, pour parler comme Leibnitz, est toujours ou la nature ou un acte de droit; c'est la nature qui me fait libre, c'est un acte de droit, un fait qui me confère une puissance sur un objet abandonné ou n'appartenant à personne.

«Si cet objet une fois mien cesse d'être en ma possession, j'ai la faculté de le revendiquer partout où il se trouve et tout le monde est tenu de ne pas me gêner. Les obligations qui naîtraient d'une décision judiciaire dans un conflit de cette nature tiennent à la nature des conventions, *pertinent ad fontem pactorum*; elles doivent être considérées comme naissant d'un contrat, *quasi ex contractu*; car tout membre de l'État s'est engagé à respecter les decrets généraux, *Leges*, et particuliers, *sententias*, émanés de l'autorité publique, et cet engagement exprès ou tacite doit faire ranger, comme sources de droit, dans la même classe, les jugements publics et les contrats.

«Si l'on récapitule les causes d'acquisition des droits on trouvera les suivantes: 1.<sup>o</sup> la nature, c'est-à-dire ce qui me fait libre et me confère la faculté d'acquérir tout ce qui est *res nullius*; 2.<sup>o</sup> la succession, qui ne produit pas un droit nouveau, mais transfère un droit acquis; 3.<sup>o</sup> la possession qui conduit à l'usucapion; 4.<sup>o</sup> la convention; et 5.<sup>o</sup> même l'injure, car tout dommage causé sans droit à au-

trui fait naître immédiatement l'obligation de le réparer.

« Les causes d'extinction des droits et des obligations sont, 1.<sup>o</sup> la mort, mais seulement quand le défunt n'a pas laissé d'héritier direct, attendu que dans la doctrine de Leibnitz, les héritiers, par l'effet du dogme de l'immortalité de l'âme, doivent être considérés comme les procureurs, *procuratores in rem suam* du défunt; 2.<sup>o</sup> l'accomplissement de l'obligation, *solutio*; 3.<sup>o</sup> la convention contraire. »

Depuis de haver assim exposito o systema de Leibnitz, continúa Tiercelin:

« Si un nouveau corps de Droit devait être composé sur ces données, il requerrait trois qualités; il devrait être complet, court, ordonné, afin d'éviter trois défauts, les répétitions, l'obscurité, les contradictions.

« Dans un écrit dont la publication suivit immédiatement celle de la *Nova Methodus*, Leibnitz revient sur ces conditions de la composition d'un bon Code, et il donne des règles de détail dont les modernes codificateurs pourraient encore aujourd'hui faire leur profit. (1)

Dans les préceptes qui, selon le plan de Leibnitz, forment la seconde partie des éléments de la juris-

(1) *Ratio corporis juris reconcinandi.*

prudence, il faut considérer la matière et la forme. Quant à la matière, il faudrait écarter tous les préceptes incertains, hors d'usage, clairs outre mesure ou étrangers à la science, *incerta, abrogata, manifesta, aliena*; et quant à la forme, ils devraient être généraux et sans aucune exception possible. »

Vejamos agora o juizo crítico de Tiercelin sobre o plano de Leibnitz.

Depois de ter notado os traços maravilhosos d'este genio profundo em outros ramos dos conhecimentos humanos, Tiercelin volta ao Direito Civil, e diz a pag. 256. — « La classification nouvelle des matières du Droit qu'il propose est simple, raisonnable, naturelle, incontestablement préférable à celle des Institutes et de notre Code Napoléon, où se trouvent si peu de chapitres, de sections et même d'articles qui se suffisent à eux-mêmes, et qui ne contiennent une répétition de dispositions précédentes ou un empiétement sur des matières qui suivront. — Définir les droits et les obligations, traiter des personnes sujets des droits, puis des choses, puis dire comment les droits s'acquièrent et comment ils se perdent, tel est le cadre à la fois simple et grandiose dans lequel Leibnitz renferme la science du Droit tout entière. »

Mais Leibnitz n'est pas à l'abri de toute critique dans quelques détails. Comme cela est arrivé à Do-

mat dans le même temps et de la même manière, il confond la matière des droits réels avec celle des obligations. Or, le lien de droit qui m'astreint envers autrui par l'effet d'un contrat est tout autre chose que le devoir que j'ai de respecter sa liberté et sa chose. L'obligation naît d'un acte de droit, le devoir au contraire est naturel: l'une m'impose d'agir, l'autre ne me commande que de m'abstenir. Cette confusion nuit un peu à l'excellence du plan de Leibnitz. »

Ahi temos pois consignado o plano geral do Projecto, o methodo da Instituta, e a sua crítica, e o *novo methodo* de Leibnitz, cujas differenças são faceis de notar. Mas sendo o de Leibnitz o melhor tambem em nossa opinião, apesar dos defeitos que se lhe arguem; é para sentir que na práctica não tenha ainda merecido a preferencia; porque os Codigos modernos têm-se decidido, em regra, pelo methodo romano com pequenas alterações.

O Codigo *Napoleão* foi dividido em tres livros. O primeiro tracta principalmente — das pessoas — dos seus diversos estados — e da capacidade que d'elles lhes resulta: o segundo — das cousas, ou bens, — suas diversas especies — e dos direitos, que ás pessoas podem sobre elles competir: — e o terceiro —

dos meios, por que esses direitos podem adquirir-se ou perder-se. Ou mais breve: tomou-se n'elle por objecto — *as pessoas — as cousas — e as relações das pessoas com as cousas.*

O Codigo Civil da Austria seguiu o mesmo methodo: diz elle no art. 14.º — « *Les dispositions du presente Code ont pour objet les droits relatifs aux personnes, les droits sur les choses, et les règles communes à deux espèces de droits.* » E a grande maioria dos outros Codigos tem seguido o mesmo caminho: porém todos elles, em geral, excluíram a materia das *acções*, e será facil de dar a razão, se se attender ás differentes significações, que em linguagem juridica tem a palavra *acção*.

Diz M. Ortolan, *Expl. hist. des Inst., no Tit. de act.* « Le droit, par lui-même, est une règle inerte; il faut, pour lui donner le mouvement, une puissance, et pour mettre en jeu cette puissance un procédé. D'où, dans toute société, en tout temps et pour toute espèce de droits, ces trois parties constitutives et indispensables: 1.º le droit; 2.º l'organisation des juridictions et des pouvoirs divers qui concourent à l'exercice de l'autorité judiciaire: 3.º la procédure.

L'action (*de agere, agir*), dans le sens propre et naturel du mot, est le recours à l'autorité pour faire valoir ses droits d'une manière quelconque, soit en



demandant, soit en défendant ; l'acte même de recourir ainsi au pouvoir institué à cet effet.

Puis des figures de langage viennent donner au mot diverses autres acceptions. Ainsi, dans un sens figuré, action n'est plus l'acte lui-même, c'est le droit de faire cet acte ; c'est-à-dire le droit de former ce recours à l'autorité.

Enfin, dans un troisième sens, figuré comme le second, ce n'est plus ni l'acte lui-même, ni le droit de faire cet acte, c'est le moyen qui vous en est donné, la forme qui est à votre disposition pour exercer ce recours.

Voilà donc trois significations différentes pour le mot *action* : dans la première, l'action est un fait ; dans la seconde, un droit : dans la troisième, un moyen, une forme. Ces trois significations sont toutes usitées dans la langue juridique.

Tomada, por tanto, a *acção* pela faculdade de recorrer á auctoridade judicial, para fazer valer nossos direitos, ou seja defendendo-nos, ou perseguindo outrem, e em cujo sentido a definiu Celso na L. 51. D. de *Oblig. et act.*, e Justiniano no princ. da Inst. de *act.* ; ella nada mais é, que uma consequencia dos mesmos direitos, cujo desinvolvimento pertence principalmente ao **Codigo** do Processo ; e pareceu a Leibnitz, e por ventura tambem aos Codificado-

res modernos, que este membro da triplice classificação romana era, por conseguinte, superabundante: —

E tomada, como meio ou pela *fôrma* de proseguir em juizo os nossos direitos; então a *acção* é sem dúvida da exclusiva competencia do Processo; e os Codificadores não quizeram, por tanto, confundir o direito theorico com o direito prático, ou por outra — o direito com o seu processo; visto que entre um e outro se dá a mesma differença, que entre *le fond et la forme*, como dizem os Francezes.

No entretanto, o Projecto, tomando-a pelo *direito*, como fez Celso e Justiniano, rematou com as *acções* a 4.<sup>a</sup> parte do seu plano (*violação, defesa dos direitos*). E nós, sem rejeitar o systema geral do Projecto, resumiremos sómente n'esta Introducção as observações, que no decurso do exame d'elle fazemos sobre alguns dos seus detalhes; e accresentaremos as que mais nos occorrerem.

Concordámos com os illustrados Jurisconsultos, que já têm escripto sobre o Projecto, que elle está doutrinal de mais. É verdade, que não partilhámos a opinião dos que sustentam, que nos Codigos por maneira alguma devem entrar doutrinas, e tão sómente disposições preceptivas, prohibitivas ou permissivas; — mas entendemos tambem, que o Proje-

cto se excedeu talvez um pouco em definições, classificações, e principios geraes:

*«Est modus in rebus, sunt certi denique fines,  
Quos ultra citraque nequit consistere rectum.»*

HORAT.

Muitas das suas definições não podem deixar de ser reformadas, no nosso entender; e outras até deverão ser eliminadas; porque, não tendo por fim modificar as significações já conhecidas dos termos juridicos, tornam-se desnecessarias; e evitam-se assim tambem os perigos, que Javoleno receava das definições.

Muitas das suas generalidades bem poderiam igualmente escusar-se: é um dos preceitos de Leibnitz — *«Omittantur ea omnia, quae ex ipso jure naturae et sanae rationis principiis constant....»* E em outro lugar accrescenta o sabio escriptor — *«Observetur imprimis, ut, quantum fieri potest, abstrahantur universalia.»*

Em muitas materias encontram-se tambem grandes *lacunas*, e em outras notavel deficiencia, deixando-se larga margem ao arbitrio dos tribunaes, apenas regulado pela indefinida norma da *equidade*.

Notam-se porém outras desinvolvidas *ultra modum*, que mais parecem pertencer a um Codigo de Direito Administrativo, ou a regulamentos municipaes, do que a um Codigo de Direito Civil; taes por

exemplo — as servidões, ou restricções do direito de propriedade por utilidade pública, e as expropriações por egual motivo; occupando aquellas todo o Cap. 2.º do Tit. 6.º Part. 3.ª—e estas, com o seu prolixo e enfadonho *processo*, os ultimos 64 artigos da mesma Parte.

Muitas innovações se introduziram tambem em materias importantes, algumas das quaes entendemos, que deverão ser modificadas, e outras eliminadas, e daremos nos logares opportunos as razões, em que nos fundâmos.

Varios termos e phrases novas se adoptaram egualmente, que convirá substituir pelas usadas constantemente em nossas Leis: assim como deverá evitar-se, quando possivel fór, a variedade de expressões, com que a mesma ideia é indicada em differentes logares, o que ás vezes contribue não pouco para se duvidar se ella será, ou não, exactamente a mesma.

Algumas vezes tambem se encontram as regras nimiamente desviadas das excepções; — e muitas doutrinas (principalmente na 3.ª Parte) tão desfiadas, tão entrecortadas para ficarem subordinadas a certas divisões e subdivisões, que fatiga e desgosta vêr, que se curou mais do methodo, que do fundo das materias.

No exame particular das doutrinas restringimos

porém as nossas *observações* áquelles pontos sómente, aonde se nos figurou alguma difficuldade mais saliente; e com fraqueza expozemos o nosso parecer, seguindo o preceito de Horacio, de que o crítico sincero:—

..... *parum claris lucem dare coget;*  
*Arguet ambigüé dictum; mutanda notabit;*  
*Fiet Aristarchus; nec dicet: Cur ego amicum*  
*Offendam in nugis? Has nugae seria ducent*  
*In mala, derisum semel, exceptumque sinistra.*

Não temos porém a pretensão de que as nossas opiniões sejam as melhores; e por ventura mais que uma vez abraçaríamos a *nuvem* por Juno. No entanto, o nosso fim foi sempre chamar o código — « a conformar-se, o mais que possível fôsse, com as Leis, e costumes da Nação, convencidos de que sómente deveria d'ahi desviar-se 'naquelles pontos, em que razões de justiça, ou de equidade assim o persuadissem. »

Se nos enganámos, se não conseguimos o nosso fim, o illustrado Conselho da Faculdade de Direito, dissipando as nossas illusões, substituirá o que mais justo e conveniente lhe parecer; — e supprirá também as omissões, que da nossa parte encontrar; porque em campo tão dilatado, em materias tão variadas, tão complicadas, muitos objectos, aliás dignos d'attenção, escapariam, mau grado nosso, ás

convenientes ponderações, encarregados como estávamos de outros cuidados, e trabalhos diários, a que não podíamos subtrahir-nos; e por outro lado também descansados no consuminado saber do nobre Auctor do Projecto.

Não curámos de longas dissertações, nem a indole do trabalho, que nos foi encarregado, admittia esse luxo de sciencia; apontámos, por via de regra, sómente as ideias: — confrontámos o Projecto com os Codigos modernos — com o direito romano — com o direito patrio vigente — e emittimos a nossa humilde opinião.

Concluiremos porém este Prefacio com a franca confissão, de que o sabio Auctor do Projecto tem bem merecido da Patria no improbo trabalho, que emprehendeu; — e admirando seus talentos, declaramos que áquelles, que para o deprimir disserem — *quandoque bonus dormitat Homerus* — se lhes poderá, com razão, retorquir —

*Verum opere in longo fas est obrepere somnum.*

Ainda nenhuma obra sahiu perfeita das mãos do homem — é condição das cousas humanas! — mas nem porisso tem deixado de se admirar os grandes genios, que emprehenderam algumas.

Coimbra, 31 de Dezembro de 1859.

*O Auctor.*

# OBSERVAÇÕES.

## CODIGO CIVIL

### PARTE I

#### DA CAPACIDADE CIVIL

#### TITULO I.

##### **Da capacidade civil, e do objecto e natureza da Lei civil em geral.**

##### Artigo 6.º

« A capacidade juridica adquire-se pelo nascimento; mas logo que o individuo é procreado fica debaixo da protecção da Lei, e adquire, nascendo com vida, os direitos que lhe houverem recabido, durante a gestação, nos termos declarados no presente Codigo. »

Parece-nos, que a redacção do artigo deverá ser modificada; porque a capacidade de direitos no homem data, não desde o seu nascimento, mas sim desde a sua procreação: ainda no ventre materno, ainda em embryão, já

as leis civis lhe reconhecem direitos, e lhe conservam todos os que 'nesse estado adquirir até ao seu nascimento, uma vez que nasça com vida, ou, como outros querem, capaz de viver. Diz a L. 7, *D. de stat. homin.*— «*Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partís quaeritur.*» Diz a L. 26, *D. eod.*— «*Qui in utero sunt, in toto pene jure civili intelliguntur in rerum natura esse. Nam et legitimae hereditates his restituntur, etc.*» E assim todos os mais logares parallellos do corpo de Direito.

Mas é necessario que elle nasça, não só com vida, mas tambem com figura humana, como diz a L. 3, *Cod. de posth. hered. inst.*— «*hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit, ad nullum declinans monstrum vel prodigium.*»

E'nisto mesmo concorda o Projecto no art. 109, quando diz: — «Sómente será considerado, como filho, para os effeitos legaes, aquelle, que se provar ter nascido com vida, e *figura humana.*» E para que se hão de variar as expressões, quando a ideia é a mesma?—As duplicações com *variantes* prejudicam sempre a clareza e a harmonia nas disposições de um Codigo, e dão logar a disputas interminaveis.

Mas supponhâmos que o individuo morre logo depois de nascer, *quid juris?* Segundo a cit. L. 3, *Cod. de posth. hered. inst.* a capacidade de direitos fica confirmada, se elle nasce com vida, ainda que morra immediatamente. — «*Si vivus perfecte natus est, licet illico postquam in terram*



*it, vel in manibus obstetricis decessit.*» — E diz Savigny, Dir. Rom. tom. 2, app. 3, que, pela sua generalidade, esta decisão comprehende tanto o que nasce *incapaz de viver*, como aquelle, que morre por qualquer circumstancia exterior, porque a Lei não distingue. No entanto o Cod. Civ. Fr. no art. 725 exige que elle nasça *capaz de viver*; e por conseguinte, se do exame de peritos constar, que pela sua organização ainda imperfeita, ou pouco adiantada, o individuo não poderia conservar a vida, que momentaneamente obtivera, elle retira-lhe a capacidade civil, ou antes declara-a sem effeito.

Ambas as Legislações, a nosso ver, offerecem inconvenientes: em uma o feto *abortivo* obterá a confirmação da capacidade, só porque nasceu com vida; e na outra essa ratificação ficará dependente do juizo de peritos, ou de indícios, que podem falhar. Mas, apesar do que diz Savigny, nós inclinamo-nos á decisão do Cod. Civ. Fr.; porque se d'ella podem resultar perigos, tambem não é justo, que a capacidade juridica fique só dependente da circumstancia de ter a criança dado signaes de vida, quando nasceu, porque essa vida podia ser ephemera. Distinctos Jurisconsultos têm seguido esta opinião, ainda que outros têm-se decidido pela contrária, que era a dos Sabinianos, e que foi a que adoptou Justiniano na citada Lei, e que o Projecto parece egualmente ter abraçado, porque diz: — *nascendo com vida.* — Nós porém diríamos antes — *nascendo capaz de viver.*

Artigo 8.º

« A lei civil, ainda que seja interpretativa, não pôde ser applicada retroactivamente, havendo offensa de direitos, legitimamente adquiridos. »

*Brevis esse laboro, obscurus fio.*

HORAT.

A Lei não dispõe senão para o futuro, ella não tem effeito retroactivo: este principio, consagrado nas Constituições modernas como regra de grande importancia para os juizes, já se achava tambem estabelecido no direito romano. Diz a L. 7, *Cod. de Legib.* — « *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta preterita revocari.* » — E entre nós tinha já sido igualmente reconhecido por várias Leis antes da Carta, e d'elle se fazia constante uso na interpretação d'ellas.— O Alv. de 27 de Abril de 1802, no § 4, diz expressamente: — « Sendo das minhas Reaes intenções, que por nenhuma intelligencia se possa julgar, ou pretender effeito retrogrado das minhas Leis, etc.»

E em observancia do mesmo principio o Ass. 5.º de 5 de Dezembro de 1770, declarou que a nullidade dos legados, ju'gada pelo Ass. de 29 de Março do mesmo anno, não comprehendia os legados já cumpridos em boa fé, etc.

Porém a Carta, para obstar ao abuso que d'elle poderia fazer-se, consignou-o no § 2 do art. 145 como garantia constitucional. Por conseguinte a Lei não comprehende os casos preteritos; ou, por outra, não podem ser

dos nullos ou injustos os actos, contrarios á Lei, nem a actos adquiridos, antes da sua publicação.

Orém a esta regra sempre se tem feito duas limitações, com referencia ás Leis novas, e outra em relação ás interpretativas:

1.º Sempre foram exceptuadas d'ella as Leis, que por actos de utilidade pública expressamente comprehendem o preterito: e esta excepção já era reconhecida bem na citada L. 7, *Cod. de Legib.*, na qual, de algumas das palavras acima transcriptas, se encontram as seguintes: — *«nisi nominatim, et de praeterito tempore, et adhuc pendentibus negotiis cautum sit.»* E com effeito na L. ult. *Cod. de pactis pign.*, póde ver-se um exemplo d'essa natureza, e em outros logares do corpo de Direito: e entre nós tambem se encontram muitas leis, aonde se decretou o effeito retroactivo; bastando apontar a de 3 de Novembro de 1757, a de 25 de Junho de 1766, § 11, e a de 6 de Outubro de 1784, § 10.

E ainda que Borg. Carn. julgasse que, pelo § 2.º do cit. art. 145 da Carta, fôra prohibido fazer uso de tal excepção; parece-nos todavia, que não teve razão; porque, combinado esse § com o § 21 do mesmo artigo, claramente se vê que o Legislador da Carta subordinára a regra geral do § 2.º a uma excepção, que é a — *do bem público.*

2.º A outra limitação é relativa ás leis interpretativas — as quaes sempre foram applicadas a todos os casos anteriores a ellas, **menos aquelles** que já estivessem decididos por sentença **passada em julgado**, ou por transacção F

esta excepção tambem passou do direito romano para as legislações modernas; porque diz Justiniano no prefacio da Novella 19, que, tendo interpretado certa Lei (era a L. 10, *Cod. de natur. liber.*), mandára applicar a Lei interpretativa a todos os casos anteriores, excepto áquelles, que já estivessem terminados por sentença judicial, ou transacção. — « *Adjecimus (diz elle) oportere ejus legislationem et ad seniora referri tempora, exceptis illis causis, quas aut judicialis sententia, aut transactio terminavit.* »

E esta doutrina tem sido geralmente reconhecida; e nestes mesmos termos se acha enunciada nos Codigos modernos e nas obras dos Jurisconsultos, quando tractam do effeito das Leis.

O Projecto do Cod. Civ. Fr. no art. 2.º dizia: — « A Lei não dispõe senão para o futuro, e não tem effeito retroactivo. » Mas os redactores accrescentavam: — « Todavia a lei interpretativa terá seu effeito desde o dia da lei interpretada, sem prejuizo das sentenças proferidas em ultima instancia, e das transacções e decisões arbitraes, passadas em força de coisa julgada. »

Era portanto a mesma doutrina do direito romano; mas ainda que na discussão o Conselho d'Estado supprimisse a 2.ª parte do artigo, não deixou comtudo de reconhecer a doutrina ahi enunciada. E as razões por que a eliminou, são bem sabidas: — Mr. *Portalis* ponderou, que o principio da não retroactividade não podia ser contestado, e que todos os tribunaes approvavam a primeira parte

go; mas não estavam confôrmes em quanto á segun-  
 - Que o tribunal d'Agen pretendia que nem mesmo  
 s interpretativas deviam ter effeito retroactivo, ainda  
 sta opinião era isolada: — Que os tribunacs de Leão,  
 Tolosa pediam que se determinassem bem os limi-  
 m que a Lei, puramente explicativa, devia encerrar-  
 s de Douai observava — que não eram só as senten-  
 s de derradeira instancia que deviam ser respeitadas  
 applicação da Lei interpretativa: que a mesma contem-  
 ção mereciam todas as outras, que tivessem passado  
 m caso julgado, no que se lhe dava razão. Mas ainda que  
 sta exigencia pudesse facilmente satisfazer-se com uma  
 geira emenda; contudo julgou-se mais prudente elimi-  
 nar a segunda parte do artigo, deixando a materia nos  
 termos do direito *commum*, pela difficuldade de determi-  
 nar em these o que devia entender-se por lei puramente  
 interpretativa.

O Codigo da Sardenha, depois de ter estabelecido tam-  
 bem no art. 11, que as Leis não terão effeito retroa-  
 ctivo, diz todavia no art. 16, em relação á lei interpre-  
 tativa: — « *L'interprétation s'appliquera à tous les cas,  
 même antérieurs, à moins que la loi interprétative ne  
 renferme une disposition contraire. Cependant elle ne  
 pourra porter aucune atteinte aux choses sur lesquelles  
 il y aurait eu antérieurement transaction ou jugement  
 définitif.* » O da Baviera diz no art. 8.º — « *La loi ne  
 dispose que pour l'avenir, à moins qu'il ne s'agisse de  
 lois interprétatives, ou de cas spécialement réservés.* » (1)

da Bolivia declára no art. 4.º — « *Les lois interprétatives sont exécutoires à la date de la loi interprétée.* » E, entretóns, o decreto de 17 de Julho de 1778, por occasião de revogar, ou suspender algumas providencias do reinado anterior, e de declarar e interpretar outras, ordenou nos mesmos termos: — « que em quanto ás causas já findas e extinctas, ou fôsse por sentenças judiciais, que houvessem passado em julgado, ou por amigaveis transacções legitimamente celebradas, ficasse o julgado nas ditas causas em toda a sua força e vigor. »

E os Escriptores, tractando da materia sujeita, costumam tambem expôl-a nos mesmos termos.

Merlin diz, que as leis não têm effeito retroactivo; mas que, não tendo a lei interpretativa por fim senão declarar o sentido, em que a lei anterior deveria ter sido entendida, ella é applicavel tanto ao passado, como ao futuro, — isto é — tanto aos casos que sobrevierem depois, como aos anteriores a ella, practicados depois da lei interpretada; excepto áquelles, que já estiverem decididos por sentença passada em julgado, ou transacção. Repert. de Jurispr. verb.—*Loi.*

*Portug. de Donat. L. 2, cap. 10, n. 18, diz tambem: — « Lex declaratoria non comprehendit preterita jam decisa per sententiam, transactionem et similia; etiamsi nominatim in lege fiat mentio de preteritis. »*

Corr. Tell. Dig. L. 1, artt. 9, 10 e 11, diz da mesma forma: — « A disposição das leis não tem effeito retroactivo; porém a lei interpretativa retrotrahe-se ao tempo

lei interpretada. Todavia as sentenças proferidas em  
do contrario, que passaram em caso julgado, quando  
interpretada era obscura, conservam a sua força.»  
da *ad Ordinat. L. 4, tit. 13, § 8, n. 6*, exprime-se  
nesmo modo.

e pois sempre que se tracta do effeito das Leis, se  
para que o das Leis novas nunca será retroactivo, salvo  
e o contrario for nellas determinado; mas que o prin-  
cipio inverso terá logar a respeito das interpretativas, ex-  
cepto em quanto aos casos já decididos nos termos que  
ficam indicados: parecia-nos, que ou o artigo deveria ser  
redigido 'nesta conformidade, e com esta clareza, ou aliás  
ser eliminado, deixando-se a sua materia para a Juris-  
prudencia, como se fez em França a respeito da Lei in-  
terpretativa. Applicando elle á Lei interpretativa o mesmo  
effeito que ás outras leis, deu, pela novidade da redac-  
ção, motivo a ser impugnado por todos os illustrados Ju-  
risconsultos, que têm escripto sôbre elle: e para que se  
ha de dar ás Leis uma redacção, que não está auctori-  
sada pelo uso,

*Quem penes arbitrium est, et jus et norma loquendi?*

Em todos os logares, que ficam apontados, tanto os  
Legisladores como os Escriutores poderiam ter usado da  
mesma locução do artigo, que realmente é mais concisa  
e elegante; mas preferiram a clareza, e nós votamos tam-  
bem por ella, porque não queremos, que sejam necessa-

rias paraphrases ou commentarios para entender o Código.

### Artigo 12.º

« A Lei prohibitava ou imperativa importará pena de nullidade, ainda que esta pena não seja 'nella expressa; excepto se outra cousa fôr 'nella declarada.

§ unico. « A nullidade poderá comtudo sanar-se pelo consentimento dos interessados, se a Lei infringida não fôr de interesse e ordem pública. »

Da combinação do artigo com o § unico parece-nos poder deduzir-se: — 1.º que o Projecto distingue — se as leis prohibitivas ou imperativas tiverem por principal objecto o interesse e ordem pública, a sua contravenção importará *nullidade* absoluta e insanavel; mas se o seu objecto principal e immediato fôr o interesse particular, então a infracção importará só *nullidade* relativa, que poderá ser sanada por consentimento dos interessados. — 2.º E que em ambos os casos da distincção, o Projecto quer que a *nullidade* proceda, ainda que a clausula *irritante* não seja expressa nas leis.

A materia é grave e transcendente; porém tem sido tractada, desde remotos tempos, por pennas tão habéis, tem-se occupado das differentes questões, que ella envolve, Jurisconsultos tão profundos, que nada poderíamos accrescentar ao que já está dicto: limitar-nos-hemos portanto a fazer algumas reflexões, e a optar, entre as diversas opiniões, por aquella que conscienciosamente se nos figurar a melhor.



Emquanto ao principio cognoscitivo das *nullidades* absolutas, ou relativas — o *interesse público*, ou *particular*, — é certo que da sabida regra de direito — *Omnes entiam habere his, quae pro se introducta sunt, renuncare* — têm deduzido os interpretes, que as *nullidades* das leis de interesse particular podem ser sanadas por consentimento dos interessados. Mas ainda que *Dunot* e outros apresentem este principio como muito seguro e de facil comprehensão; entendemos todavia que não é assim, e que elle ha de dar muitas vezes occasião ao arbitrario, e até a erros involuntarios; porque nem sempre poderá bem discriminar-se se taes ou taes prescrições ou prohibições da Lei tiveram primariamente em vista o interesse público, ou o interesse particular, para se resolver, sem receio de errar, que a *nullidade*, que da contravenção resultou, é relativa ou absoluta, e portanto sanavel ou não por consentimento dos interessados.

Parecia-nos pois que melhor sería eliminar o § unico, fundamento d'esta distincção, e deixar esse ponto para a Jurisprudencia, para onde têm de ficar tantos outros.

Agora emquanto ao outro principio, consignado no artigo, de dever sempre subentender-se nas leis *prohibitivas* ou *imperativas* a pena de nullidade, em caso de contravenção; não ha dúvida, que Theodosio e Valentiniano o estabeleceram no L. 5, *Cod. de legib.*, emquanto ás leis *prohibitivas*; porém tal principio parece-nos tambem um pouco arriscado, tomado em tanta extensão.

Não diremos que o legislador, mandando ou prohi-

bindo, não queira de certo modo ser obedecido; mas se elle não annullar *expressamente* os actos contrários, recamos vêr consagrada a regra, de que deverá sempre presumir-se ser intenção sua que elles sejam *nullos*.

Voet, *ad Pand.* L. 1, tit. 3, n.º 16, e Merlin, *Repert.* Verbo *nullité* — observam, que a citada regra da L. 5, Cod. *de legib.* não era tão rigorosa, que o legislador romano não deixasse passar muitos actos contrários ás leis.

Os Jurisconsultos têm mesmo exceptuado d'ella todos os casos, em que o Legislador, *prohibindo*, impunha á infracção outra pena, que a de nullidade; porque não podia então considerar-se nullo o acto prohibido, sem se suppôr que o Legislador quizera impôr-lhe duas penas ao mesmo tempo, presumpção que as leis não admittiam. L. 41, D. *de poenis*. E assim, por exemplo, no Direito antigo a lei *Furia* prohibia que se deixasse em legado mais de mil soldos a qualquer pessoa; — mas como a mesma lei condemnava no quadruplo o legatario que recebesse mais, diz Ulp. *nos seus Frag.* tit. 1, § 2, que o legado era considerado como *válido* em si mesmo.

Além d'isso, havia mesmo muitas leis, que, prohibindo certos actos, os deixavam todavia subsistir, se eram praticados; por cuja razão o citado Ulp. as qualifica de leis imperfeitas. Diz elle no § 1 do mesmo tit.: — «*Imperfecta Lex est, veluti Cincia, quae supra certum modum donari prohibet, et si plus donatum sit, non rescindit.*» — E d'ahi veio o *brocardico* — *Multa prohibentur in jure*

*feri, quae tamen facta tenent* — dizem os referidos Voet e Merlin. Tal era tambem a L. 1, § 5, *D. quando appelland. sit*, que prohibia dar sentença *condicional*; e todavia se assim era dada, subsistia como pura, e começava desde logo a correr o tempo para á appellação: — «*Sane quidem non est sub conditione sententia dicenda; sed si fuerit dicta, quid fiet? et est utile, statim tempora ad appellandum computari debere.*»

Outro exemplo se encontra na L. 1, § 3, *D. de appellat.*, a qual prohibia appellar para outro Juiz, que não fôsse o immediato superior d'aquelle, de quem se recorria; e comtudo concedia o effeito suspensivo á appellação interposta, *ommissio medio*, para um tribunal mais elevado. E outros exemplos mais podiam ainda apontar-se.

Grocio — *de jur. bell. ac pac.* — L. 2, Cap. 5, § 16, fallando do effeito das leis prohibitivas, não só em relação ao matrimonio entre certas pessoas, mas ainda em geral, diz que ellas prohibindo *simplesmente*, não annullam por isso os actos contrários: — «*Sunt enim* (diz elle) *diversa, prohibere, et irritum quid facere. Nam prohibitio vim suam exserere potest per poenam, vel expressam vel arbitrariam: et hoc genus leges imperfectas vocat Ulpianus, quae fieri quid vetant, sed factum non rescindunt.*»

Depois refere a disposição de Theodosio e de Valentiano na citada 5.<sup>a</sup> *Cod. de legib.*, e diz que os effeitos que ahi se attribuem á simples prohibição, provêm não

da prohibiçãõ *em si mesma*, mas sim da força, que os dois imperadores lhe quizeram dar; e que os outros Legisladores não estão obrigados a seguir tal principio:— concluindo, que com razão muitas vezes se toleram alguns actos contrarios ás leis, porque seria, em muitos casos, maior o escandalo e a indecencia, que resultaria da *sua rescisãõ*, que da *sua tolerancia*.

Merlin adverte, que na mesma classe de leis, chamadas por Ulpiano *imperfeitas*, poderão incluir-se, em direito canonico, os Canones que estabelecem os *impedimentos prohibitivos*, que todavia não invalidam o matrimonio, se chega a contrahir-se; — e bem assim aquella antiga disposiçãõ (*cap. non solum de regular. in 6.º*), que prohibindo a profissãõ religiosa, antes do complemento d'um anno de noviciado, declarava, apezar d'isso, válidos os votos, sem essa prova precedente. E entre nós poderiamos tambem addicionar-lhes, além d'outras, aquellas, que prohibem o matrimonio dos menores, sem o consentimento dos paes ou tutores, ou supprimento judicial;— as que prohibem aos Magistrados casar com mulheres da sua jurisdicçãõ, sem licença do Rei; e as que sem a mesma licença vedam o casamento dos donatarios da Corõa; porque nunca se entendeu, que a *infracçãõ ao preceito, ou prohibiçãõ* de taes leis importasse nullidade dos actos contrarios, mas só o incurso nas penas estabelecidas contra os infractores. A respeito d'ellas, diz o Sr. Mell. Fr., L. 2, tit. 5, § 5, not.:— «*Matrimonium autem contra patrias leges contractum, quae parentum et aliorum con-*

*sum requirunt, validum est: illud vero contrahentes  
nis, eisdem patriis legibus definitis, subjiciuntur.»*

Em todos os tempos e em todas as Legislações tem  
tanto existido sempre leis prohibitivas, ou impera-  
vas, que deixam subsistir alguns actos contrarios; ou seja  
la razão que dá *Grocio*, ou porque, como diz *Toullier*,  
n nenhum paiz a Legislação tem chegado ao ponto de  
afeiço, que possa estabelecer-se o principio de serem  
*illos* todos os actos, onde os preceitos da Lei não têm  
sido observados.

Em consequencia, parecia-nos mais segura, mais pru-  
dente, e menos sujeita a complicações, a regra inversa  
da L. 5, Cod. *de legib.* — isto é, que as nullidades não  
poderão *subentender-se*, quando as Leis, quer prohibiti-  
vas, quer imperativas, *expressamente* as não irrogarem.  
E d'esta regra entendemos que só deverão exceptuar-se  
as prescripções ou prohibições, que disserem respeito á  
*substancia* ou *fórma essencial dos actos*, — e portanto á  
*qualidade das pessoas* que nelles tiverem de intervir; —  
*á natureza das causas* que fizerem o seu objecto, e á  
*fórma*, com que deverem ser celebrados. — De maneira  
que todo o acto, practicado por uma pessoa que a Lei  
tiver declarado *incapaz* d'elle, — ou que versar sôbre  
cousas ou factos *prohibidos* por ella, — ou que não fôr  
celebrado pela *fórma essencial prescripta* na Lei, — tal acto,  
por excepção á regra geral, *dever-se-ha* considerar como  
nullo e de *nenhum effeito*, embora na Lei preceptiva, ou  
prohibitiva se não encontre expressa a clausula irritante:

em todos os mais casos porém deverá proceder a regra inversa, porque tambem assim o Legislador terá mais cautela em declarar as nullidades, quando effectivamente quizer que fiquem sem effeito os actos contrarios. Esta é a opinião de Merlin, e aquella com que mais nos conformamos.

### Artigo 13.º

«Se as questões sôbre direitos e obrigações não poderão ser resolvidas, nem pelo texto da Lei, nem pelo seu espirito, nem pelos casos analogos previstos em outras leis, regular-se-hão pelos principios geraes de equidade, segundo as circumstancias do caso; e sem que possa recorrer-se a nenhuma legislação estrangeira, a não ser como em testemunho d'essa mesma equidade.»

A primeira parte d'este artigo parece ter tido por fonte o art. 15 do Codigo da Sardenha; e a segunda o art. 4, b. do Codigo do Grão-Ducado de Bade.

Porém o Codigo da Sardenha manda recorrer, nos casos ommissoes, não á equidade, mas aos principios geraes do direito: — *«Si une question (diz o cit. art.) ne peut être résolue ni par le texte, ni par l'esprit de la loi, on aura égard aux cas semblables que les lois auraient spécialement prévus, et aux principes qui servent de fondement à des lois analogues; si néanmoins la question est encore douteuse, on aura recours aux principes généraux du droit, en prenant en consideration toutes les circonstances du fait.»*

E o Código do Cantão do Valais no art. 3 adoptou o mesmo recurso.

O Código da **Austria** no art. 7 também não manda recorrer á equidade, mas aos principios do Direito natural. — «*Si la loi (diz elle, n'est pas applicable entièrement à un fait, le juge prend en consideration les cas analogues, les motifs, et à leur défaut, les principes du droit naturel et les circonstances.*»

O da Luisiana no art. 21 manda sim recorrer á equidade, mas regulada pelo *direito natural*, e pelos usos recibidos; — fazendo assim distincção entre este e aquella. Com effeito, entre a equidade e o direito (mesmo o natural) medeia consideravel distancia: — a *equidade*, diz um escriptor moderno, consiste na differença que se dá entre o *direito* e a *moral*: a equidade é mais exigente que o direito, nem approva tudo o que este auctorisca.

O Projecto, porém, manda sómente seguir a *equidade*; e, em abôno da verdade, deve confessar-se que o Código da Servia no art. 10, e o do Cantão de Fribourg no art. 8, fazem o mesmo. Mas, sendo tão vago o termo — *equidade* — que ainda d'elle se não deu uma definição exacta, d'onde resulta accommodar cada um a esta palavra as ideias que bem lhe parecem; entendiamos, que o melhor seria mandar, ou, como o Código da Sardenha e o do Cantão do Valais, recorrer aos *principios geraes do direito*, ou como o da **Austria**, ao *direito natural*; porque qualquer d'estes recursos está menos sujeito a caprichos e ao arbitrario, do que o da mera *equidad*:

Vejam-se — **Discurso sôbre a Equidade** por Correia Telles.—Merlin, *Repert. de Jurispr.*, e Belime, *Philosoph. do Direito*, verbo *Équité*. — *Encyclop. Meth. Dicc. de Jurisprud.* art. *Équité*, etc.

Emquanto á segunda parte do art, parece-nos tambem, que deverá eliminar-se a última clausula que diz — *a não ser como em testemunho d'essa mesma equidade*— porque, admittida ella, representa-se-nos que fica destruido o principio, de que não deverá recorrer-se a legislação estrangeira; visto que aquelle a quem esta fizer conta, a citará naturalmente em testemunho de que a sua pretensão é fundada na *equidade*; e o Juiz fará o mesmo para dar qualquer sentença; e, bem pensado o caso, será a legislação estrangeira a que regerà nos casos omissos e não a *equidade*!

É, na nossa opinião, estabelecer a favor de toda a legislação estrangeira a presumpção da *equidade*, e cair no mesmo êrro, que a Ord. L. 3, tit. 64 pr., quando declarou as leis imperiaes subsidiarias pela *boa razão* em que eram fundadas; disposição, que depois a Lei de 18 d'Agosto de 1769, § 9, revogou, declarando só subsidiarias aquellas das referidas leis, que fossem realmente fundadas na *boa razão*, e não todas; em consequencia do abuso que d'aquelle principio se tinha feito, e das funestas consequencias, que d'ahi haviam resultado para todo o reino; e o mesmo abuso, e as mesmas consequencias tambem augurâmos á citada clausula, se passar.

O Codigo do Cantão de Vaud, no art. 3, diz sómente:



*«Il est défendu aux juges de citer, comme motif de leur jugement, une loi ou une autorité étrangère pour expliquer le présent Code, ou pour y suppléer.»*

E o do Cantão d'Argovia, no art. 14, diz o mesmo: *«Aucun tribunal ne doit insérer dans ses motifs, pour suppléer au présent Code une loi étrangère ou l'opinion des Jurisconsultes.»*

Em nenhum d'elles, por consequente, se admittiu aquella clausula, que iria destruir o principio adoptado.

No entretanto, o art. 4.º b. do Codigo do Grão-Ducado de Bade, fonte, ao que parece, da última clausula do artigo do Projecto, diz: *«Le juge peut puiser des considérations et des comparaisons dans la loi romaine, pour constater ce que dans d'autres législations on a considéré comme les suites légales et naturelles de certains faits; mais jamais pour y prendre des motifs de décision, ou permettre aux parties de l'alléguer.»*

Mas este artigo é menos perigoso, que a clausula do Projecto: elle só permite aos juizes fazer considerações ou comparações com as leis romanas, para que conste o que outras legislações têm considerado como consequencias legais e naturaes de certos factos; o que não é certamente o mesmo que recorrer a legislação estrangeira, em testemunho da equidade de qualquer decisão ou sentença, como permite o artigo do Projecto.

### Artigo 32.º

«A capacidade civil dos estrangeiros será regulada segundo a lei do seu paiz.»

Como este artigo pôde dar occasião a contestações, quando os direitos resultantes da capacidade civil do estrangeiro, regulada pela lei do seu paiz, se acharem em collisão com os direitos, resultantes da capacidade civil dos portuguezes; ou o artigo deverá prevenir esse caso, e resolvel-o convenientemente, ou aliás, parece-nos que deverá ser eliminado, deixando-se a sua materia para a Jurisprudencia.

### Artigo 39.º

«As corporações perpetuas não poderão adquirir bens de raiz por titulo oneroso sem permissão legislativa; nem conservar, por mais de anno e dia, os que adquirirem por doação ou legado, sem permissão legislativa, sob pena de os perderem em proveito da Fazenda Nacional.»

### Artigo 40.º

«O Estado, as Camaras Municipaes, e Junctas de Parochia são considerados, em quanto ao exercicio dos direitos civís, como pessoas moraes, salvo na parte em que outra cousa se ache regulada por lei especial.»

### Artigo 1625.º

«Não podem comprar bens de raiz os estabelecimentos publicos, ou quaesquer corporações de mão morta, não

sendo auctorisados por lei, sob pena de perdimento dos dictos bens em proveito do Estado.»

### Artigo 1911.º

«As Egrejas, Cabidos, Confrarias e quaesquer estabelecimentos de caridade, beneficencia ou instrucção pública, não podem adquirir por testamento, senão a titulo de legado particular.

§ *unico*. «Os bens de raiz, que lhes forem deixados, serão alienados dentro de anno e dia, sob pena de os perderem em proveito da Fazenda Nacional.»

'Nesta materia ha grande confusão e ambiguidade. Todas as corporações perpetuas, tanto ecclesiasticas como leigas, serão com effeito corporações de *mão morta*, ou não?

A letra dos citados artigos é amphibologica: o Projecto no art. 39, parece consideral-as como taes, pela applicação que a todas ellas faz da Lei da amortisação, mas não lhes dá esse nome; e falla depois, no art. 1625, das corporações de *mão morta*, como de especie differente, sem dizer todavia quaes estas sejam; nem no art. 1911, onde especifica — Egrejas, Cabidos, Confrarias, e Estabelecimentos de caridade, beneficencia ou instrucção pública, diz tambem se por ventura são, ou não, estes os corpos de *mão morta*, a que se refere o art. 1625. O Projecto, por consequente, é para nós inintelligivel 'nesta parte.

Mas folgamos de vêr que seu illustrado redactor, na resposta ás observações d'um dos illustres membros da

Commissora revisora, reconhecendo a obscuridade, contém na emenda, e é elle mesmo que a propõe.

«Diz que entende por corporações de mão morta todas as corporações perpetuas: e que os referidos artigos abrangem não sómente os estabelecimentos e corporações ecclesiasticas, mas tambem as leigas; e que não tivera na mente fazer distincção entre umas e outras em quanto á especie do art. 1911, como se vê dos artt. 39 e 40; mas como 'nelle não ha a necessaria clareza, diz que deve acrescentar-se ás palavras — ou *instrucção pública*, as seguintes — ou *quaesquer outras corporações*. E que 'nesta conformidade será tambem necessario supprimir no art. 1625 as palavras — *de mão morta* — deixando á palavra *corporações* toda a sua generalidade: tornando-se d'esta maneira desnecessaria a definição *de corpos de mão morta*, que na realidade é diversamente apresentada pelos Jurisconsultos tanto nacionaes, como estrangeiros.»

Mas aqui o nobre redactor cahiu no proprio laço que armou! Nós não lhe podemos admittir similhante *reticencia*, isto é, que se recuse a declarar no Codigo, que este entende por corporações de mão morta — *todas as corporações perpetuas*, quer sejam *ecclesiasticas* quer *leigas*; porque, se esta é a mente da lei, para que se ha de fazer d'isso um mysterio? Se os escriptores, nacionaes e estrangeiros não estão accordes sôbre esta ideia, não será por isso mesmo, que deve declarar-se qual é a mente do nosso

legislador, para acabar por uma vez a velha, fatigante e interminavel questão, de quaes são entre nós as corporações de mão morta? Que quer dizer — *o legislador entende por corpos de mão morta todas as corporações perpetuas indistinctamente, mas isto fique em segredo, e dicto fóra do Codigo, para'não contrastar a opinião dos escriptores, que não concordam 'neste ponto?*

Não é o *grande cavallo de batalha* do illustre redactor, para sustentar a necessidade das definições, que é preciso antes de tudo saber o que significam os termos de que usa o Legislador, para fugir á anarchia judiciaria do *tot capita tot sententiae*?

Comparemos este logar com o que elle diz, a pag. 5 da mesma resposta; eis ali as formaes palavras: «Não são precisamente as definições (diz Roussel, *de la redaction et de la codification rationnelles des lois*, p. 294), que são perigosas; mas as definições várias da mesma palavra, ou a falta de toda a definição legal, que, deixando a cada um a liberdade de explicar a seu modo a letra da lei, abandona o seu espirito á anarchia judiciaria do *tot capita tot sententiae* dos practicos. Mal profundo, que já assignalámos como uma das causas da desordem da nossa legislação; defeito funesto, que se não poderá exconjurar, senão pela fixação authentica do sentido juridico das expressões da lei. É preciso definir, se nos queremos entender. O mesmo sentia Bentham.» E identicas ideias expende o illustre redactor do Projecto na Apostilla n.º 1, a pag. 40.

Portanto, é mister que se sujeite á lei que estabeleceu.

#### Artigo 41.º

«Fica abolido o privilegio de restituição por inteiro, concedido ao Estado, ou quaesquer outras corporações ou estabelecimentos publicos.»

Concordâmos com o artigo, visto que o Estado, e as corporações são pessoas juridicas, capazes de provêr por si á boa administração de seus interesses; mas, tomando o privilegio da restituição por inteiro, como adiante diremos, no sentido de restituição contra os actos *validos*, de que tiver resultado lesão ao Estado, ou corporações, e não no sentido do Projecto, que sómente o concede contra os actos *nullos*; porque 'neste sentido entendemos, que não póde negar-se, nem ao Estado ou corporações, nem a individuo algum; nem póde ser considerado como *privilegio*, só reservado aos menores.

#### Artigo 57.º

«Se desaparecer qualquer pessoa do logar do seu domicilio ou residencia, sem que d'ella se saiba parte, e não haja deixado procurador, ou quem legalmente administre seus bens, e fôr necessario provêr a este respeito, ser-lhe-ha dado curador pelo Juiz competente.»

Esta curadoria corresponde á de que falla a Ord. L. 1,

tit. 90 pr., embora o art. 59 do Projecto diga, que na escôlha do curador, o Juiz dará preferencia aos herdeiros *presumidos*, e na sua falta aos que maior interesse possam ter na conservação dos bens do ausente.

Ella deve portanto regular-se pelas regras das tutellas, ou curadorias ordinarias, como se vê do Projecto e da citada Ord. Mas nem a Ord., nem o Projecto marcam o tempo, que deve ter decorrido depois da ausencia, para poder ter logar este procedimento judicial.

A Ord. diz simplesmente, que o Juiz dará curador aos bens, tanto que lhe fôr requerido, ou notificado por qualquer pessoa do povo, e elle fôr certificado da ausencia; e o Projecto parece admittir o mesmo principio. Mas d'esta sorte, passados dois ou tres mezes, ou por ventura menos ainda, estará o Juiz auctorizado para proceder a inventario judicial, e á curadoria dos bens; e os interesses que os juizes, curadores, e escrivães costumam tirar dos inventarios e curadorias são bem sabidos, para se não reccar com fundamento, que em tudo isto se ande sempre com mais celeridade, do que convinha.

Para evitar pois esse inconveniente, e se pouparem despesas talvez inuteis ao ausente, parece-nos que o Codigo não deverá auctorisar este procedimento judicial, sem ter pelo menos decorrido um anno, depois do desaparecimento. Durante esse tempo pôde o ausente voltar, ou mandar procuração: mas supponhamos, que assim não acontece, que mal resultará d'esta disposição? talvez alguma diminuição no rendimento d'esse anno. Mas os in-

teresses, que da curadoria lhe provierem 'nesse tempo, chegarão para cobrir as despesas do inventario *judicial*? Parece-nos que não.

O Cod. da Prussia, P. 2, T. 18, estabelecendo em regra o sobredito praso, só permite incurtal-o, sobrevindo circumstancia extraordinaria, em que os interesses do ausente não soffram essa dilação; providencia que poderia admittir-se tambem entre nós. Diz elle: — Artigo 20.º «*La nomination de tuteur aura lieu, si, pendant une année entière, on n'a pas eu de nouvelles de l'absent.*» — Artigo 21.º «*Neanmoins cette nomination doit s'effectuer avant l'expiration de la première année, lorsqu'il survient des circonstances majeures où les intérêts de l'absent n'admettent pas un plus long délai.*»

#### Artigo 49.º

«Os menores, não emancipados, terão por domicilio o domicilio do pae ou mãe, a cuja auctoridade se acharem sujeitos, e na sua falta o de seu tutor.»

#### Artigo 50.º

«Os maiores sujeitos á tutela, terão por domicilio o domicilio do seu tutor.»

A doutrina d'estes dois artigos foi extraída do art. 108 do Cod. Civ. Fr., aonde se declara: — «*Le mineur non emancipé aura son domicile chez ses père et mère, ou tuteur; le majeur interdit aura le sien chez son tuteur.*»



Mas o contrário, isto é, que no domicilio do menor é que o tutor deve administrar a tutela e *represental-o*, e não no seu, quando este seja diverso, parece achar-se estabelecido no nosso direito, como se deduz da Ord. L. 3, tit. 11, § 3 ibi.: «O Juiz ordinario poderá mandar citar fóra da sua jurisdicção todo aquelle, que quizerem citar por causa de algum negocio, que tractasse no logar da sua jurisdicção: pode-se pôr exemplo no *tutor, curador, feitor*, etc., e será demandado no logar, onde o dicto negocio tractou, ou administrou.»

Com effeito, se tendo o tutor e o pupillo domicilios diversos, é no do pupillo que o tutor deve ser demandado pelos negocios relativos á administração da tutela; está claro, que o tutor é que segue o domicilio do pupillo, e não este o do tutor.

Esta Ord., ao que parece, foi deduzida da L. 19, § 1, D. de *Judic.*, aonde se determina, que qualquer deverá defender-se no logar aonde administrar algum negocio, embora ahi não tenha seu domicilio, dando-se para exemplos a *tutela*, a *curadoria*, etc. — «*Si quis tutelam, vel curam, vel negotia, vel argentariam, vel quid aliud, unde obligatio oritur, certo loci administravit, etsi ibi domicilium non habuit, ibi se debebit defendere: et si non defendat, neque ibi domicilium habeat, bona possideri patietur.*»

D'onde se infere, que por direito romano tambem o tutor seguia o domicilio do pupillo, e não este o d'aquelle: e esta doutrina é a que, em verdade, nos parece mais confôrme com a instituição das tutelas, as quaes tiveram

por fim não o commodo e interesse dos tutores, mas o dos tutelados; e o interesse d'estes, como já observou o illustrado Presidente da Commissão revisôra, está em serem havidos como domiciliados no lugar, em que tem a sua residencia, casa e bens, para a mais facil defesa de seus direitos em juizo e fóra d'elle.

Mas se passar a doutrina do Cod. Civ. Fr., adoptada nos dois artigos transcriptos, então será necessario pôl-os em harmonia com outros logares do Projecto, onde este, como que esquecido do que alli estabeleceu, parece seguir opinião contrária. Por exemplo: no art. 2168, § 1, diz que a abertura da herança se veriticará no lugar do domicilio do finado; e nos artt. 192 e 211, declara que o Juiz que ahi tiver jurisdicção, será o Juiz do inventario, e o que deverá organizar o conselho de familia, se entre os herdeiros houver algum menor, etc.:—e que esse conselho será composto dos cinco parentes mais proximos do menor, residentes dentro dos limites da sua jurisdicção. E no art. 189 diz, que esse mesmo Juiz é depois o competente para provêr ácerca da pessoa e bens do menor.

Ora, sendo isto assim, como é que, no caso de serem differentes os domicilios do tutor e pupillo, se hão de conciliar estes artigos com o art. 49?

O art. 49 diz, que o menor segue o domicilio do tutor; e estes, que o Juiz do domicilio do defuncto, é o competente para o inventario, para organizar o conselho de familia, e para provêr ácerca da pessoa e bens do menor. A desharmonia é palpavel!

### Artigo 54.º

«Os militares arregimentados terão o seu domicilio no lugar em que o seu corpo estiver de guarnição. Os militares não arregimentados terão o seu domicilio no lugar em que estiverem de serviço, se não tiverem algum estabelecimento ou morada fixa, porque 'nesse caso ahi será o seu domicilio.

«§ unico. O domicilio do militar fixa-se pelo seu assentamento de praça.»

Podendo ser transferidos d'umas para outras terras os corpos militares, e variando tambem a cada passo a posição dos individuos não arregimentados, e portanto o seu domicilio; parece-nos, que deveria eliminar-se o § unico, que o declara fixado pelo assentamento de praça.

O domicilio porém, de que aqui se falla, é *interino e necessario*, porque é fixado temporariamente pela lei: mas conservará o militar ainda o antigo, se ahi tiver casa e bens, ou deverá entender-se transferido para este? Por direito romano, o *militar* conservava-o ainda — *solo animo* — e no mesmo caso estava o *degradado*, em quanto que por declaração expressa o não abandonassem, ou o abandonô se não presumisse por alguma circumstancia, ou factó concludente, como, v. g., pela venda dos bens, ou pela transferencia da familia para o lugar do domicilio *necessario*, etc. Diz a L. 23, § 1, D. *ad Municipal. et de incol.* — «*Miles ibi domicilium habere videtur, ubi*

*meret, si nihil in patria possideat.»* A L. 22, § 3, D. eod. diz— «*Relegatus in eo loco, in quem relegatus est, interim necessarium domicilium habet.»* E a L. 27, § 3 eod. — «*Domicilium autem habere potest et relegatus eo loci, unde arcetur, ut Marcellus scribit.»*

Mas o Projecto parece não reconhecer aos militares outro, senão o *necessario*, o que não reputámos justo; porque no art. 55 diz, que os degradados conservam o antigo, em quanto ás obrigações, contrahidas antes do delicto: e porque se não ha de declarar tambem que os militares, com o domicilio necessario, não perdem o anterior, salva declaração sua em contrário, nos termos do art. 46? Se lhes não fizer conta conserval-o, elles o deixarão.

#### Artigo 66.º

«Decorridos quatro annos desde o dia do desaparecimento do ausente, ou data de suas últimas noticias, poderão seus herdeiros presumidos, justificada a ausencia com assistencia do Ministerio Público, requerer a entrega dos bens do mesmo ausente, excepto se tiver deixado procuração bastante; pois 'neste caso só poderão requerer a dicta entrega passados seis annos desde o dia do desaparecimento do ausente, ou da data de suas últimas noticias.

§ *unico.* «Os herdeiros poderão comtudo requerer, passados tres annos nos termos sobredictos, que o procurador préste fiança, caução ou hypotheca, se occorrer justo receio de insolvencia; e quando a não possa, ou

não queira prestar, julgar-se-hão cassados os seus poderes.»

Pela Ord. L. 1, tit. 62, § 38, os herdeiros *presumidos* do ausente não podem requerer a curadoria definitiva (como lhe chama o Projecto) dos bens d'este, antes de passarem dez annos d'ausencia sem noticias: e não faz distincção entre o caso de ter o ausente deixado procuração, ou não a ter deixado: mas para este mesmo effeito o Projecto limita essa ausencia a quatro annos, se o ausente não deixou procurador bastante, e a *sois se o tiver* deixado; podendo, 'neste último caso, os herdeiros *presumidos* obrigar o procurador, passados tres annos, a prestar fiança, se houver receio de insolvencia da sua parte; e se a não prestar, julgar-se-hão cassados os seus poderes.

Emquanto á primeira hypothese, o Projecto adoptou o praso de ausencia, marcado no art. 115 do Cod Civ. Fr. para á concessão da *posse provisoria*, que, no systema d'esse Codigo, corresponde á *curadoria definitiva* do Projecto; mas na segunda desviou-se d'elle, porque o citado Codigo, no caso de haver o ausente deixado procuração, marca no art. 121 o praso de *dez annos* para á concessão da referida posse; na ideia, ao que parece, de que tendo o ausente assim providenciado ácerca de seus interesses, não ha fundamento para suspeitar da sua morte, pela simples falta de noticias até esse tempo.

São por tanto quatro, ou dez annos, os prazos ahi mar-

cados; porém, se se attender a que pelo art. 119, a sentença *declaratoria da ausencia*, que deve preceder a *posse provisoria*, não pôde ter logar sem primeiro decorrer um anno depois da outra, que tiver decretado a inquirição ou processo de ausencia; o praso para se conceder a posse na primeira hypothese, virá a ser de cinco annos, e na segunda de onze. O Projecto reduziu-os, porém, o primeiro a quatro, e o segundo a seis; mas a não se adoptar a regra geral da Ordenação, nós votariamos antes pelos prazos da Lei franceza, attendendo mesmo ás providencias do Projecto, porque este manda preferir para á *curadoria provisoria* (art. 59) os *proprios* herdeiros *presumptivos* do ausente; e além d'isso, auctorisa estes para obrigar o procurador, se o ausente o tiver deixado, a *prestar fiança*, no caso de receio de insolvencia: por tanto, parece-nos que o Projecto tem sufficientemente providenciado á boa administração dos bens do ausente, e á segurança d'elles e de seus rendimentos; e que não é preciso incurtar aquelles prazos; evitando-se assim ao ausente as despesas d'um novo inventario (art. 71), e as da partilha *judicial* de seus bens, feita talvez muito prematuramente.

#### Artigo 80.

« A curadoria definitiva terminará: . . . 4.º Pelo lapso de 20 annos, desde o dia do desaparecimento ou data das últimas noticias.»

Este praso parece-nos tambem muito curto, se se atten-

der a que elle importa prescripção contra os verdadeiros herdeiros (se forem outros), como declara o art. 83. — O praso de 30 annos, para terminar a curadoria definitiva, e para os verdadeiros herdeiros podêrem reclamar os bens do ausente, não parece excessivo: ou ao menos, concedam-se a estes os 30 annos, embora a curadoria termine aos 20.

O Cod. Civ. Fr. no art. 129, estabelece os 30 annos, para terminar a posse provisoria (curadoria definitiva do Projecto); e ainda depois, no art. 133, concede outros 30 aos filhos, e descendentes directos do ausente, para podêrem reclamar os seus bens.

Estes mesmos prazos foram adoptados pelo Cod. da Sardenha, artt. 92 e seg.; ainda que o do Cantão de Vaud, no art. 55, reduziu a 10 annos os 30, concedidos pelos dous Codigos antecedentes aos filhos e descendentes do ausente, depois de terminar aos 30 a posse provisoria. O da Austria no art. 24, n.º 2, estabelece tambem a ausencia de 30 annos sem noticias, para se dever reputar morto o ausente, etc.

#### Art. 117.º

« Os filhos illegitimos, ou nascidos de paes não casados, podem ser legitimados por subsequente matrimonio. Exceptuam-se:

- 1.º Os filhos adulterinos;
- 2.º Os filhos incestuosos;
- 3.º Os filhos sacrilegos.

§. 1.º Filhos adulterinos são os havidos por qualquer pessoa casada ao tempo da concepção, de outra pessoa que não seja o seu conjuncto.

§. 2.º Entendem-se por incestuosos para o effeito sobredito:

1.º Os filhos de parentes por consanguinidade, ou affinidade em qualquer gráu de linha recta;

2.º Os filhos de parentes por consanguinidade até ao 3.º gráu inclusivé da linha collateral.

§. 3.º Dizem-se sacrilegos os filhos de pessoas, que em razão do seu estado religioso são inhibidos de contrahir matrimonio. »

Admitte-se no artigo a legitimação por *subsequente matrimonio* a favor dos filhos illegitimos; mas exceptuam-se os espurios, quaes são: — os *adulterinos*, os *incestuosos*, e os *sacrilegos*; e define-se o que seja cada uma d'estas especies.

Parece-nos porém que a *regra* deveria ser geral e sem excepção, salvas as disposições do direito canonico.

Por direito romano sómente se legitimavam, por este modo, os filhos anteriormente nascidos *ex concubinato*, que era um verdadeiro matrimonio natural, uma união tolerada pelas Leis — *licita consuetudo*, como lhe chamava a L. 5, *Cod. ad Setum Orphil.* Mas como era mister que entre os concubinarios não houvesse impedimento *dirimente*, como denotam as palavras da L. 10, *Cod. de natural. lib.* — « *Cùm quis a muliere libera, et cujus*



« *matrimonium non esset legibus interdictum, etc.* » e da L. 11, Cod. eod. — *eam tamen cum qua poterat habere connubium, etc.*; vinha tal legitimação só aproveitar aos filhos denominados — *liberi naturales* — ficando excluidos os chamados — *spurii, ou vulgò quaesiti*, e os de coito damnado, que eram os *adulterinos, os incestuosos, os sacrilegos, e os de estupro*; porque os paes de todos estes filhos eram incasaveis; e se de facto chegavam a contrahir matrimonio, este era nullo, e como tal não produzia effeitos alguns. Nov. 74, cap. 6. Nov. 89, cap. 15.

Tal Legitimação porém seria hoje inteiramente inutil entre nós, e nas nações modernas, onde o concubinato é prohibido, e onde não ha *cópula licita* fóra do matrimonio; por que teriamos mesmo de excluir d'ella os filhos naturaes, como nascidos de união *illicita e reprovada* pelas Leis: e assim deixaria hoje de existir a legitimação *per subsequens matrimonium*, se o direito canonico não houvera seguido diverso rumo.

É isto tambem o que diz Boehmero, Jus. Eccl. L. 4, Tit. 17, §. 15. *Qui fl. sint leg. « Id palam est, si principiis Juris Romani insistendum esset, hanc legitimationis speciem omni carituram applicatione. Modo demonstratum est, jure Romano eam defecisse in ea conjunctionis specie, quae delictum, quae actum illicitum sapiebat. Atqui hodie non datur conjunctio extra matrimonium permessa, et licita: omnis reprobata, damnata, prohibita. Ergò matrimonium subsequens liberos*

..

*antea editos legitimos efficere non posset, si ex jure civili judicium de usu hodierno ferendum.* »

O Direito Canonico, com effeito, desviou-se inteiramente de taes principios; elle estabeleceu no Cap. 6,  $\ddot{x}$ , *qui fil. sint leg.*, a regra geral: «*Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur.*» E a esta regra só fez uma excepção a respeito dos filhos *adulterinos*, quando entre os adulteros tivesse havido promessa de futuro matrimonio, ou insidias contra a vida do conjuge innocente, cit. cap., e capp. 3.º e 6.º  $\ddot{x}$ , *de eo, qui duxit in matrim.* E esta decisão, pela sua generalidade, comprehende sem dúvida (fóra o caso exceptuado), todos os filhos, nascidos de commercio illicito entre o pae e mãe antes do matrimonio, uma vez que os paes, removido o impedimento, ou por haver cessado, ou por ter sido dispensado, chegaram a contrahir *legitimamente* este sacramento, cuja virtude purifica toda a mácula antecedente.

E na verdade se aos paes se releva o crime, e se lhes permite podêrem contrahir *legitimo* matrimonio: por que razão se não ha de outhorgar aos filhos innocentes a *legitimidade*?

Esta mesma reflexão já fez Strykio nos fins do seculo 17.º, e ainda não cessou até hoje de ser repetida; tal é a força do argumento, ou a razão de convencer que ella apresenta! «*Si enim parentibus tandem permissum, ut legitimi conjuges fiant, cur non liberis, ut ex tali conubio legitimitatem consequantur?* Stryk. ad Pand. L. 1, art. 6, §. 13.

Belime, discorrendo como philosopho sôbre o art. 331 do Cod. Civ. Fr., que declara os filhos *incestuosos*, e *adulterinos* incapazes de legitimação por subsequente matrimonio, reprova tal doutrina; e pronunciando-se tambem a favor da opinião contrária, argúe de injusto o legislador francez. « *En cela (diz elle) il ne paraît pas y avoir beaucoup de justice, puisque c'est absoudre les père et mère, qui ont commis la faute, et en laisser peser la conséquence sur la tête des enfants, á qui l'on n'a rien á reprocher.* »

Émile Girardin, diz da mesma fórma. « *Comment expliquer que ce soit l'enfant qui porte la peine de la faute qu'il n'a pas commise, de la faute qui a été commise avant même qu'il fût né, qu'il fût engendré, qu'il fût conçu?* »

A causa por que as leis romanas negavam a legitimação aos filhos de coito damnado, era o odio contra os factos peccaminosos, que lhes haviam dado a existencia, como claramente se vê da Novella 74, cap. 6: « *Eos enim (diz Justin.) qui semel ex odibilibus nobis, et propterea prohibitis nuptiis procedunt. neque naturales vocari, neque participanda eis ulla clementia est: sed sit supplicium etiam hoc patrum, ut agnoscant, quia neque quicquam peccatricis concupiscentiae eorum habebunt filii.* » E o mesmo se deduz da Nov. 89, cap. 15.

Mas ao menos as leis romanas eram coherentes, porque faziam recahir a pena do crime directamente sôbre seus auctores, negando-lhes a faculdade de podêrem em

tempo algum contrahir matrimonio; e se de facto o che-  
gavam a contrahir, era nullo.

Por conseguinte só *indirectamente* vinha a recahir nos  
filhos a pena imposta aos paes, que é quasi sempre o  
effeito da maior parte das penas. Mas perdoar aos paes,  
permittir-lhes podêrem contrahir *legitimo matrimonio*,  
segundo as leis canonicas, art. 1115, e punir sómente  
os filhos como fructo do crime, aliás já relevado, é dou-  
trina que nunca passou pela ideia aos Romanos; e com  
tudo ella se deduz do art. do Projecto, e do art. 331 do  
Cod. Civ. Fr., como o entendem os interpretes d'este  
Cod. na maior parte; ainda que alguns seguem o con-  
trário, e ensinam que os *filhos incestuosos* são legitima-  
dos *pelo matrimonio subsequente*, que seu pae e mãe con-  
trahirem em virtude de dispensa; taes são Malleville, ao  
cit. art., Toullier. M. Pont. *Revue de Leg.* T. 8, e Mr.  
Dupin-aîné (Moniteur du 4 mars 1838).

No entretanto todos os outros commentadores seguem,  
que elles não ficam legitimados, bastando citar Marcadé,  
que diz: « *L'impossibilité d'obtenir le benefice de la legi-  
timation n'est écrite, que pour ceux des enfants incest-  
tueux dont les parents se marient ensuite au moyen de  
dispense, puisque ces dispenses sont le seul moyen de  
mariage, et que ce mariage est à son tour le seul moyen  
de legitimation.* »

Esta pena por tanto vem a ser uma pena *aberrante* ou  
deslocada, como lhe chama Bentham, e que appresenta  
o cunho da maior injustiça!

Além d'isso, se o rigor com que as Leis tractam os filhos, nascidos de uniões illicitas, é para honrar e animar os matrimonios; parece que nenhuma razão ha para que continuem os seus effeitos quando os paes satisfizerem aos votos da honestidade, casando-se. É este o raciocinio que Belime attribue ao Legislador, que estabelece a legitimação *pelo subseqente matrimonio*. « *Le legislateur (diz elle) paraît avoir raisonné ainsi: puisque ce n'est que pour honorer et encourager le mariage que la loi traite avec rigueur les enfants qui n'en sont issus, il n'y a pas de raison pourquoi les effets de sa rigueur subsistent quand les parents ont satisfait au vœu de l'honnêteté en se mariant.* »

Finalmente, a extensão, que o Direito canonico deu á legitimação, não póde mesmo, a nosso ver, deixar de considerar-se como medida de profunda politica; porque, quando o mal é grande, e não póde por meios directos completamente debellar-se, a prudencia aconselha ao legislador, que nunca se despresem aquellas medidas *indirectas*, que suavemente possam concorrer para attenual-o, e restringir seus effeitos; e é este o fim, a que se encaminha a legitimação, attrahindo ao matrimonio os paes, pelo amor que podem ter a seus filhos illegitimos. « *Il paraît donc utile (diz ainda o escriptor ha pouco citado) en tolerant ce que l'on ne peut empêcher, de favoriser en même temps tout ce qui est de nature à remener quelques hommes à des habitudes plus vertueuses.* »

É verdade que poderá objectar-se, que se o desejo de

legitimar os filhos pôde determinar alguns paes a contrahir o matrimonio; outros haverá que se animem precisamente ao mal, pela esperança de podêrem mais tarde legitimar os fructos de suas uniões illicitas; e cujo perigo parece ter querido evitar Constantino Magno, quando concedeu a legitimação só aos filhos, que já estivessem nascidos ao tempo da sua Lei.

É esta, com effeito, a questão prévia a resolver pela Politica; e força é confessar, que os legisladores não têm sido accordes sôbre este ponto. É objecto de dúvida, se os Gregos tiveram ideia da legitimação; mas o que não admitte questão, é que os Romanos a desconhecaram até aos tempos do Baixo-Imperio: foi o citado Constantino Magno, o primeiro legislador que entre elles a estabeleceu, L. 5, Cod. *de natural. liber.* E ao Direito Canonico é que se deve a sua propagação na maior parte da Europa.

No entretanto algumas nações de primeira ordem, como a Inglaterra e a Russia, têm-na constantemente repellido, e diz Belime: « *et ce qu'il y a de remarquable, c'est que ceux qui l'adoptent et ceux qui la repoussent, invoquent le même argument, l'intérêt de la morale!* ».

Este mesmo escriptor lembra, que talvez a *Estatistica* podesse fornecer o meio de resolver a questão da sua *conveniencia* ou *desconveniencia*, fazendo ver qual é o numero comparativo dos filhos illegitimos debaixo do imperio dos dous principios, isto é, se são mais numerosos aonde a legitimação é prohibida, se aonde ella é permittida. Mas confessa que no estado actual das cousas

seria muito difficil formar um juizo seguro, já pela falta de documentos sufficientes, já pela difficuldade mesma de podêrem bem apreciar-se as diversas causas, que correm para á desmoralisação pública.

O estado do commercio, o numero das grandes cidades, a influencia das ideias religiosas, tudo teria de entrar em cálculo, e de ser apreciado. Todavia elle está persuadido, que a suppressão da *legitimação* não diminuiria o numero dos concubinatos; e nós partilhámos a mesma opinião.

Esta questão porém veio só incidentalmente, visto que se não tracta de admittir, ou de rejeitar a legitimação; o Projecto admittê-a, e nós tambem a queremos; 'nisto estamos concordes: todo o ponto da nossa divergencia é sómente ácerca das *exclusões* que faz o art. 117, e que nós não approvámos, á excepção da especie legislada em Direito Canonico, a respeito dos filhos adulterinos, nos *dous casos já apontados*. Porém deve advertir-se, que essa mesma excepção a admittimos, debaixo da supposição de que aos paes adulteros se não concede 'nesses *casos* o podêrem entre si contrahir matrimonio; porque a permittir-se-lhes, então entendemos, que os filhos, havidos anteriormente, deverão entrar na regra geral, e ficar tambem legitimados pelo *subsequente matrimonio* dos paes.

Belime quer, que o adulterio provado se devesse considerar em these, como impedimento *perpetuo* para o matrimonio dos adulteros, e não simplesmente nos dous

casos, de que falla o Direito Canonico; mas de resto, concorda comnosco, em que, permittindo-se-lhes, será forçoso conceder aos filhos a legitimação. « *A l'égard des enfans adulterins, la question est d'abord de savoir si l'union de leurs parents devra être permise, en cas que plus tard ils deviennent libres de s'épouser. Si l'on répond affirmativement, je crois encore, et par la même raison (por ser injusto absolver os paes e condemnar os filhos), que la legitimation devrait s'ensuivre: doctrine que depuis le 13.<sup>e</sup> siècle passa des écrits de Gratien dans la jurisprudence cononique. Mais, comme nous l'avons dit plus haut, il vaudrait mieux san doute que l'adultère prouvé fût un empêchement au mariage futur des deux complices, ce qui ne permettrait pas même à la difficulté de se présenter.* » Eis ahi a sua opinião.

Finalmente observaremos, que o Projecto adiante, no art. 1115, estabelece a regra geral, que o casamento só póde produzir os seus effeitos, sendo celebrado *segundo as Leis Canonicas recebidas 'neste Reino*; e aqui, no n.<sup>o</sup> 2 do §. 2.<sup>o</sup>, só considera como incestuosos os filhos de parentes por consanguinidade até ao 3.<sup>o</sup> grau inclusivè da linha collateral; ao passo que o Direito Canonico recebido comprehende ainda o 4.<sup>o</sup> grau: diz Innoc. 3.<sup>o</sup> no Cap. 8, *de cons. et affin.* « *Prohibitio copulae conjugalis quartum consanguinitatis et affinitatis gradum de caetero non excedat.* »



Art. 121.º

« Podem ser perfilhados todos os filhos, que podem ser legitimados por subsequente matrimonio. »

*Vae mundo à Scandalis!*

s. MATH. cap. 18, v. 7.

Concordámos em que os filhos *espúrios* sejam excluidos da perfilhação, postoque não queiramos que o sejam da legitimação; por que entendemos que os casos são diferentes.

Se elles fossem admittidos á *perfilhação*, continuariamos, como até aqui, a passar pelo escandalo de ver a cada passo approvada solememente a confissão de um homem, que perante o magistrado vae declarar ter violado as leis sociaes, e offendido a moral pública, por meio do *adultério*, do *sacrilegio*, ou do *incesto*, sem offerecer á sua vítima e á sociedade ultrajada satisfação alguma, nem se mostrar quite para com esta pela expiação legal do seu crime (terrivel exemplo de relaxação nas leis!).

Estas circumstancias porém já se não verificam na legitimação, a nosso vêr; porque 'ncesta, se o reconhecimento dos filhos é anterior ao matrimonio, elle é recebido, ou porque os paes, se eram parentes, já estão legitimamente dispensados para entre si contrahirem matrimonio, e quem admitte as premissas, não pôde deixar de acceitar as consequencias; ou se eram adulteros, é por que, tendo cessado o impedimento *ligaminis*, estão dis-

postos a dar á sociedade a conveniente satisfação, por meio d'uma união legal

E se o reconhecimento fôr posterior, vem a verificar-se então quando já a satisfação está dada, e os paes congregados com a sociedade. Ha por conseguinte grande differença entre um e outro caso, e a disposição da lei não devia ser a mesma para ambos elles.

Além disso, os filhos *espurios* com esta exclusão nada vêm a perder, se os paes realmente lhes tiverem afeição; porque, sendo perfilhados, apenas ficarão com direito aos alimentos, sem para isso dependerem de que a sua filiação se prove por processo civil ou crime, controvertido entre outras partes; e os paes podem muito bem dar-lhes esses alimentos independentemente da perfilhação, e deixar-lhes a terça, ou até mesmo todos os seus bens, se não tiverem herdeiros legitimos necessarios; porque ninguém lhes poderá contestar esse direito. A sua perfilhação por tanto só poderá servir para escandalisar a moral pública, sem uma vantagem tal para elles, que valha a pena de se fechar os olhos por interesse da humanidade.

#### Art. 135.º

« Os filhos espurios só têm direito a exigir de seus paes alimentos e o necessario para o seu ensino e educação; em tudo o mais serão considerados como inteiramente estranhos a seus paes e á familia d'estes.»

Art. 136.º

« O filho espurio sómente poderá accionar seus páes para os effeitos supra-mencionados, se o facto da paternidade ou maternidade se achar comprovado em processo civil, ou crime, controvertido entre outras partes.»

Este último artigo é um corollario do art. 130.º, aonde se decretou, que a acção de investigação de paternidade, ou maternidade não será admittida em Juizo nos casos, em que a perfilhação é defesa. O Cod. Civ. Fr. no art. 342.º estabelece tambem o principio, de que o filho não será admittido á investigação da paternidade ou maternidade, nos casos em que segundo o art. 335.º não póde ter logar o seu reconhecimento; e verificam-se esses casos, quando o filho fôr *incestuoso* ou *adulterino*.

Mas, concedendo-lhes o art. 762.º do mesmo Codice o direito de exigir alimentos de seus paes, parece dar-se entre este artigo e aquelles palpavel contradicção! No entretanto os commentadores não a encontram, porque dizem que a paternidade ou maternidade *adulterina* ou *incestuosa* podem constar, ou provar-se, sem haver reconhecimento da parte dos paes. Por exemplo, diz Rogron, se no caso do art. 312.º o marido desapprovar o filho, que sua mulher teve, mostrando a impossibilidade de ser d'elle, e houver sentença que assim o julgue: esse filho será *adulterino*.

Se um irmão e uma irmã contrahirem entre si matrimonio em má fé, e uma sentença declarar a *nullidade*

do matrimonio; os filhos de tal união serão *incestuosos*, e a sua filiação provar-se-ha pelos actos do nascimento.

O Projecto adoptou portanto a mesma doutrina, e é 'neste sentido, que parece deverão entender-se os dous artigos transcriptos. Mas que immensidade de filhos *espu-rios* não haverá sempre, sem que o facto da paternidade ou maternidade se ache comprovado em processo civil ou crime, controvertido entre outras partes! E se os paes se recusarem a prestar-lhes alimentos, ha de a sociedade carregar com todo esse onus? *Dicipimur specie recti!*

Rogron para justificar o Cod. francez diz: — « *La reconnaissance des fruits malheureux d'un crime serait une espèce de scandale, et la condition d'un enfant obscur et sans parents avoués est préférable à celle d'un enfant publiquement reconnu comme issu d'un incéste, ou d'un adultere.* »

E não ha dúvida, que a sua *perfilhação* seria uma especie de escandalo para a sociedade, como já ponderá-mos; mas, se o reconhecimento for o resultado d'uma sentença, fundada em provas irrecusaveis, que obrigue o pae ou mãe, que deshumanamente recusam alimentar seus filhos, a cumprir com este dever, que a natureza impoz a todos os paes indistinctamente; 'nesse caso a impressão desagradavel diminuirá, a sociedade desagravará a natureza; e quando o crime não seja punido, ao menos não ficará o delinquente de melhor condição 'nesta parte, que o cidadão honesto, que vive em laços legitimos.

Porém não será talvez só para evitar o escandalo; temer-se-ha tambem, que pela acção de investigação se vá perturbar *temerariamente* a tranquillidade e a paz d'uma familia. Mas porque póde 'neste sentido, haver uma ou outra tentativa dolosa, parece-nos que não deverá porisso negar-se o direito a quem o tiver: punam-se sem indulgencia os temerarios, e as tentativas infundadas acabarão!

Todas as nossas leis, desde o Codigo Affonsino até hoje têm consagrado o direito de alimentos a favor de todos os filhos *illegitimos*, seja qual fôr a sua *qualidade* ou *espuriedade*: são expressas 'neste sentido, a Ord. Aff. L. 4, tit. 92, §. 2, a Emm. do mesmo Liv. no tit. 68, §. 1, a Filipp. L. 1, tit. 88, §. 11, e Liv. 4, tit. 99, §. 1, e Assento de 9 d'Abril de 1772, §. 1.

Foi por conseguinte reprovada 'neste Reino a *Novella 89, cap. 15, e a Auth. Ex complexu. Cod. de incest. et inutil. nupt.*, que estabeleciam o barbaro principio: — « *Omnis, qui ex complexibus, aut nefariis, aut incestis, aut damnatis processerit, neque alendus est a parentibus* », e seguida a equidade do Direito Canonico, sempre aos filhos *espurios* se concedeu a acção de investigação da paternidade, ou maternidade, para este effeito. E parece-nos que no Codigo se lhes não deverá hoje por tal fórma difficultar esse direito, que quasi equivale a negar-lh'ò, contra o principio estabelecido no art. 14.º do Projecto, que diz: « Toda a Lei, que conceder ou reconhecer um direito, *importa* a concessão e reconhecimento dos meios indispensaveis ao seu exercicio. »

Ao Juiz, porém, incumbirá dirigir com prudencia a discussão de taes causas, e empregar todos os meios, que forem conducentes a evitar, quanto seja possível, a difamação das familias, fazendo guardar o decoro conveniente.

Art. 150.º

« O direito do usufructo, concedido aos paes, extingue-se: 1.º chegando o menor á idade de 18 annos. »

Sendo o usufructo dos bens, que os filhos adquirem por seu trabalho, industria, e meios proprios, ou que lhes provêm por qualquer titulo gratuito, um dos direitos do patrio poder, como meio concedido aos páes, para de algum modo os compensar das despesas e cuidados paternaes, como se deduz do art. 146.º do Projecto, aonde se diz, que este direito lhes pertence — em quanto os filhos estão em seu poder e companhia; — e dizendo o art. 172.º no n.º 3, que o poder paterno acaba pela emancipação, ou maioridade do filho; parecia-nos que o usufructo tambem só então deveria acabar.

É verdade que o pae pôde emancipal-o aos 18 annos; mas como para á emancipação antes dos 25, é necessario o consentimento do filho, art. 284.º, poderá acontecer, que este a não queira antes d'essa idade; e d'esta sorte ficará o pae privado do usufructo pelo espaço de sete annos, sem embargo de conservar ainda o patrio poder, e de ter o filho em sua companhia.

O Projecto 'neste ponto desviou-se do nosso direito,

que faz durar o usufructo, em quanto dura o poder paterno, para seguir o Cod. Civ. Fr. que no art. 384.º faz cessar o usufructo do pae, ou mãe, aos 18 annos do filho, embora este não esteja emancipado ainda; e os interpretes pretendem justificar esta disposição, dizendo que é para ter o filho já alguns recursos pecuniarios, quando tomar conta da administração de seus bens, a fim de occorrer ás primeiras despesas; como se em regra o mancebo de 18 annos fôsse capaz de fazer grandes reservas pecuniarias! Na opinião dos que assim discorrem, mentiu Horacio quando disse:

*Imberbis juvenis, tandem custode remoto,  
Gaudet equis, canibusque, et aprici gramine campi.  
Cereus in vitium flecti, monitoribus asper,  
Utilium tardus provisor, prodigus aeris,  
Sublimis, cupidusque, et amata relinquere pernix.*

#### Art. 168.º

« Os filhos menores perfilhados estão sujeitos ao poder paterno, da mesma fórma que os filhos legitimos. Os paes não gosarão comtudo do usufructo dos bens do filho perfilhado. »

O projecto aqui desviou-se não só do nosso direito, mas até do direito francez.

A perfilhação entre nós, quaesquer que sejam as clausulas insertas no Alvará, nunca confere ao perfilhado os

direitos de filho legítimo, nem o sujeita ao poder paternal, no que differe da legitimação *per Rescriptum Principis* dos Romanos, Nov. 89, cap. 9, §. 1. Contém apenas uma habilitação para elle pedir alimentos, e dispensa para poder receber por testamento, ou para succeder *ab intestato*, conforme pelas Leis lhes é concedido, segundo a sua qualidade de *natural* ou de *espurio*. E nunca se entende concedida em prejuizo dos direitos dos filhos legítimos ou de terceiros, os quaes porisso a podem impugnar por acção ordinaria, ainda que fossem ouvidos antes da concessão da graça. Provis. de 18 de Jan. de 1799, Lob. a Mell. L. 2, Tit. 5, §. 16, n.º 5 e seg. Sr. Rocha, Dir. Civ. §. 299.

O Cod. Civ. Fr. diz tambem no art. 338.º: « *L'enfant naturel reconnu ne pourra réclamer les droits d'enfant légitime. Les droits des enfants naturels seront réglés au titre des successions.* » E 'nesse titulo diz expressamente o art. 756, que os filhos naturaes não são herdeiros: — *Les enfants naturels ne sont point héritiers; la loi ne leur accorde de droit sur les biens de leur père ou mère décédés, que lorsqu'ils ont été légalement reconnus. Elle ne leur accorde aucun droit sur les biens des parents de leur père ou mère.* »

Vê-se por consequente, que o Cod. Civ. Fr. nem os submete ao patrio poder civil, porque lhes não confere os direitos de filhos legítimos, nem os considera como pertencentes á familia, e porisso lhes nega o direito de successão aos parentes paternos, ou maternos; e apenas



lhes dá direito a uma pequena porção dos bens do pae ou mãe, mas não a titulo de *herdeiros*, a qual varia entre um terço e tres quartos d'aquella que lhes pertenceria se fossem legitimos, como notaremos ao art. 1917.º (1785.)

No entretanto o Projecto confunde-os com os legitimos (*miscet sacra profanis!*); submete-os ao poder paternal da *mesma fórma*, que estes; dá-lhes na herança paterna, ou materna apenas um terço de menos que áquelles, art. 1917.º; e como que para os compensar d'esse desfalque, nega até ao pae ou mãe o usufructo nos bens d'elles; sendo aliás esse usufructo um dos direitos do patrio poder!

Mas dir-se-ha que esta restricção aos direitos paternos não é para indemnizar os filhos do desfalque, mas sim para punir os paes, porque ninguem deve auferir lucro do seu factio illicito; porém, seja qual fôr o motivo, o que é certo é, que pelo Projecto os filhos naturaes ficam em fortuna e direitos tão considerados como os legitimos; e qual é então a differença entre o concubinato e o matrimonio, em relação aos direitos dos filhos na casa paterna?

Parece-nos que dando-se-lhes direito a alimentos em vida dos paes, e, por morte d'estes, direito a uma porção de bens da terça (seja esta a *paena peccati* dos páes!), sem todavia os incluir na familia, nem submetter ao patrio poder civil como os legitimos; é quanto rasoavelmente se lhes póde conceder, para honra do matrimonio, e para não confundir este com o concubinato; porque a moral

e todas as conveniencias sociaes exigem, que se extremem bem as raias entre os dous estados, e que se fomentem e animem os matrimonios, e não que se desconsi-derem, nivellando-os com as uniões illicitas.

Art. 175.º

« Na falta dos paes, ou se estes não tiverem meios para prestar os devidos alimentos, ou esses meios não forem sufficientes, poderão os filhos legitimos ou legitimados demandal-os aos ascendentes mais proximos de ambas as linhas, segundo o seu direito successorio. »

Art. 176.º

« Na falta dos páes, e dos seus ascendentes, poderão os filhos legitimos ou legitimados demandar alimentos a seus irmãos legitimos germanos, uterinos ou consanguineos, mas subsidiariamente, e na ordem em que vão nomeados. »

Parece-nos que, na falta dos paes, ou se estes não tiverem meios para prestar os devidos alimentos, ou esses meios não forem sufficientes, *não são os outros ascendentes os primeiros que devem ser chamados a prestal-os*; nem semelhante principio poderia admittir-se á vista da propria doutrina do art. 175.º, que manda regular a obri-gação dos alimentos *segundo o direito successorio*.

Pelo art. 2121.º n.º 3, quem deve succeder ao ali-mentando, na falta de pae e mãe, são os irmãos e seus

descendentes, e não os avós; logo áquelles, e não a estes, é que incumbe primeiro a obrigação dos alimentos, se é que esta deve regular-se *segundo o direito successorio*.

A regra do artigo sómente seria applicavel ao antigo systema de successão, traçado na Ord. L. 4, tit. 96, pr., aonde, depois dos descendentes, são chamados a succeder não só os paes, mas successivamente todos os outros ascendentes, com absoluta exclusão dos collateraes.

E pela mesma razão egualmente nos parece, que não poderá admittir-se a *gradação*, que faz o art. 176, a respeito dos irmãos do alimentando; porque chama a prestar alimentos em primeiro lugar os *germanos*, e depois os *uterinos* ou *consanguineos*, na ordem em que vão nomeados: e no citado art. 2121.º n.º 3, não estabelece entre elles *similhante gradação*, a respeito do *direito successorio*.

Ahi sómente diz: « A successão legitima defere-se na ordem seguinte: 1.º aos descendentes; 2.º aos paes; 3.º aos irmãos e seus descendentes, etc. » E esta *generalidade* não admitte certamente aquella gradação, ainda quando não houvesse outro artigo mais explicito no Projecto.

Porém, que elles são todos chamados a succeder simultanea e não gradualmente, mais positivamente o diz o art. 2155.º — « Mas se o fallecido deixasse ao mesmo tempo (diz elle) irmãos inteiros e meios irmãos, haverão os irmãos inteiros dobrada parte da herança. »

Por conseguinte, tendo elles de succeder todos ao mesmo

tempo, ou os alimentos devem ser prestados por todos *rateadamente* (supprimida a gradação, *germanos, uterinos* ou *consanguineos*), ou impôr-se aliás essa obrigação aos que estiverem em melhores circumstancias.

Art. 179.º

« Os filhos legitimos menores de sete annos de idade, que se acharem sem pae nem mãe, avós ou irmãos, que possam prestar-lhes alimentos, serão alimentados por quaesquer outros parentes, preferindo os mais proximos em grau. »

Pelo Assento de 9 d'Abril de 1772, e Alv. de 29 de Agosto de 1776, que o confirmou, a obrigação d'alimentos na linha transversal não passa além dos irmãos. Aqui porém faz-se uma excepção a favor dos filhos legitimos, menores de sete annos, que não tenham paes, avós ou irmãos, que possam prestar-lh'os, impondo-se a obrigação em tal caso, aos outros parentes, segundo a maior proximidade de gráu.

E parece-nos justa esta ampliação, porque os vinculos de parentesco não devem trazer só commodos; uma criança 'naquella idade, tendo parentes abonados, nem deve ser entregue á caridade pública, nem posta a cargo do Estado; os parentes devem supportar esse onus, porque tambem são os que têm a vantagem da sua successão, se, vindo depois a adquirir bens, fallecer sem descendencia. Mas como nos artt. 175 e 176, quando se

falla de alimentos de filhos legitimos, se accrescenta sempre — ou *legitimados*; parecia-nos que aqui não deveriam omittir-se estas palavras, para se não suppôr que estes ficam excluidos d'esta vantagem.

É verdade que no art. 120.º se diz, que os legitimados por *subsequente matrimonio* ficam em tudo equiparados aos filhos legitimos; mas como, sem embargo d'essa advertencia, o Projecto nos citados artigos, e em outros logares sempre que falla em filhos legitimos, accrescenta — ou *legitimados*; é porisso, que fazemos esta observação, porque supponmos que o Projecto os não quer certamente excluir d'este direito; o que talvez alguém podesse supôr.

Art. 217.º

« Os vogaes (do conselho de familia) são obrigados a comparecer pessoalmente. »

Art. 221.º

« O Conselho de familia não poderá deliberar sem que esteja completo.

§. unico. Se para isso faltar algum vogal, poderá o Juiz adiar o conselho de familia, ou nomear, havendo urgencia, ouvido o Curador e os outros vogaes, pessoa idonea, que supra a sua falta. »

Querendo o Projecto, que o conselho de familia não possa deliberar sem estar completo, parece que não deveria difficultar esse acontecimento, exigindo sempre o

comparecimento *pessoal* dos vogaes. A Reforma no art. 397.º admittre que elles possam comparecer *pessoalmente* ou *por procurador*, munido de poderes especiaes, com tanto que um procurador não represente differentes pessoas; e este expediente, se fôsse adoptado, certamente contribuiria para se conseguir aquelle fim; e até sem grave inconveniente, a nosso vêr, uma vez que o art. 215.º manda, que o Juiz faça sempre declarar no mandato convocatorio o objecto, que deve ser submettido á deliberação do conselho.

E esta disposição da Reforma parece-nos até preferivel ao arbitrio de auctorisar o Juiz, ouvido o Curador e os vogaes presentes, para eventualmente nomear pessoas estranhas ao Conselho, a fim de supprir as faltas; porque, não estando ellas naturalmente prevenidas, votarão sem o maior conhecimento de causa, encostando-se talvez á peor opinião.

Nem este expediente appresenta coherencia alguma com o fundo da materia; porque, se o Projecto não quer que os vogaes votem precipitadamente, por cujo motivo manda no cit. art. 215.º, que se lhes annuncie no aviso o objecto da deliberação; ha evidente repugnancia em supprir as faltas dos que não compareceram, por pessoas que não foram previamente intimadas, e que portanto não poderam meditar no negocio.

Art. 220.º

« O Juiz presidirá, sem voto, ao conselho de familia, e

poderá delegar a presidencia nos seus substitutos, em caso de legítimo impedimento.»

Tendo o Juiz de presidir ao conselho e de dirigir as suas discussões, claro está, que ha de influir nas decisões, que se tomarem; e excluir o seu voto da deliberação, será tirar-lhe a responsabilidade d'esta, depois de lhe haver dado os meios de poder dirigil-a no sentido que elle quizer.

Parece-nos portanto que o Juiz deverá continuar a ter voto, como membro do conselho, e partilhar toda a responsabilidade com este. E que será melhor até que esse voto seja de *qualidade* para decidir em caso de empate, e que as deliberações comecem logo que estejam presentes tres vogaes, e o Juiz (ou  $\frac{3}{4}$  do n.º total, no caso do art. 211.º, §. 2), do que exigir *precisamente* o numero completo, supprindo para esse fim as faltas com pessoas estranhas.

Se a razão por que se lhe tirou o voto, foi para evitar que nas cabeças de comarca o presidente venha a ser parte nos conselhos de familia, e Juiz ao depois no conselho da tutella, o qual tem de julgar em primeira instancia os recursos interpostos do Conselho de familia, art. 231, §. 1; esse inconveniente poderá facilmente remover-se, chamando ao conselho da Tutella mais um substituto em lugar do Juiz, quando este não poder julgar no recurso, por ter votado no conselho de familia.

Em quanto, porém, á segunda parte do artigo, entende-

mos que não é necessaria a *delegação* da presidencia do conselho em caso de impedimento, porque no impedimento dos Juizes os substitutos obram por direito proprio, emanado da lei, e não precisam da delegação.

Artigo 232.º

« Podem escusar-se da tutela: — 2.º Os que individual ou collectivamente exercerem algum emprêgo de nomeação do governo; — »

As tutelas, ainda que tenham por objecto o interesse privado dos tutelados, podem, não obstante, considerar-se como um encargo público (*tutelam vel curam placuit publicum munus esse*, diz Justiniano), por isso que são ou impostas pela Lei, ou por ella auctorisadas, em razão do interesse, que toda a sociedade tem, de que aquelles, que se acham privados de seus protectores naturaes, sejam, até á idade de poderem governar-se, dirigidos por outra pessoa, que cuide de sua educação, e de seus bens; e por conseguinte nenhum cidadão póde subtrair-se ao seu desempêho, se a seu favor não tiver alguma escusa legal.

As escusas porém ou são concedidas por bem do interesse público, ou por attendiveis circumstancias e interesse particular dos escusados: — d'umas, e d'outras tracta o Projecto 'neste artigo, e menciona no n.º 2.º, entre as concedidas pelo primeiro motivo, o exercicio individual, ou colectivo d'algum emprêgo de nomeação do governo. Mas este principio, tomado em tanta generalida-



de, parece-nos, que nem sempre será justo, porque empregos pôde haver de nomeação do governo, que, ou pela natureza de suas funcções, ou por quaesquer circumstancias locais, não sejam absolutamente incompatíveis com o encargo da tutela, e transferil-o então para outrem, será uma injustiça.

Além d'isso, este principio pôde trazer ainda o inconveniente de circumscrever nimiamente em algumas localidades o numero das pessoas idoneas para tal encargo, e todo o prejuizo será dos menores. Não podendo pois julgar-se da incompatibilidade do emprêgo pela simples circumstancia de ser de nomeação do governo; nem devendo tambem deixar-se a resolução d'este ponto importante ao arbitrio dos conselhos de familia ou de tutela, sob pena de ficarmos em um calos; — entendiamos, que melhor seria eliminar o n.º 2.º do artigo, e declarar, segundo a importancia ou qualidade do serviço público, os empregos que só podem fundamentar a escusa.

Foi este o systema adoptado pela Ord. L. 4, tit. 104, § 1 e 2, e pela Ref. Jud. no art. 438, — e era tambem o do Direito Romano, que egualmente foi abraçado pelo Cod. Civ. Fr. artt. 427, 428, etc., — pelo da Sardenha, artt. 287 e seg., — e por outros Codigos; se bem que o da Austria no art. 195 concede a escusa a todos os funcionarios publicos em effectivo serviço, cuja disposição nos parece ter servido de fundamento á do n.º 2.º do artigo, e que rejeitamos pelas razões indicadas.

Artigo 238.º

« O tutor testamentario, que recusar a tutela sem legitima causa superveniente..... perderá o direito ao que lhe fôr deixado pelo nomeante em seu testamento. »

Parece-nos, que deverá supprimir-se toda esta parte do artigo, porque a conclusão, que *a contrario sensu* d'ahi deve tirar-se, é — que *sobre vindo essa causa* o tutor testamentario poderá recusar a tutela, sem todavia perder o legado; — princípio, que está em contradicção com o art. 201, aonde se diz: — « O tutor testamentario, que recusar a tutela, *ainda mesmo com legitima causa de escusa, que tivesse ao tempo da nomeação*, perderá o direito ao legado, que lhe fôsse deixado no mesmo testamento. »

Na verdade, se a legitima causa de escusa, *já existente* ao tempo da nomeação, não póde aproveitar ao tutor, de fórma que sem embargo d'ella, perderá o legado, se recusar a tutela; como ha de poder aproveitar-lhe a escusa *superveniente*? A doutrina do art. 201 do Projecto, é a decisão do direito romano na Lei 32 D. *de excusat.* e na L. 25, *Cod. de Legat.*, e a unica tambem, que julgâmos razoavel 'neste ponto. — *Non est ferendus is, qui lucrum amplectitur, onus autem ei annexum contemnit.*

Rejeitâmos portanto a parte transcripta do art. 238, como antinomica com a doutrina do art. 201, que julgâmos a melhor.

Artigo 261.º

«O tutor alcançado, que não tiver bens por onde indemnise o menor, será removido e prêso até que pague o alcance por tantos dias, quantos corresponderem á somma devida, na razão de 500 rs. por dia, não podendo o tempo de prisão exceder a seis mezes.»

Pela Ord. L. 1, tit. 62, § 29, não tendo os tutores fazenda para pagar o alcance, devia proceder-se contra seus fiadores, ou contra os juizes, que haviam dado as tutelas, e a prisão só era decretada contra os tutores não affiançados; ou quando nem os tutores, nem os fiadores possuíam bens, por onde podessem pagar, Ord. L. 4, tit. 102, § 9.

Mas o Projecto, como não exige fiança em tutela alguma, decreta desde logo a prisão contra todos os tutores, como unico meio de salvação 'neste apuro de circumstancias, sem até mesmo exceptuar os casos da responsabilidade do Juiz e Curador, de que falla o art. 226; e o mesmo havia já feito a Ref. Jud. no art. 450.

No entretanto, na falta de fiança e de recursos do tutor, talvez não fôsse facil achar expediente menos adequado que este, para indemnisar o menor; porque o homem sem meios, depois de prêso, nem achará provavelmente quem lhe empreste, nem poderá por seu trabalho adquirir com que pague; só lhe resta o triste e forçado recurso de remir o alcance á custa da liberdade, o que de nada aproveitará ao prejudicado orphão.

Parece que 'nesta providencia se attendeu menos á reparação do damno, que á punição do tutor, e era aquelle todavia o ponto mais importante a considerar e a resolver pela Lei Civil 'nestas circumstancias. Supponha-se pois, que o tutor, não achando quem o abone, fica na cadeia a *ganhar* o alcance: ha de reputar-se indemnizado o menor por este meio? ha de confundir-se assim a sancção penal com a reparação civil, em seu prejuizo?

Nós queremos sem dúvida a punição do tutor, se tiver obrado com dolo ou culpa grave; — mas isso não basta: queremos tambem a indemnisação do menor, que não deve ser victima do defeito, ou imprevidencia da Lei; aliás as tutelas poderão converter-se em instituição espoliadora, em logar de instituição protectora da orphandade.

Mas para se conseguir este fim, que realmente é o que importa, entendiamos, que melhor fôra deixar o tutor em liberdade, assignar-lhe um praso razoavel para pagar, e obrigar-o no entretanto a dar fiança: 1.º porque se não devem empregar meios violentos, emquanto se não tiverem esgotado os brandos; — 2.º porque a sua prisão póde ser inutil para a indemnisação do menor, como acabamos de vêr; — 3.º e porque é uma pena grave, e as penas devem applicar-se moderadamente, e nunca sem haver delicto; — e se a insolvencia fôr casual, aonde está elle então para se empregar a prisão contra o tutor?

Infelizmente o Projecto não faz esta distincção, que aliás deveria fazer: decreta a captura indistinctamente contra todo o tutor alcançado, sem admittir razões de defe-

za; suppõe por conseguinte todo o alcance, toda a insolvencia fraudulenta, e legislou 'nessa conformidade;—mas quem não vê, que o Projecto póde enganar-se, e que um revés da fortuna, um negocio mal calculado, podia ser porventura a origem principal d'esse acontecimento?

A prisão por dividas estava abolida entre nós desde a Lei de 20 de Junho de 1774; tornaremos a ver resuscitado no nosso solo o antigo direito das doze Taboas, no que elle tinha de mais odioso? O exemplo da Ref. Judicial 'nesta parte não era digno de seguir-se; porque ella deveria ter corrigido a Ord., acabando com a prisão do tutor, quando se não provasse ter elle obrado dolosamente, como incompativel com o art. 145, § 7 da Carta.

Mas seja como fôr, parece-nos, que em todo o caso será necessario declarar, se na insolvencia do tutor, mais alguém ficará responsavel pela indemnisação do menor, ou se a este apenas resta o recurso do art. 226? Advertindo que 'neste ultimo caso, a Lei ficará manca, visto que o citado artigo só tracta da responsabilidade do Juiz e Curador, a respeito das providencias, illegalmente requeridas por um, e ordenadas pelo outro; e não falla da sua responsabilidade *subsidiária* pelos actos do tutor.

#### Artigo 282.º

«A emancipação habilita o menor para reger seus bens e pessoa, como se fôsse maior.»

A emancipação póde ser *tacita* ou legal, que é a que

resulta, em virtude da disposição da Lei, de certos factos ou acontecimentos por ella previstos, quaes os mencionados nos n.ºs 1.º, 2.º, 3.º, 4.º e 5.º do art. antecedente; — e *expressa* ou solemne, que é a concedida pelo pae, auctorizado pela lei, pela mãe na sua falta, ou pelo conselho de familia na falta de ambos, como diz o n.º 6. — E em todos estes casos (diz o art. 282) fica o menor habilitado para reger seus bens e pessoa, *como se fosse maior*: — mas com a declaração de que, para a emancipação pelo casamento produzir todos os effeitos legaes, é mister que este tenha sido competentemente auctorizado, sob pena de continuar o menor a ser considerado como tal (em quanto á administração de seus bens) até á maioridade, art. 283; — e no caso da emancipação solemne, deve intervir tambem o seu consentimento, e ter além d'isso 18 annos completos. É esta a doutrina do projecto desde o art. 281 até 284.

Mas havendo palpaveis discrepancias entre os diversos casos de emancipação, parecia-nos, que nem todos os emancipados deveriam ser comprehendidos na regra geral do art. 282, e que algumas excepções conviria admittir, — excluindo d'ella pelo menos os menores casados antes de 21 annos, e os emancipados solemnemente (n.ºs 1.º e 6.º do art. antecedente); aos quaes seria talvez util pôr ainda algumas restricções, em razão da sua falta de experiencia e conhecimentos, e de madureza necessaria para certos actos da vida civil. Esta opinião porém não é só nossa, ella tem por si grandes auctoridades.

Pelas Ordd. do L. 1, tit. 88, § 28, e L. 3.º, tit. 42, §§ 1 e 2, o menor casado, que tivesse vinte annos, ou aquelle que houvesse impetrado carta de supplemento de idade, tendo já 18 ou 20 (segundo a qualidade do seu sexo), ficavam effectivamente investidos na direcção de suas pessoas, e administração de seus bens; mas essa emancipação era apenas uma emancipação *semi-plena*, por que elles não podiam vender, alhear, obrigar ou empenhar bens immoveis, sem auctoridade de justiça, em quanto não chegassem á maioridade, pena de nullidade d'esses actos, e só lhes era licito administrar e gosar.

O nosso antigo legislador por conseguinte receou ainda da parte do menor, em qualquer dos sobredictos casos, algum abuso do pleno exercicio do direito de propriedade, e por isso julgou conveniente coarctar-lhe a emancipação, relativamente a certos actos mais importantes, que podessem comprometter a sua fortuna.

E esta mesma apprehensão, este mesmo receio suscitou seculos depois uma egual providencia ao legislador francez, nos artt. 477 e seg. do seu Codigo Civil, aonde só auctorisa para actos tambem de méra administração os menores emancipados solemnemente; impondo-lhes até aos 21 annos as restricções acima referidas e outras mais, que depois foram importadas para o nosso decreto de 18 de maio de 1832, artt. 65 e seg., e d'ahi copiadas para os artt. 458, 459 e 460 da Ref. Jud.

E todas ellas foram egualmente abraçadas pelo Codigo da Sardenha, artt. 457 até 464, e por outros, que se-

guiram o francez, embora o do Cantão de Vaud no art. 485, adoptasse a regra geral do Projecto. E nós julgámos tambem preferivel ao art. 282 a nossa antiga Ord., que, além de seguida pelos Codigos citados, foi modernamente não só ratificada, mas ainda ampliada pela Ref. Jud, como acabámos de ver.

Ella tem sobretudo a seu favor o cunho da experiencia de seculos, e contra auctoridades d'esta ordem é sempre arriscado emprender innovações.

Propomos porém as citadas restricções só até aos 21 annos para os casados, desviando-nos da Ord., da Ref., e do Projecto; — porque, não exigindo o Acto Addic. á Carta, art. 5, § 1, mais que esta idade para o exercicio dos direitos politicos 'nesta classe de cidadãos, entendemos, que para estes o impedimento civil deverá tambem coherentemente cessar 'nessa epocha. E rejeitámos a doutrina do art. 283: porque se na emenda, que propomos, o pae, mãe ou conselho de familia, antes dos 25 annos não podem dar uma emancipação, que tenha todos os effeitos legaes, tambem os não deverá produzir a emancipação pelo casamento antes dos 21 annos, embora tenha sido competentemente auctorizado por elles e pelo Juiz.

#### Artigo 297.º

«O pae, e mãe do filho espurio menor pôde nomear-lhe tutor por acto entre vivos, ou em seu testamento.»

Dizem-se filhos *espurios* os que não podem ser legi-



timados, nem perfilhados (formaes expressões do art. 134); taes são — os *adulterinos*, *incestuosos* e *sacrilegos*, art. 117.

Mas se isto assim é, se o filho *espurio* não póde ser reconhecido por *acto público*, como é o assento do baptismo, escriptura, ou testamento, meios indicados para á perfilhação no art. 122; como ha de o pae, ou mãe poder nomear-lhe tutor por *acto entre vivos* ou *em seu testamento*, se essa nomeação virá a importar nada menos, que um reconhecimento formal e público do filho *espurio*?

Não será isto conceder-lhes indirectamente o que directa e positivamente se lhes havia negado?

Bem dizia Lamothe:

*Ce que l'on defend sous un nom  
Est souvent permis sous un autre.*

Além d'isso, se o direito de nomear tutor aos filhos é, segundo as doutrinas do Projecto, um dos effeitos do patrio poder, porque nos artt. 196 e 197 se diz, que só aquelle dos paes (marido ou mulher), que se achar no exercicio d'esse poder, é que deve nomeal-o; — como é que não tendo o pae, e mãe patrio poder sôbre os filhos, não reconhecidos, pelo art. 169, que diz: — « os filhos menores não perfilhados não estão sujeitos ao poder paternal.» — hão de poder nomear-lhes tutor?

Não se dará entre estas disposições e o art. 297, de

que nos occupâmos, certa repugnancia, que conviria remover? Ou, por outros termos, não se dará aqui um direito, cujo fundamento é negado pelo Projecto em outros logares?

DA RESTITUIÇÃO POR INTEIRO.

Artigo 317.º

«Os actos e contractos, que o menor pôde legalmente praticar, e bem assim os que forem practicados com a devida auctorisação tanto pelo menor como pelo tutor, não são susceptiveis de restituição, nem poderão ser rescindidos pelos menores senão nos casos em que a lei geralmente o permite.»

Artigo 318.º

«O menor terá comtudo direito a accionar o tutor por perdas e danos, se os actos practicados por elle, ou seja dentro dos limites de suas attribuições ou seja com auctorisação do conselho de familia, lhe forem prejudiciaes por dolo, culpa ou negligencia do mesmo tutor.»

Artigo 319.º

«Os actos practicados pelo menor ou pelo tutor sem a devida auctorisação são nullos, e podem ser restituídos a requerimento do menor ou de seus representantes.»

Artigo 320.º

«O menor só gosará do beneficio de restituição con-

tra os actos e sentenças judiciaes, além dos casos em que geralmente é concedida, se não tiver sido representado 'nesses mesmos actos ou no processo pelas pessoas, a quem a lei incumbe velar pelos seus interesses e direitos.»

### Artigo 321.º

«Além dos casos mencionados, o menor só gosará do direito de restituição 'naquelles em que expressamente lhe fôr concedido pelo presente Codigo.»

O Projecto nega portanto aos menores o remedio extraordinario da restituição *por causa de lesão*, e só lhes deixa os meios ordinarios, a saber: — a acção de *nullidade* a que impropriamente chama, nos artt. 319 e 320, *beneficio de restituição*, porque o que é facultado tambem aos maiores, não póde reputar-se *privilegio* ou beneficio *exclusivo* dos menores: — a acção de *rescisão* por erro, dolo, coacção, etc., de que tracta adiante nos artt. 782 e seguintes: a acção contra os tutores por perdas e danos, quando estes, dentro dos limites das suas attribuições, os tiverem prejudicado por dolo, culpa ou negligencia: — e finalmente o *recurso* contra os Juizes e curadores, de que tracta o art. 226, mas que só diz respeito ás perdas e danos causados por estes; e que, a nosso ver, tem mais de apparato, que de realidade, porque rarissima vez será intentado!

*Non litiges cum homine potente ne forte incidas in manus illius.*

ECCLESIASTIC. cap. 8, v. 1.

D'esta sorte fica revogada a Ord. L. 3, tit. 41, e todos os mais logares parallelos da nossa Legislação, aonde se lhes concede o beneficio de poderem fazer rescindir quaesquer actos *validos*, ou de reclamar contra quaesquer *omissões*, em que tenham sido lesados durante a minoridade, pela *presumpção* da falta de conhecimentos e inexperiencia d'esta idade, ou do desmazêlo das pessoas, a quem incumbe curar dos seus interesses.

Mas esta *excepção*, estabelecida em favor dos menores pelo direito romano, d'onde passou para as nossas Ordd. e para os Codigos das outras nações modernas, tem em seu abôno não só as razões que acabâmos de expender; mas ainda outras dentro até do proprio Projecto, as quaes só por si, nos parece, bastariam para não dever tocar-se 'neste antigo *palládio* da misera orphandade.

E se não, vejâmos. O Projecto, sem conceder ao menor acção contra qualquer outra pessoa, que as acima mencionadas, faz apparentemente consistir toda a segurança d'este na responsabilidade legal do tutor; e para isso declara os seus bens hypothecados ás obrigações por elle contrahidas para com o menor; permittindo todavia a redução da hypotheca, se o tutor a requerer, artt. 253, 254 e 1021, § 1.º

Mas que importancia quer o Projecto se dê a tal garantia, se elle mesmo lh'a não dá?

Não se suppõe no art. 261, que, apesar da hypotheca, o tutor póde tornar-se insolvente, visto que ahi se manda que elle seja prêso, se não tiver bens para indemnisar o

menor? Logo tal garantia, na opinião do mesmo Projecto, é uma perfeita illusão.

E na verdade, se isso acontecer, de que servirá ao menor a responsabilidade legal do tutor, pela qual o Projecto julgou poder dispensar a restituição? Ha de ir o menor demandar os possuidores da *hypotheca*? Ha de soffrer a lesão, para evitar as despesas talvez de umas poucas de demandas, cujo resultado é ordinariamente incerto? Cousas são estas, na verdade, que não podem de modo algum reputar-se o *equivalente* da restituição, para esta se lhe dever cassar. Parece-nos portanto, que negar-lh'a ainda 'neste caso, contra os actos do tutor insolvente de que lhe tenha resultado lesão, será querer levar muito longe o rigor da lei contra uma classe tão desvalida, e digna de compaixão.

Uma outra consideração póde ainda suggerir o Projecto em favor da nossa opinião.—Elle nega geralmente a rescisão dos contractos por lesão *enorme*, revogando tambem a Ord. L. 4, tit. 13 pr. e § 6, que havia ampliado a decisão da L. 2, *Cod. de rescind. vendit.* a todos os contractos onerosos; — e faltando assim aos menores mais este recurso, de que poderiam lançar mão para se indemnisar, no caso de que temos fallado: não haverá ahi mais um motivo para se lhes dever deixar a restituição?

Como são as cousas d'este mundo! Quando a razão calculava, que cerceando-se-lhes os meios ordinarios se não tocaria 'nesse recurso, é que infelizmente vemos destruidos esses calculos, ficar o menor, como o viajante

espoliado no deserto, sem appello para a justiça humana!

Além d'isso, o mesmo Projecto, ou esquecido, ou como que afrouxando um pouco da sua stoica inflexibilidade, até se resolveu, no art. 2336, a conceder-lhes a *restituição* em caso de partilhas embora legalmente feitas, se a lesão importar em mais d'um quarto do que directamente lhes pertencer. — Mas se 'neste caso ella é de justiça ou de equidade, porque o não ha de ser em outro qualquer, em que pelo menos se verifique uma egual lesão?

Não estava o acto já celebrado com todas as formalidades leaes, e por conseguinte válido? Não tinha o menor já constituída em seu favor a hypothecca dos bens do tutor, e a responsabilidade legal d'este, e a do Juiz e curador, de que falla o art. 226, para fazer por taes meios effectiva a sua indemnisação? Sem dúvida. Logo por que se lhe concede a restituição 'neste caso, e se lhe nega nos outros?

O dilemma é claro: — Ou aqui se andou mal, e este ponto de direito deve ser expulsado do Codigo, ou, se se andou bem, a restituição deve ser conservada aos menores em todos os outros casos, em que se dér contra elles lesão de mais d'um quarto do que directamente lhes pertencer, sem embargo da responsabilidade do tutor, juiz e curador.

Porém se estas razões não bastarem, lembraremos ainda que a *restituição* dos menores por causa de *lesão*, está consagrada na legislação dos povos civilizados ha mais

de dous mil annos; e se em tão largos tempos ella tem sempre parecido confôrme á *equidade*, para que se ha de tentar, contra a sancção dos seculos, uma reforma, de cuja conveniencia tantas razões ha para duvidar? «*In rebus novis constituendis* (diz Ulpiano), *evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo jure, quod diu aequum visum est.*» Opinião, que abraçamos sem hesitação.

Os Codigos modernos, geralmente fallando, não têm duvidado conceder-lh'a. O Codigo Civ. Fr. diz terminantemente no art. 1305:— «A simples lesão (*não é mister portanto a enorme*) dá logar á rescisão em favor do menor, não emancipado, contra toda a especie de convenção; e em favor do menor emancipado, contra todas as convenções, que excedem os limites da sua capacidade, segundo o que se acha determinado no titulo da Minoriidade, da Tutela e da Emancipação.»

O da Bolivia, diz no art. 328:— «O menor poderá prevalecer-se do *privilegio da restituição* para ser indemnizado, contra todos os contractos, que, ainda que celebrados *legalmente* durante a sua minoridade, lhe tiverem causado prejuizo de um terço do valor do contracto; — ou lhe tiverem occasionado algum grave damno por sua inexperiencia, ou por culpa de seu tutor ou curador, ou por dolo de um terceiro.»

O da Luisiana, no art. 1858 e seg., adópta tambem a lesão *simples*, como fundamento para a concessão da restituição aos menores contra os actos *válidos*, — e assim outros Codigos.

E nós votaríamos também pela conservação d'ella, não só a favor dos *menores*, mas ainda a favor dos *interditos*, e *ausentes* em parte incerta; sem prejuizo todavia da responsabilidade legal do tutor, juiz e curador, devendo ficar ao lesado o direito ou de accionar estes, ou de implorar a restituição. E *restituido* o menor, deverá a outra parte ficar *subrogada* nos direitos d'este para demandar do tutor, etc., a sua respectiva indemnisação, se a isso tiver direito.

Mas se a sentença fulminada contra a *restituição*, não admittir appellação nem embargos, lembrámos todavia que será forçoso dar aos menores mais garantias, porque as do Projecto não são sufficientes, como temos visto, para substituir essa vantagem que se lhes tira; em tal caso, entendemos que tanto o conselho de familia, como o subtutor, deverão ser declarados responsaveis *subsidiariamente*, para se tirarem dúvidas, e salva a disposição do art. 226.

Conservada porém a restituição, por *lesão*, votaríamos para que se concedesse pelo menos o espaço de 2 annos depois da maioridade, e o de 4 depois da emancipação aos 18, para o menor a implorar; porque prazos mais curtos serão muitas vezes insufficientes para elle poder tomar conhecimento de todos os negocios tractados durante a tutela, e reclamar contra elles.

O Projecto faz prescrever o direito á restituição, por *nullidade*, passado um anno depois da emancipação, ou maioridade; mas 'neste sentido, parece-nos que não de-



veria prescrever antes de 10 annos entre presentes e 20 entre ausentes, por argumento do art. 623.

Pelo direito actual a acção de *nullidade* não prescreve antes de 30 annos. Ord. L. 3, tit. 75.— Mell. Fr. L. 4, tit. 23, § 20. Corr. Tell. Acç. § 131, nota 4.<sup>a</sup>, etc.

### Artigo 350.º

« As pessoas, que por sua habitual prodigalidade se mostrarem incapazes de administrar seus bens, poderão ser interdictos da administração dos dictos bens, sendo casados, ou existindo ascendentes, descendentes, ou irmãos legítimos.»

*Prodiga non sentit pereuntem femina censum;  
At velut exhausta redivivus pullulet arca  
Nummus, et e pleno semper tollatur acervo,  
Non unquam reputat quanti sibi gaudia constant.*

JUVENAL.

Ainda que na Inglaterra, e Luisiana a *prodigalidade* não seja considerada pelas Leis como fundamento para a interdicção, e que alguns dos Codigos modernos, sem tocar expressamente 'nella, só fallem da interdicção por vicios intellectuaes ou falta de *juizo*, podendo apenas conjecturar-se que ahi irá involvida tambem a prodigalidade, visto que os prodigos, ainda que dotados de razão, fazem comtudo máu uso d'ella; — não obstante, julgâmos conveniente esta restricção ao direito de propriedade, se fôr acompanhada de garantias taes, que tornem difficil o abuso da Lei.

A grande maioria dos Codigos têm-na com effeito admittido, e já a nossa Ord. L. 4, tit. 103, § 6, o havia feito tambem; porém ahi não se reconhecem excepções, e por conseguinte ficam comprehendidos na regra geral todos os prodigos, seja qual fôr o seu estado ou circumstancias; e julgâmos preferivel esta *generalidade* á doutrina do artigo; porque o vicio da prodigalidade é nocivo á sociedade, não só por poder prejudicar ou comprometter os futuros interesses dos descendentes, ascendentes, e irmãos do prodigo, como indica o Projecto, mas tambem porque pôde reduzir este á mendicidade, e tornal-o incommodo e pesado á sociedade; e as leis devem prevenir taes inconvenientes, providenciando em termos moderados, para que ninguem, *por hábito*, gaste e destrua desordenadamente sua fazenda, abusando do direito de propriedade, que a sociedade não pôde garantir, senão de baixo da condição de se fazer d'elle um uso nacional.

Uma tal providencia é muito antiga na legislação dos povos: os proprios Romanos, que definiram a propriedade o direito de abusar — *jus abutendi* — admittiam todavia a interdicção do prodigo; e já antes das leis das 12 Tab., aonde este era equiparado ao furioso e se lhe mandava dar curador, o direito consuetudinario a havia introduzido em Roma, se é verdade o que diz Ulp. na L. 1, D. de *Curatorib. furioso*. — « *Lege 12 Tab. prodigo interdicitur bonorum suorum administratio; quod moribus quidem ab initio introductum est.* »

Elles não admittiam porém as distincções do Projecto:

a sua regra era tão absoluta — *prodigo interdicitur* — como a da nossa Ord., que provavelmente foi ahí buscada; e nós, conformando-nos com ella pelas razões ponderadas, propomos — que se eliminem do artigo as clausulas — *sendo casados, ou existindo ascendentes, descendentes, ou irmãos legitimos.* — E até mesmo, porque se não attendeu no artigo aos interesses dos irmãos perflhados, que aliás, pelo artigo 2156, devem succeder primeiro que os ascendentes ou avós (se passar este principio).

Artigo 362.º

«O condemnado em juizo controverso á pena de morte, perde todos os seus direitos civís, desde o dia em que a sentença tiver passado em julgado, e seus herdeiros tomarão conta de seus bens como se fõra fallecido.»

*Quid miseris variis prodest suspendere poenis?*  
MAXIM. 1, ELEG.

O Projecto decreta aqui a *morte civil*, como pena accessoria; mas equiparando-a completamente á morte natural, veio a dar-lhe tal extensão, que excedeu o rigor do Cod. Civ. Fr., e foi muito além do nosso Codigo Penal.

Aquelle dizia no art. 22, que ella importava a privação dos direitos *civís* mencionados no art. 25; mas este artigo não comprehendia os indispensaveis para a conservação da vida, os quaes nunca foram, nem já mais se entenderam denegados por aquelle Codigo, mesmo ao condemnado á pena última, na opinião de todos os commentadores.

Estes reconheciam, é verdade, que o catalogo do art. 25 não era rigorosamente *taxativo*, e que o condemnado de mais alguns direitos ficava privado; mas não julgavam ali comprehendidas as faculdades garantidas pelo direito natural, nem as provenientes da Lei civil relativas á existencia natural.

Marcadé, no summario do referido artigo, diz: — «*Cet article se réduit á ces deux idées: que 1.º en principe, le condamné est mort aux yeux de la loi; mais que cependant, 2.º il conserve encore ceux des droits civils relatifs á son existence naturelle.*»

E depois, desinvolvendo o summario, acrescenta: — «*Quand on voudrait savoir si telle ou telle faculté, accordée par la loi civile, appartient ou non au mort civilement, il suffira de rechercher si cette faculté est ou n'est pas nécessaire au maintien de son existence naturelle.*

*Nous disons telle faculté accordée par la loi civile; car s'il s'agissait de facultés ne résultant pas du droit civil, mais garanties par le droit naturel lui-même, il est clair qu'il n'y aurait pas de question, et qu'elles appartiendraient toutes au condamné. Mais quant aux droits que la loi civile seule nous a donnés, soit en créant des principes qui n'étaient pas dans la loi naturelle, soit en élargissant ceux qui s'y trouvaient déjà, soit enfin en tirant de ces principes des conséquences que la loi naturelle n'en tirait pas; quant á tous ces droits, le mort civilement n'en aura la jouissance qu'autant qu'ils seraient relatifs á son existence naturelle.»*

E' neste ponto concordavam geralmente todos os outros commentadores, e interpretes.

Em consequencia, elles entendiam resguardados pela lei ao morto civilmente, o direito de provêr á sua subsistencia, o de ser protegido e auxiliado em caso de necessidade, o de exigir alimentos de quem lh'os devesse, podendo para esse fim recorrer aos tribunaes, por intervenção de um curador. E ainda que perdesse a propriedade já adquirida, que passava para seus successores legitimos, não perdia comtudo a capacidade de adquirir posteriormente, menos por successão ou doação, a não ser a titulo de alimentos. Elle podia celebrar, mesmo por *acto público*, quaesquer contractos onerosos, e assim comprar, vender, trocar, dar de arrendamento, pedir ou dar dinheiro a juro, e acceitar ou constituir *hypothecas*, e requerer os competentes registros d'esses contractos, etc., porque ainda que elles e seus registros sejam regulados pelo direito civil, devem todavia considerar-se mais como pertencentes ao direito natural, do que como actos exclusivos do direito civil; e além d'isso são meios necessarios para a vida, que não eram denegados ao condemnado. E d'esta sorte, a *morte civil* entre os francezes estava muito longe de ser a imagem da morte natural. — Bousquet, Dict. verb. *Droit Civil* — Delvincourt, *Cours de Cod. Civ.* L. 1, tit. 2, cap. 2, Sect. 1. — Duranton, Rogron, Marcadé, etc.

Belime, na sua *Philosophia do Direito*, definindo a *morte civil*, com referencia sem dúvida ao citado Cod.

Civ. Fr , dizia tambem, d'accôrdo com os commentadores, que por ella se não perdiam *todos os direitos civis*:— «*La mort civile* (dizia elle no L. 1, cap. 3) *est un état dans lequel l'homme, par suite d'une condamnation penale perpetuelle, est rayé du nombre des citoyens, voit son mariage dissous, ses biens passer á ses héritiers, et devient incapable de la plupart des actes de la vie civile.*»

Mos o Projecto diz, que ella importa a *perda total dos direitos civis*, e d'esta arte vêm a privar o condemnado d'aquelles mesmos que lhe ficavam salvos pelo Codigo Francez; porque para o Projecto, não são direitos civis sómente os que este Codigo designava como taes no art. 25, e que principalmente diziam respeito á propriedade já adquirida, ás successões, ao matrimonio, ás tutelas, e ao patrio poder; são-no geralmente todos os concernentes ás relações reciprocas dos cidadãos entre si, como particulares, art. 3.º; e não só os que dimanam das leis civis, mas até os proprios *originarios*, que provêm immediatamente da natureza; porque diz o art. 5.º, que todos são regulados por aquellas, as quaes declaram os casos em que o cidadão os póde *perder*, ou ser inhibido temporariamente do seu exercicio; vindo por conseguinte uns e outros a ser um *beneficio*, uma *concessão* das leis civis, na opinião e systema do Projecto!

E privado de todos elles o condemnado, quem não dirá, que a *morte civil* do art. 362, é um verdadeiro *simulacro* da morte natural? O homem sem o direito de *appropriação*, sem o direito de *liberdade* e o de *existencia*,

(vejam-se os artt. 382, 390), desapareceu da terra, morreu para o mundo!

O nosso Codigo Penal não foi tão longe; porque, mencionando nos artt. 52 e 53, os effeitos da condemnação á pena de morte, depois de declarar o réu privado de todos os direitos politicos, reduz a perda dos *civis* aos seguintes: 1.º perde a propriedade, posse e administração de todos os bens, que passa logo para seus successores legitimos; 2.º não póde fazer testamento, sendo de nenhum vigor o que já tiver feito; 3.º perde o direito á protecção das leis *civis* para exercer auctoridade a respeito de sua mulher e filhos; 4.º não póde ser testemunha, excepto para dar simples informações á justiça; 5.º e é considerado nos negocios judiciaes como aquelles que a lei declara incapazes de se regerem, devendo porisso dar-se-lhe curador.

Aqui apparece fulminada a *morte civil*, não ha dúvida; porém ella não é completa; porque pelas disposições do Codigo claramente se vê, que não importa a perda de todos os direitos *civis*, visto que ahi se não comprehendem os que são necessarios para a conservação da vida, e muito menos a perda dos *originarios* que o homem recebe da natureza, e de que as leis *civis* o não podem espoliar, em quanto elle existir naturalmente.

No entretanto, se, apesar d'isso, tão graves censuras se tem feito ao Codigo Penal, por não haver para sempre banido das nossas leis a *antiga escravidão* das penas, já abolida no direito romano novissimo, mas conservada

ainda entre nós, no texto das Ordd., L. 4, tit. 81, § 6, L. 5, tit. 120 pr., tit. 126 pr., e § 3, e ultimamente no art. 818 do Codigo Commercial; que se não diria contra o Codigo Civil se, insistindo este pertinazmente na mesma ideia, viesse ainda rasgar mais a ferida?

Porém o rigor do Projecto ainda ahi não pára: o Codigo Civ. Fr. dizia tambem no art. 26 — «*Les condamnations contradictoires n'emportent la mort civile qu'à compter du jour de leur exécution, soit réelle, soit par effigie.*»

Era por conseguinte a *morte civil* considerada 'neste Codigo como effeito da pena, e não da sentença, e porisso só com a pena começava; era no dia da execução d'esta (ou fosse real, ou em effigie), que sómente appareciam tambem os effeitos d'aquella; e no intervallo, entre a sentença e esse dia, ainda o condemnado gosava dos *direitos civis*, e era licito contractar com elle; porque tambem só 'nesse dia é que, pelo facto da execução, se julgava legalmente advertida a sociedade, relativamente á condemnação e a seus consequentes effeitos.

Mas o Projecto faz apparecer a *morte civil* logo desde o dia, em que a sentença tiver passado em julgado, que póde ainda distar muito do dia da execução; e considerando-a assim, como resultado da sentença e não da pena, é claro que exacerba a dureza d'aquelle Codigo; porque priva o condemnado de todos os seus direitos muito antes da morte natural; e por conseguinte seus herdeiros tambem de todas as acquisições, que elle poderia ainda



fazer no largo intervallo, que é possível mediar entre uma e outra época.

Cumpré todavia confessar, que, debaixo d'um outro ponto de vista, o Projecto foi menos severo; porque sómente applica a *morte civil* ao condemnado á pena última, ao passo que aquelle Codigo no art. 23, e o Codigo Penal Francez no art. 18, a applicavam não só a esta, mas tambem á de trabalhos forçados por toda a vida, e á de deportação.

Porém se o Projecto a julgou *injusta* em relação aos outros réus de penas perpétuas, porque pensaria diversamente a respeito do condemnado á morte? Não foi certamente porque a maior das penas, que a sociedade pôde inflingir, deva ainda ser aggravada com a privação anticipada de todos os direitos do homem; porque tanta severidade repugna com o fim das penas, e com todos os principios da justiça; e então occorre-nos, se por ventura seria para d'este modo o privar da faculdade de testar; faculdade que aos outros réus se deixa salva no art. 366, estatuindo-se contra elles, como pena accessoria, sómente a *interdicção legal* da administração de seus bens; da disposição d'elles por acto *inter-vivos*; e dos outros direitos mencionados nos artt. 363 e 364.

Mas se foi este o verdadeiro motivo, não bastaria estender a *interdicção legal* tambem a essa faculdade, em quanto ao réu de morte (salva a disposição do n.º 2.º do art. 1895), deixando-o no mais a par dos outros réus? Se com esta modificação podia conseguir-se o mesmo fim,

para que privar-o inutilmente de direitos, cujo exercicio lhe ficava assim vedado ou restringido, e que em breves dias teriam de extinguir-se com a sua existencia?

Diz Bentham:— «*La peine doit être économique c'est-à-dire, n'avoir que le degré de severité absolument nécessaire pour remplir son but. Tout ce qui excède le besoin n'est pas seulement autant de mal superflu, mais produit une multitude d'inconvénients qui trompent les fins de la justice.*»

Admittida com effeito a *interdicção legal*, torna-se inteiramente desnecessaria a *morte civil*; e nem tambem seus herdeiros perderão assim os direitos, que o réu pôde ainda adquirir antes da morte natural.

Escusado será repetir aqui o que já pela imprensa tantas vezes se tem dito: que a *morte civil* importa a confiscação de bens, e que por conseguinte é hoje inadmissivel entre nós, á vista do art. 145, § 19, da Carta, a qual consagrando, como principio constitucional, o antigo aphorismo de jurisprudencia criminal — *peccata suos teneant auctores*, consignado já nos LL. 26, D. e 22, Cod. de poen. (e depois tantas vezes despresado, ou esquecido pelo decurso dos seculos!), declarou que nenhuma pena passará da pessoa do delinquente, e que portanto não haverá em caso algum confiscação de bens.

Escusado será repetir tambem, que ella está em contradicção com o Codigo Penal, que no art. 102, em conformidade com a Carta, estabeleceu o mesmo principio; e declarou nos artt. 32 e 78, que a morte natural con-

siste na *simples privação da vida*, e que esta pena não será aggravada em caso algum. Tudo está dito e demonstrado até á evidencia; e nós, abundando nas mesmas ideias, e pelo mais que fica escripto, votamos contra á *morte civil*, abolida já em França por Lei de 31 de Maio de 1854, e proscripta da maior parte das Legislações modernas.

Artigo 380.º

«O perdão concedido pelo Poder Moderador, exempta os réus tanto da pena perdoada, como da interdicção dos direitos civis, connexa com a mesma pena; mas não das restituções e reparações de perdas e damnos, em que hajam sido condemnados, ou a que sejam obrigados pelo facto criminoso.»

Se acaso se conservar no Codigo a pena accessoria da *morte civil*, parece-nos que deverá declarar-se, que o perdão concedido pelo Poder Moderador ao condemnado á morte, importará egualmente a conversão da *perda dos direitos civis*, connexa com ella, na da *interdicção* correspondente á pena em que aquella fôr commutada. Se aquelle perdão exempta os réus tanto da pena perdoada, como da interdicção connexa com ella, por que não ha de elle tambem operar, da mesma fórma, a conversão da *morte civil* na pena da *interdicção*, que fôr connexa com a que substituir a de morte natural?

Artigo 367.º

«Os condemnados a degredo perpétuo, sómente perderão os direitos civis, de que forem especificadamente privados na sentença condemnatoria, em conformidade com a Lei.»

Tendo-nos pronunciado contra a *privação legal* dos direitos civis, admittindo em seu logar só a *interdicção*, seria escusado dizer que rejeitamos este artigo; porque o que não queremos conceder á Lei, menos o poderíamos conceder aos tribunaes

É verdade que poderá objectar-se, que o artigo diz— *em conformidade com a Lei*.—Mas que Lei é essa? Será o art. 53 do Codigo Penal, aonde se declara quaes são os direitos civis, que o condemnado a degredo perpétuo deve perder, por effeito da sentença? Seja muito embora! Mas permitta-se-nos observar que, não admittindo o Projecto a *perda* de direitos civis, senão por effeito de condemnação á pena de morte; parece que aquelle artigo do Codigo Penal ficou sem effeito, e que no caso de degredo, os tribunaes só poderão pronunciar a *interdicção*, que é a pena applicada no art. 363 do Projecto á condemnação a prisão perpetua.

Porém, ainda mesmo que se não entenda revogado o art. 53 do Codigo Penal, como este diz no § 2 do mesmo artigo, que no logar do degredo poderá o condemnado exercer os direitos civis; é claro, que o que só póde per-

mittir-se aos tribunaes, no nosso caso, é decretar a interdicção do exercicio de maior, ou menor numero de direitos, segundo a qualidade do crime e as circumstancias do criminoso; mas nunca a *privação* d'elles.

O Cod. Pen. Fr. nos artt. 42 e 43, tambem só permite aos tribunaes a faculdade de pronunciar a pena da *interdicção*, e essa mesma só quando fôr auctorisada (ou ordenada) por alguma disposição particular da Lei. Diz elle:— «*Les tribunaux jugeant correctionnellement, pourront, en certains cas, interdire en tout ou en partie l'exercice des droits civiques, civils, et de famille suivants.*» Depois enumera-os, e diz no art. 43— «*Les tribunaux ne prononceront l'interdiction mentionnée dans l'article précédent que lorsqu'elle aura été autorisée ou ordonnée par une disposition particulière de la loi.*»

Quem não póde, sem auctorisação da Lei, pronunciar a *interdicção*, muito menos poderá pronunciar a *perda* de direitos!

E na nossa hypothese, se pelo Projecto cessou a *privação legal* de direitos, como hão de os tribunaes poder decretal-a?

#### Artigo 394.º

«São immoveis, ou são considerados como taes para os effeitos legaes:

- 1.º Os predios rusticos ou urbanos;
- 2.º As plantas, arvores, e quaesquer productos do solo;
- 3.º Tudo o que fôr affixado, ou unido em permanencia ao predio rustico ou urbano:

4.º Os direitos inherentes á propriedade dos immoveis.»

#### Artigo 395.º

«São moveis, ou considerados como taes, todas as cousas e direitos, não comprehendidos no artigo precedente.»

#### Artigo 396.º

«Todas as vezes que na Lei, ou nos actos e contractos civís se empregar a expressão generica de bens moveis, entender-se-ha na conformidade do disposto no artigo precedente.»

Diz este ultimo artigo, que pela expressão generica de *bens moveis*, empregada nas leis, ou nos actos e contractos civís, se entende tudo o que não forem *bens immoveis*, que são os descriptos no art. 394.

Mas 'nessa expressão generica ficarão comprehendidos tambem o *numerario*, os *creditos* ou *acções*, as *joias*, *livros*, os *semoventes*, e os *fructos* e *generos arrecadados*, ou de *commercio*? Á vista do artigo assim deve decidir-se.

No entretanto, o Cod. Civ. Fr. no art. 533 diz, que na simples expressão de *moveis*, empregada pela Lei ou pelo homem, sem outra declaração, nenhum d'aquelles objectos se entende comprehendido: — «*Le mot meuble, employé seul dans les dispositions de la loi ou de l'homme, sans autre addition ni désignation, ne comprend pas l'argent comptant, les pierreries, les dettes actives, les livres,*

*les medailles, les instruments des arts et métiers, le linge de corps, les chevaux, équipages, armes, grains, vins, foins et autres denrées; il ne comprend pas aussi ce qui fait l'objet d'un commerce.»*

E adoptaram a mesma disposição o Codigo da Sardenha nos artt. 456 a 461, o do Cantão de Vaud, artt. 334 a 336, o do Cantão do Tessino, artt. 165 a 166, o das Duas Sicilias, artt. 456 a 461, etc.

Porém o de Neufchatel, tendo abraçado no art. 383 a doutrina do Codigo Francez, acrescenta depois:— «*Néanmoins, le mot meuble comprend toutes ces choses (vid. art. 533, Cod. Napol.) lorsque dans un acte il est employé par opposition au mot immeuble.»*

Seria esta a fonte do art. 396 do Projecto? Mas o Codigo de Neufchatel só dá esta intelligencia á palavra *movel*, quando no mesmo acto ella é empregada em contraposição á palavra *immovel*, e o Projecto dá-lh'a *sempre*; o que são cousas differentes.

Porém, seja o que fôr, o que não admitte dúvida, é que já antes do Cod. Civ. Fr., e dos outros Codigos acima referidos, tinha dito tambem entre nós o Sr. Mell. Freir., no L. 3, tit. 7, § 10, das suas Instit.: — «*Licet mobilium nomine juris significatione veniant pecunia, nomina, et semoventia; tamen cum loquendi communi consuetudine, et vulgò res mobiles solum intelligantur, quae ad domus ornatum pertinent, inde est mobilium legato non contineri: 1) fructus etiam perceptos, et exstantes, quippe eos non res mobiles, sed fructus vulgus ad-*

*pellat: 2) pecuniam in arca quacumque de causa repositam, quam semper a mobilibus distinguimus: 3) actiones, jura, et nomina debitorum, quia constituunt tertiam speciem bonorum a mobilibus distinctam, et immobilibus: 4) oves, boves, et coetera animalia: 5) vasa aurea, vel argentea ad mensam, vel culinam destinata: 6) linum, vel lanam, sive factum, sive infectum, et id genus alia; itaque solum continentur supellex, id est, domus ornamenta, veluti sellae, scrinia, specula, tapetes, tabellae, caetera, quae nos dicimus: Movel e alfaia de casa.»*

O Sr. Coelho da Rocha diz igualmente, na *nota* ao § 78 das suas Instit., que na simples expressão de *moveis*, *bens moveis* ou *effeitos moveis* não se comprehende o dinheiro de contado, nem os creditos ou acções, nem as joias, livros e equipagens, nem os semoventes, nem os vestidos, nem os fructos e generos arrecadados, ou de commercio, etc.

E o proprio Projecto no art. 1968, a respeito dos legados, concorda tambem em parte com o que acabamos de dizer; porque estabelece ahi que — «o legado dos *moveis* da casa, sem outra declaração, não comprehenderá o *numerario*, os *titulos de credito*, nem os *semoventes*.»

Parecia-nos, portanto, que depois de se dizer, que pela expressão generica de *bens moveis*, se deve entender tudo o que não forem *bens immoveis*, se accrescentassem logo, em artigo separado, as excepções do art. 533 do Cod. Civ. Fr. (todas ou as que parecessem convenientes), e que <sup>a</sup>diante se eliminasse o art. 1968.



Com effeito, as expressões *movel*, *bens moveis* ou *effeitos moveis*, têm recebido pelo uso differentes accepções, e os legisladores têm acompanhado esse uso, sem querer contrarial-o; mas é bem sabido que entre nós, quando qualquer falla dos seus *moveis* ou *bens moveis*, não entende comprehender em taes expressões o numerario, os creditos ou titulos de divida, as joias, os semoventes, os seus livros, os fructos ou generos recebidos, ou de commercio, etc.; porque, tendo todas estas cousas denominações proprias e particulares, no uso commum de fallar, nunca se entendem comprehendidas 'naquellas expressões, a não haver alguma circumstancia, que assim o indique.

## TITULO IV.

### DOS DIREITOS QUE SE ADQUIREM POR MÉRA POSSE E PRESCRIPÇÃO.

#### CAPITULO 1.

##### *Da posse.*

##### Artigo 563.º

«Diz-se posse a retenção ou fruição effectiva de qualquer cousa ou direito, abstrahindo da questão de propriedade.»

Admittem-se em jurisprudencia duas especies de posse, — a *civil* e a *natural*. A *civil* ou verdadeira posse, é a d'aquelle que possui a *titulo de proprietario*, ou realmente o seja, ou tenha fundado motivo de o crêr.

Esta deve proceder de *justo titulo*, ou por outros termos, de titulo capaz de transferir a propriedade, v. g. a troca, a venda, o legado, etc. E o possuidor deve, além d'isso, ser de boa fé, isto é deve viver na convicção de que aquelle de quem houve a cousa, tinha realmente direito para alienal-a; ainda que a boa fé, presume-se sempre na posse *titulada*, emquanto se não prova o contrario.

A posse natural, porém, costuma dividir-se em diferentes especies. Apontaremos primeiramente aquella, que

não é fundada em titulo algum, e da qual o possuidor não dá outra razão, senão — *possuo porque possuo*. Mas dizem os escriptores, que quando esta posse não parecer infectada d'algum vicio, e tenha durado tempo bastante para fazer presumir titulo, deverá considerar-se não como natural, mas como *posse civil*. Uma outra especie é a que é fundada em titulo capaz de transferir a propriedade, mas acompanhada *de má fé* da parte do possuidor, por saber que aquelle que lhe transferira a cousa, não tinha direito de alienar-a: a terceira especie é a que se apoia em titulo *nullo*, como sería, v. g., a doação, feita por um dos conjuges ao outro, durante o matrimonio, contra á disposição da Lei.

A quarta finalmente, a que é baseada em titulo valido e legitimo, mas *inhabil* para transferir a propriedade, como, por exemplo, a do usufructuario, a do arrendatario ou colono, a do depositario, e geralmente toda a *posse precaria*, ou que se não gosa a titulo de *proprietario*. Cod. Civ. Fr., art. 2236.

E as tres últimas especies nunca poderão ser reputadas *posse civil*; porque a *má fé*, de que uma se acha infectada, e a *nullidade* ou *qualidade* do titulo, sôbre que as outras duas se fundam, constituem um obstaculo perpetuo para que o possuidor seja considerado proprietario; d'onde veio a maxima — *É melhor não ter titulo, que tel-o vicioso*.

Suppostos estes principios, vamos á definição que dá o artigo. Chama esta posse a *retenção* ou *fruição effectiva*

de qualquer coisa ou direito, abstrahindo da questão de propriedade. Mas é claro, que o Projecto aqui define antes a posse de facto ou *posse natural*, do que a *posse civil* ou posse em sentido juridico, que é só a d'aquelle que retém a coisa *animo domini*, como dissemos; e é certamente d'esta e não d'aquella, que 'neste e no titulo seguinte se tracta.

Não ha dúvida, que na questão de posse não entra a da propriedade; e que a propriedade e a posse são cousas differentes, podendo dar-se uma sem a outra. Se eu, por exemplo, comprei a Paulo as casas de Pedro, e as adquiri em boa fé, tenho a *posse* d'ellas; mas a *propriedade* é de Pedro, emquanto eu a não adquirir pela prescripção. Por conseguinte, não deve confundir-se uma coisa com a outra, como bem dizia o Jurisconsulto Venuleio, na L. 52, D. de *acquir. vel amitt. poss.* — «*permisceri causas possessionis et ususfructus non oportet: quemadmodum nec possessio, nec proprietas misceri debent.*» E no mesmo sentido fallava Ulpiano, quando na L. 12, § 1, do mesmo titulo, dizia: «*Nihil commune habet proprietas cum possessione.*»

Mas ainda que por esta distincção pareça, que a posse realmente não é outra coisa mais, que a *retenção* ou *fruição efectiva* (como diz o Projecto) d'aquillo que está em nosso poder, ou tenhamos a propriedade, ou não; contudo não é assim: para dar-se a *posse civil*, é necessario que essa retenção ou fruição seja a *titulo de proprietario*, ou o proprietario possua por si mesmo, ou por outrem

em seu nome, v. g., pelo locatario, ou depositario; aliás será uma simples *detenção* ou posse de *facto*, como é a d'estes.

O Projecto parece ter querido conformar-se com a definição de posse, que dá o Cod. Civ. Fr.; porém se a d'este Codigo é má, por pouco explicita, a do Projecto ainda é peor, porque nem uma só palavra apresenta, que indique a *posse civil*.

Diz o art. 2228 do cit. Cod. — «*La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous mêmes ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom.*»

Mas como a definição não era bem precisa, viram-se os redactores obrigados a declarar no artigo seguinte, que para ter logar a prescripção, é necessario que essa posse seja continua e não interrompida, pacifica, pública, não equivocada, e a *titulo de proprietario*; mas estas ultimas expressões já deviam ter entrado explicitamente na definição.

A definição do Projecto deve por conseguinte ser restringida á *posse civil*, para que d'ella se não abuse, e para que não sirva de fundamento a conclusões, que de certo não entraram na mente do illustre Redactor do Projecto. *Omnis definitio in jure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti possit*, dizia Javoleno na L. 202, D. de reg. jur.

Nem nos podemos persuadir, que o Projecto, neste e no titulo seguinte, quizesse fallar d'outra posse, o que

aliás se deduz claramente do art. 600, aonde se diz — «que os que possuem em nome de outrem, não podem prescrever; excepto achando-se *invertido* o titulo da posse, ou seja por facto de terceiro, ou seja por opposição feita ao mesmo possuidor (*ao direito do proprietario*, diz o art. 2238 do Cod. Civ. Fr.), e por elle não repellida.» E acrescenta o § unico — «Diz-se *invertido* o titulo, que é substituído por outro *capaz de transferir a posse ou o dominio*.» Logo era 'neste sentido que a posse devia ter sido definida no artigo, de que nos occupamos.

#### Artigo 569.º

«Podem adquirir posse todos aquelles que têm uso de razão.

§ unico. «A posse póde, comtudo, ser adquirida em favôr das pessoas exceptuadas, por aquelles que legalmente as representam.»

#### Artigo 570.º

«A posse póde ser adquirida tanto em nome proprio, como em nome de outrem.»

Não ha dúvida, que para se adquirir a posse é necessaria a intenção, animo, ou vontade de possuir, e portanto uso de razão; mas como é trivial, e bem sabido em jurisprudencia o principio da L. 1, § 20, D. *de adquir. vel amitt. poss.*—*per procuratorem, tutorem, curatorem ve possessio nobis acquiritur*; e que por consequente é in-

teiramente indifferente, que essa intenção seja exercida pelo proprio ou por outrem, que legalmente o *represente*; parecia-nos, que não valia a pena de consignar em dois artigos axiomas tão trilhados, e que aliás se acham já implicitamente estabelecidos em outros logares do Projecto; porque no art. 99 se disse, que a *incapacidade* dos menores é supprida pelo poder paternal, e na sua falta *pela tutela*; principio que depois nos titulos 12 e 13 da Part. 1.<sup>a</sup> se applicou também aos incapazes por *prodigalidade* ou por *accidente*; vindo a ser os paes ou os tutores, os que legalmente exercem os direitos civis d'esses incapazes, até que elles obtenham o uso da razão. Propomos portanto a eliminação dos artigos 569 e 570, como superfluos.

#### Artigo 581.º

«Se a posse tiver durado por mais de anno, será o possuidor summariamente mantido, ou restituído, ainda mesmo contra qualquer outra posse ou direito, emquanto não fôr convencido ordinariamente, ou seja na questão de propriedade, ou seja na questão de posse.

§ *unico*. «Neste ultimo caso, porém, poderá o réu defender-se com excepção de dominio, e, sendo convencido, não será condemnado em mais do que o seria em questão de propriedade.»

D'este artigo, e dos artt. 572 n.º 4 e 579, deduz-se: 1.º que o Projecto requer a posse de mais de anno, como circumstancia necessaria, e regra geral, para qualquer

poder usar dos interdictos, tanto de *manutenção*, como de *recuperação*; 2.º e que tanto em um, como em outro caso, depois de se haver tractado da posse *summariamente*, poderá ainda intentar-se sôbre ella a acção *ordinaria*.

Esta doutrina, em ambos os pontos, é nova entre nós: a sua fonte parece ter sido o Direito Francez; mas o Projecto transfigurou-o completamente, e a doutrina do artigo não ficou boa.

Por Direito Francez, ainda que as duas acções, a de *manutenção* e a *reintegranda*, sejam ambas possessórias, têm comtudo entre si differenças essenciaes, nem são necessarias em ambas ellas os mesmos requisitos.

Vejamos as differenças e os requisitos d'uma e d'outra: 1.º para poder intentar-se a de *manutenção*, basta a turbação da posse; mas para poder ter logar a *reintegranda*, é preciso ter-se verificado o esbulho; 2.º para proceder á de *manutenção*, é necessario que o auctor tenha estado já em posse por mais de anno; — mas a acção *reintegranda*, fundada no principio — *Spoliatus ante omnia restituendus* — porisso que tem principalmente por objecto a reparação d'uma especie de delicto, e foi estabelecida em favor da ordem e tranquillidade pública, póde ser intentada por aquelle mesmo, que ainda não tenha a posse annal, comtanto que a intente d'entro d'um anno depois do esbulho; 3.º aquelle que é convencido na de *manutenção*, não póde tornar a intentar a questão de posse, por ter contra si a auctoridade da cousa julgada, Cod.



Civ. Fr. art. 1351: resta-lhe só a acção de propriedade; mas aquelle, que succumbe na *reintegranda*, póde ainda intentar a de *manutenção*, se provar que já estava em posse havia *mais de anno*; porque, tendo a acção de *manutenção* caracteres differentes da acção *reintegranda*, o que 'nesta foi julgado, não impede de intentar aquella; 4.º e a condemnacão na *reintegranda* importa prisão contra o réu, para a restituicão da cousa e seus fructos, e por perdas e damnos, Cod. Civ. Fr., art. 2060; effeito este que se não dá na sentença condemnatoria em acção de *manutenção* — Rogron ao art. 23 do Cod. do Proc. Civ. Fr.

Por conseguinte, segundo o Direito Francez, a posse annal só se exige para poder intentar-se a acção de *manutenção*; mas não é precisa para intentar a *recuperanda*; — e só na *recuperanda* ou *reintegranda* é que póde depois tornar a instaurar-se a questão de posse, por meio de nova acção; mas nunca na de *manutenção*.

O artigo do Projecto, portanto, desviou-se muito d'estes principios, e a generalidade, que adoptou em ambos os casos, não parece razoavel; porque realmente dão-se differenças palpaveis entre uma e outra acção: e já que o Projecto 'nesta parte preferiu á nossa a Legislação Franceza, devia adoptar todo a seu systema sem o adulterar; porque aliás ficará uma disposicão incoherente.

E que o Projecto, 'neste ponto, se affastou do nosso Direito, não padece dúvida; porque nem a nossa Legislação exige a posse annal como condição necessaria para o uso dos interdictos, nem estabelece em parte alguma,

que tractada e julgada *summariamente* a questão de posse, quer *turbativa* quer *spoliativa*, possa depois tornar a ser instaurada por *acção ordinaria*.

A acção *summaria* é para se tractar geralmente de qualquer questão de posse dentro de anno e dia; e a *ordinaria* para tractar d'ella depois que passa o anno e dia, sem ter sido intentada.

Diz a Ord. L. 3, tit 48 pr. — «Todos os julgadores, que conhecerem de forças novas, quando as taes demandas se começarem *antes de anno e dia*, do dia que a força se disser ser feita, procedam em os feitos d'ellas *sem ordem nem figura de juizo*, etc.»

E a Ref. Jud., no art. 281, confirmou esta disposição, determinando, que nas causas conhecidas no antigo fôro por *summarias* propriamente ditas, como as de força nova, e outros interdictos, etc., se siga a fôrma de processo, estabelecida antes do Decreto de 16 de Maio de 1832, n.º 24.

Correia Telles, Acç. § 189, diz tambem: — O processo da força nova é *summario*; o da velha é *ordinario* — arg. da Ord. L. 1, tit. 66, § 11, e L. 3, tit. 48, pr. Silv. ib. n.º 2. Mor. *de exec.* L. 1, cap. 4, § 3, n.º 12, Cordeir. Dub. 41, n.ºs 16 e 30.

No entretanto, a adoptar-se a Legislação Franceza 'neste ponto, será conveniente abraçar toda a sua doutrina, como já dissemos, e até na parte em que não admite que, passado o anno depois da turbação ou esbulho, possam ainda intentar-se acções possessórias; porque

a posse pacífica d'um anno parece sufficiente para estabelecer, a favor do novo possuidor, a *presumpção de proprietario*.

Seria, na verdade, para desejar que acabasse a celebre distincção de força nova, e força velha; e que, passado o anno, só podesse ter logar a questão da propriedade.

Endendemos, além d'isso, que na questão de posse se não deverá admittir a excepção de dominio, pelo menos na generalidade, em que o § unico a admitte. No artigo falla-se tanto da acção de *manutenção*, como da acção *recuperandae* (*ibi-mantido* ou *restituido*); e dizendo o § unico geralmente, que na questão de posse o réu poderá defender-se com *excepção de dominio*, comprehende sem dúvida ambas aquellas hypotheses.

Mas todas as nossas Ordenações são accordes em negal-a ao réu na acção de *força* ou *interdicto recuperandae*, em odio do esbulho. Vejam-se as Ordd. L. 3, tit. 40, § 2, tit. 78, § 3, e L. 4, tit. 58, pr. E só na de *manutenção* é que é admittida por alguns DD., provando o réu o dominio *in continenti*. — E d'esta opinião é o Sr. Mell. Fr., L. 4, tit. 6, § 30, o qual diz, que assim deve entender-se a Ord. L. 3, tit. 40, § 2; e foi seguido por Corr. Tell. Acç. § 191; ainda que outros não admittem tal opinião, e excluem geralmente a *excepção de dominio* na questão de posse; — e nós julgamos tambem melhor esta ultima opinião, porque, sendo inteiramente diversas, a questão de posse e a de propriedade, não deve confundir-se uma com a outra. Mas quando esta ideia

não prevaleça, ao menos deverá declarar-se no Código, que tal excepção nunca aproveitará ao réu na questão de *esbulho*.

Art. 590.º

« O possuidor de boa fé terá o direito de levantar as bemfeitorias uteis, que haja feito na cousa, podendo effectual-o sem detrimento d'ella.

§. 1.º Quando possa dar-se detrimento no levantamento, satisfará o vencedor ao evicto, no momento da entrega da cousa, o valor das dictas bemfeitorias; mas não gosará do direito de retenção. »

Não ignorámos, que alguns dos nossos Praxistas tem pretendido, que na execução de sentença, proferida em causa de força, se não admittem embargos *de retenção por bemfeitorias*, sem distincção entre as necessarias, e as uteis; ainda que outros têm sustentado o contrario. Mas o Projecto no artigo antecedente admittiu, a favor do possuidor de boa fé, a *retenção* por causa das *necessarias*; porque diz ahi: = « mas sómente o possuidor de boa fé gosará do direito de *retenção*, em quanto não fôr pago. » E parece-nos, que o mesmo beneficio deverá tambem conceder-se-lhe, em quanto não fôr pago das *uteis*: porque nem as Ordd. nem a Ref. Jud. fazem distincção entre umas e outras, quando fallam de tal beneficio concedido ao possuidor de boa fé. Vej. as Ordd. L. 3, tit. 86, §. 5., e L. 4, tit. 48, §. 6, tit. 59, §. 1, e tit. 95, §. 1, e a Ref. Jud. art. 617, §. 1.

Nem se diga, que com tal retenção se poderá impedir a entrega da posse; porque, adoptada a doutrina da Ref. no logar citado, se o vencedor deposita o pedido das bemfeitorias, ou sendo ellas illiquidas, o seu valôr pelo juramento do evicto, é logo entregue d'ella, podendo depois continuar-se na liquidação. Ref. Jud. art. cit. 617, §. 1. Lob. Exec. §. 233.

Esta doutrina é mais confôrme, sem duvida, com a *generalidade* das nossas Leis anteriores; e por outro lado parece-nos tambem, como já dissémos, que o possuidor de boa fé merece esta contemplação, não só em relação a umas, mas tambem em relação ás outras.

#### Art. 595.º

« Póde qualquer adquirir, pelo facto da posse, certas cousas ou direitos, ou livrar-se de certas obrigações pelo facto de lhe não serem exigidas, verificando-se as condições, e lapso do tempo marcado na Lei. É o que se chama prescripção: no primeiro caso diz-se positiva, e no segundo negativa. »

Sendo a prescripção um modo de qualquer adquirir certas cousas ou direitos, ou de se livrar de certas obrigações, e o fundamento da primeira o facto da posse, e o da segunda a negligencia do crédor, verificando-se as condições, e lapso de tempo marcado na Lei, como diz o artigo, e concorda o Cod. Civ. Fr. no art. 2219, — é claro, que são duas as especies de prescripção, entre

si distinctas: uma tem por fim a *acquisição*, a outra a *extincção* de direitos. E por conseguinte, parece que quadraria melhor á primeira a denominação de *adquisitiva*, e á segunda a de *extinctiva*: assim as denominou Waldeck no §. 314; e foi seguido pelo auctor do Dig. Port. L. 1, art. 1279; e alguns dos Codigos modernos adoptaram tambem as mesmas expressões, que parecem mais claras, e mais conformes á natureza do objecto, que as do artigo do Projecto.

Art. 597.º

« Podem prescrever todos os que podem adquirir, e mesmo os incapazes no caso da prescripção negativa. »

Applicaremos a este artigo as mesmas reflexões, que já fizemos aos artt. 569 e 570. E portanto propomos tambem a eliminação d'este, pelas mesmas razões, por que propozemos a d'aquelles.

Art. 600.º

« Os que possuem em nome de outrem não podem prescrever, excepto achando-se invertido o titulo da posse, ou seja por factio de terceiro, ou seja por opposição feita ao mesmo possuidor, e por elle não repellida.

§. unico. Diz-se invertido o titulo, que é substituido por outro, capaz de transferir a posse ou dominio. »

As expressões do artigo — ou seja por opposição feita

ao mesmo possuidor, e por elle não repellida, — talvez ficassem mais claras do seguinte modo: *ou seja por opposição feita ao verdadeiro possuidor, e por elle não repellida*; ou então, como diz o art. 2238.º do Cod. Civ. Fr. — *ou seja por contradicção feita ao direito do proprietario*. Porque, dando-se no artigo o nome de possuidor tanto ao proprietario ou verdadeiro possuidor, como áquelle que d'elle houve a cousa a titulo precario, convém empregar alguma palavra, para os bem distinguir um do outro, e se entender, que o relativo — *ao mesmo*, diz respeito não ao detentor, mas sim ao proprietario ou *verdadeiro* possuidor.

Art. 619.º

« Reputam-se presentes, para o effeito indicado no art. 615.º, os proprietarios que residirem, ou forem domiciliados dentro do raio de cinco legoas de distancia do logar, em que o immovel fôr situado, ou exercido o direito immobiliario; e ausentes os domiciliados, ou residentes fóra d'este circulo. »

Diz o art. 615.º que, para poderem ser prescriptas as cousas immoveis, é mistér ter decorrido o espaço de dez annos entre presentes, e de vinte entre ausentes; e aqui explica o Projecto o que deve entender-se tanto por estes, como por aquelles. Mas falla só da presença ou ausencia dos proprietarios, abstrahindo da dos possuidores; e para aquelles poderem dizer-se presentes, é necessario que residam, ou tenham domicilio dentro do raio de cinco

leguas de distancia do logar, em que o immovel fôr situado, ou exercido o direito immobiliario; aliás dir-se-hão ausentes.

O Projecto, portanto, desviou-se da nossa Ord., que, seguindo o direito romano, encára a questão da presença ou ausencia, não só em relação ao proprietario, mas também em relação ao possuidor; e estabelece, para fixar uma e outra, não qualquer circumscripção ideal ou abstracta, mas uma circumscripção palpavel e de todos conhecida, como são as comarcas judiciaes.

Tendo-se suscitado, entre os Jurisconsultos rómanos, algumas duvidas ácerca da prescripção de longo tempo, uma das quaes era— se 'nella só deveria attender-se á presença ou ausencia do proprietario, ou se também á do possuidor? — outra, se essa presença deveria ser na mesma cidade, ou na mesma provincia? — e finalmente, aonde era que os immoveis deveriam estar situados?

Justiniano na *L. ult. Cod. d'esse tit.* resolveu: que a prescripção de longo tempo se completasse, como estava determinado, por dez annos entre presentes, e vinte entre ausentes; e que por presentes deveriam entender-se aquelles que tivessem domicilio na mesma provincia; porém, que era necessario que essa presença fosse não só a do proprietario, mas também a do possuidor: « *Sancimus itaque debere in hujusmodi specie, utriusque personae, tam petentis, quam possidentis spectari domicilium.* » E assim, que se o proprietario e o possuidor tivessem, um e outro, o seu domicilio dentro da mesma provincia,



deveriam considerar-se *presentes*, e a prescripção procederia então pelo lapso de dez annos: e se o tivessem em provincias diversas, reputar-se-hiam *ausentes*, e 'nesse caso só pelo espaço de vinte annos se completaria aquella.

E em quanto á situação dos immoveis, que fossem o objecto da prescripção, declarou que era indifferente estarem elles na mesma, em provincia diversa, ou ainda no ultramar; porque, sendo os *direitos*, e *acções* cousas incorporeas e só pertencentes ás pessoas; aquella circumstancia da situação remota dos predios não podia servir de obstaculo, para que os tribunaes da provincia, onde o proprietario e possuidor tinham ambos o seu domicilio, podessem conhecer da questão da reivindicação, ou da prescripção.

E estes principios foram tambem adoptados entre nós, como se deduz da Ord. L. 4, tit. 3, §. 1, só com a differença de se substituirem ahi as provincias por comarcas.

Mas o Cod. Civ. Fr. no art. 2265.º, desviou-se do direito romano: substituiu ás provincias os circulos, ou districtos judiciaes dos Tribunaes de appellação; e exigiu só a residencia ou domicilio do proprietario dentro do districto e a situação do immovel, para o proprietario se dizer *presente* (devendo no caso inverso reputar-se *ausente*); e nada disse ácerca do domicilio ou residencia do possuidor; e portanto considerou a ausencia, ou presença só em relação aos proprietarios, abstrahindo dos possuidores.

O Projecto, por conseguinte, preferiu ao direito ro-

mano e ao nosso a disposição do Cod. Civ. Fr.; mas em logar dos districtos judiciaes dos tribunaes de appellação, (que aliás poderiam ser substituidos, entre nós, pelas comarcas, visto não termos senão dous tribunaes de appellação no reino), adoptou a circumscripção abstracta do raio de cinco leguas de distancia do logar, em que o immovel estiver situado, ou fôr exercido o direito immobiliario.

No entretanto parece-nos melhor a disposição da nossa Ord. na parte em que exige, que tanto o proprietario como o possuidor, tenham ambos o seu domicilio dentro da mesma circumscripção judicial; porque, a não ser assim, será inutil para o proprietario, quando tiver de demandar o possuidor nos casos, em que o fóro *rei sitae* não é competente, que o immovel esteja situado dentro do seu districto; porque todos sabem as difficuldades que se offerecem, e a repugnancia que ha sempre em tentar demandas em jurisdicções remotas, e perante juizes estranhos. Nem foi outro certamente o motivo por que no direito romano e na Ord. se duplicou o espaço do tempo para a prescripção entre ausentes, isto é, quando o proprietario e o possuidor residem em provincias, ou comarcas diversas.

E tambem preferimos á doutrina do artigo a da Ord. em quanto esta estabelece, para fixar a presença ou ausencia, uma demarcação sensivel, e sobre que não póde haver dúvidas, como são as comarcas; demarcação, que aliás o Projecto no art. 624 tambem adoptou para a prescripção

das obrigações. Sobre a do art. 619.º, estamos certos, que se hão de suscitar sempre infinitas contestações.

Agora em quanto á situação dos immoveis, entendê-mos todavia que é melhor a disposição do artigo, que a do direito romano; porque, estando elles na mesma circumscripção, em que o proprietario tiver o seu domicilio, mais facil lhes será poder descobrir por inspecção ocular, ou por exame no Registro, se elles estão ou não, em poder d'aquelle que os deve possuir, ou se o possuidor ou detentor os tem registrado em seu nome, como proprietario, etc.

Não estando elles ahi situados, então só pelo espaço de 20 annos deverão prescrever.

#### Art. 623.º

« Aquelle que se achar constituido para com outro na obrigação de prestar, ou fazer alguma cousa, poderá livrar-se d'essa obrigação, se lhe não fôr exigida por espaço de dez annos entre presentes e vinte entre ausentes; salvo nos casos em que a Lei expressamente disponha outra cousa.»

Este artigo, para a prescripção extinctiva dos direitos e obrigações, marca tambem o espaço de dez annos entre presentes e de vinte entre ausentes, como na acquisitiva; mas parece-nos muito curto este praso.

A Ord. L. 4, tit. 79, estabelece o de trinta annos, sem differença entre presentes e ausentes, quando os direitos

e obrigações provierem de contracto, ou quasi contracto. E os interpretes têm applicado a mesma regra, não só ás obrigações chamadas em direito romano *pessoaes*, ou fundadas no *jus ad rem*, e ás *mixtas*; mas tambem ás *reaes*, ou fundadas no *jus in re*, quando provenientes de contracto, como a obrigação do emphyteuta, do censuista, etc.; porisso, que em todas ellas tinha logar pelo direito romano a extincção, mediante o lapso dos referidos trinta annos, quando as Leis não marcavam differente praso.

Diz a L. 3, *Cod. de praescript.* 30, vel 40, ann. «*Sicut in rem speciales, ita de universitate, ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur. Sed siqua res, vel jus aliquod postuletur, vel persona qualicumque actione, vel persecutione pulsetur: nihilominus erit agenti triginta annorum praescriptio metuenda.*» E o *Cod. Civ. Fr.* no art. 2262.º adoptou a mesma regra; diz elle: «Todas as acções, tanto reaes como pessoaes, são prescriptas por trinta annos; sem que aquelle que allega tal prescripção esteja obrigado a apresentar titulo algum; nem contra elle se poderá oppôr a excepção de má fé.»

E foi seguido pelo *Codigo da Sardenha*, art. 2397.º; pelo da *Hollanda*, art. 2004.º, e por outros; ainda que alguns têm adoptado prazos mais curtos.

Entendemos, todavia, que o praso de 30 annos fôra bem calculado; porque a prescripção extinctiva funda-se na *presumpção* de estar satisfeita, ou perdoada uma obrigação, e de ter cessado um direito, que se não fez valer

em um longo periodo de tempo; e o de dez annos não nos parece tão extenso, que possa dar logar a similhante presumpção.

Além d'isso, sendo necessaria a boa fé no devedor (art. 626.º), parece tambem pouco verosimil, que este em dez annos se tenha esquecido da verdade, e que realmente acredite ter pago o que ainda deve! Em 30 annos será isso possivel; porque em tão diuturno espaço não repugna, que elle supponha ter-se extraviado a quitação, e viva na ideia de estar satisfeita, ou perdoada a obrigação.

Porém não é só sôbre esta presumpção, que a prescripção extinctiva se funda, como ordinariamente se diz; e a prova d'isso, é que o crédor não poderá, quando ella se completar, deferir juramento ao devedor sôbre o facto do pagamento, ou perdão da divida. Esta prescripção é, além d'isso, considerada pelo Legislador como uma pena imposta á negligencia do crédor; d'onde vêm o suspender-se, quando a execução da obrigação se acha impedida, porque não póde então imputar-se a este negligencia.

Mas se as Leis a consideram como uma pena, não será isso mais um motivo para se não dever incurrar aquelle praso? O zêlo pelo termo das demandas não deve levar-se tão longe, que destrúa, sem evidente necessidade, os principios de justiça privada ou relativa. Votâmos portanto pelos 30 annos; salvo nos casos, em que a Lei expressamente disponha outra cousa.

Artigo 638.º

« A prescripção não póde começar, nem correr contra os menores, ou dementes, em quanto estes não tiverem quem os represente, ou administre seus bens. »

Deduz-se d'este artigo, *a contrario sensu*, que o Projecto admitte, que contra os menores, e dementes comece e corra a prescripção, logo que tenham quem os represente, ou administre seus bens. Mas que importancia virá a ter o favor de não deixar correr, nem começar contra elles a prescripção, em quanto não tiverem tutor?

A respeito dos dementes, se os parentes, o Ministerio publico, ou as pessoas a quem incumbe promover a sua *interdicção*, forem descuidados, ainda esse favor poderá importar alguns mezes, se a demencia era já notoria antes da interdicção, arg. do art. 344.º; mas em quanto aos menores, tal beneficio é quasi nullo, e parece que não valia a pena de fazer-se *alárde* d'elle; porque o art. 214.º manda convocar o conselho de familia *ex officio* dentro de oito dias, a contar do facto da orphandade, ou vacancia da tutela; e o primeiro dever do conselho é reconhecer o tutor testamentario, ou confirmar o legitimo, ou nomear o dativo, art. 229.º

Parece-nos porém, que, tendo o Projecto negado aos menores o beneficio da restituição por causa de lesão, mais algum favor lhes deveria fazer a respeito das prescripções; porque lançar todos os seus prejuizos á conta

e responsabilidade dos tutores, é querer expôr aquelles ao risco de ficarem muitas vezes lesados sem meio algum, a que se soccoram!

O Cod. Civ. Fr., que aliás lhes não nega, como já vimos, a restituição contra os actos validos, de que lhes tenha resultado prejuizo, não admite, comtudo, que contra elles e os interdicos corra a prescripção; excepto nos casos especiaes, a que se refere o art. 2278.º, e 'nesses mesmos lhes deixa salvo o recurso contra os tutores.

É expresso o art. 2252.º: « *La prescription ne court pas contre les mineurs et les interdits, sauf ce qui est dit à l'art. 2278, et à l'exception des autres cas déterminés par la loi.* » E o art. 2278 diz: « *Les prescriptions dont il s'agit dans les articles de la présente section courent contre les mineurs et les interdits, sauf leurs recours contre leurs tuteurs.* » E estas prescripções exceptuadas, que correm contra os menores, debaixo da responsabilidade dos tutores, são sómente aquellas, de que falla o Projecto nos artt. 628, 629, 630 e 631.

É verdade que a nossa Ord. L. 4, tit. 79, §. 2 deixa correr contra os menores a prescripção; mas deve advertir-se: 1.º que ella faz distincção entre *impuberes* e *menores*; a respeito dos primeiros, a prescripção dorme em quanto dura a impuberdade: esse tempo não se conta; e relativamente aos segundos, ainda que a mande correr, comtudo accrescenta logo: — « que elles poderão pedir restituição contra sua negligencia »; e portanto o effeito

vem a ser o mesmo, que se a prescrição não corresse; 2.º e que a Ord. falla só da prescrição de 30 annos; porque esta era tambem a disposição do direito romano na L. 5, *Cod. in quib. caus. in integr. restit. necess. non est*, que só mandava correr contra os menores esta, e a de 40 annos, e nenhuma outra; e este era o direito até aqui usado entre nós.

Propômos portanto, que ao menos se adopte a legislação franceza 'nesta parte; porque a *excepção* estabelecida em favor dos menores e interdictos, a respeito das prescrições, é menos fundada na equidade, que na natureza das mesmas prescrições; visto que a acquisitiva se baseia na presumpção de que aquelle que deixa prescrever, consente na alienação — *alienare videtur, qui patitur usucapi*, L. 28, *D. de verb. significat*, e os menores e interdictos são pela lei incapazes de alienar. E em quanto á extinctiva, pôde dizer-se que estamos no mesmo caso; porque, não podendo elles por si exercer os direitos, que contra elles se pretenderem prescrever, e podendo mesmo esses direitos ser ignorados de seus tutores, não devia tambem permittir-se em regra, que esta corresse contra elles; antes cumpria applicar-lhes o principio geral — *contra non valentem agere non currit praescriptio*, L. 1, §. 2, *Cod. de annal. except.*

A nada d'isto porém se attendeu no artigo, e nós votámos contra elle; porque não queremos vêr os menores e interdictos inteiramente despojados de todas as garantias, que largos seculos têm consagrado em seu benefi-



ció. É uma classe muito desvalida, e porisso digna de todo o favor da parte dos legisladores; e a responsabilidade dos tutores, com que tanto parece contar-se, nem sempre será sufficiente e efficaz, como já ponderámos, para os indemnizar de todos os prejuizos, que soffrerem durante a tutela.

## LIVRO II, TITULO I.

### DOS CONTRACTOS EM GERAL.

#### CAPITULO V.

*Das condições, ou clausulas dos contractos.*

#### Artigos 765 — 777.

A epigraphe do capitulo promette muito; mas o capitulo não cumpriu a promessa: tudo ficou a desejar-se.

Contém apenas 13 pequenos artigos, ao passo que o logar paralelo no Cod. Civ. Fr., que é o cap. 4, do tit. 3, liv. 3, comprehende seis grandes secções, subdivididas em differentes §§., e com 65 artigos.

Tracta-se ahi das obrigações condicionaes em geral — da condição suspensiva — da resolutiva — das obrigações a termo — das alternativas — das obrigações solidarias — das divisiveis e indivisiveis — das obrigações com clausulas penaes — e dos effeitos de todas ellas, etc. E os Co-

digos da Sardenha, das Duas Sicilias, do Cantão de Vaud, e outros, seguiram o mesmo systema, grupando todas estas doutrinas, e tractando d'ellas largamente nas generalidades dos contractos.

Era portanto 'neste capitulo, que o Projecto deveria tambem desinvolver esta materia, visto não fallar d'ella em outro logar; e como, pela sua importancia, entendemos que não deverá ficar omissa no Codigo, propomos que o capitulo seja addicionado; e bem assim os seguintes até ao 9.º, que todos estão deficientissimos.

O auctor do Dig. Port. começa a tractar dos direitos e obrigações condicionaes no tit. 4 do liv. 1, e vae até ao tit. 10, empregando para mais de 300 artigos 'nesta materia.

#### Artigo 769.º

« O crédor póde exigir a pena, ou a execução da obrigação; mas não póde exigir uma e outra cousa simultaneamente.»

Parece-nos que deverá accrescentar-se — *salvo se a pena foi estipulada só para o caso do retardamento*; porque então a pena deve reputar-se o equivalente, não da obrigação principal, mas sim das perdas e damnos resultantes da móra; e por conseguinte bem poderá 'neste caso exigir-se junctamente com a execução da obrigação, sem 'nisso haver irregularidade alguma. Esta clausula encontra-se mesmo na fonte do artigo, que julgámos fóra o art. 1229.º do Cod. Civ. Fr., que diz: « *Il ne peut de-*

*mander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard. »*

#### Artigo 782.º

« A acção de rescisão, por causa do êrro, prescreve pelo lapso de cinco annos; salvo se o enganado tiver antes conhecimento do êrro, porque 'nesse caso prescreve dentro em tres mezes a contar do dia, em que houve o dicto conhecimento. »

#### Artigo 783.º

« A acção de rescisão por causa de coacção prescreve, se o coagido a não propozer dentro em tres mezes a contar do dia, em que a coacção haja cessado. »

O Cod. Civ. Fr. no art. 1304.º estabelece 'nestes casos a prescripção geral de dez annos, a contar, em caso de violencia, desde o dia em que esta cessar, e nos de êrro ou dolo, do dia em que um e outro forem conhecidos. Diz elle: « *Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention 'nest pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans. Ce temps ne court dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts, etc. »*

O Codigo da Sardenha art. 1395.º, o das Duas Sicilias e outros, adoptaram a mesma prescripção franceza: o do Cantão de Vaud, art. 969, adoptou porém um anno, e outros têm estabelecido differentes prazos; mas nenhum

adoptou ainda um mais limitado que o Projecto; porque este em ultima analyse reduz o praso da prescripção só a tres mezes, tanto em um como em outro caso, visto que o de cinco annos é *inutil* e deve eliminar-se; porque nem antes do conhecimento do êrro, nem antes de cessar a violencia pôde correr a prescripção, por haver justo impedimento para intentar a acção — *Contra non volentem agere non currit praescriptio*. Votâmos portanto pela de cinco annos util, isto é, a contar desde o conhecimento do êrro, ou desde que cessou a violencia.

#### Artigo 796.

« Os direitos e obrigações resultantes dos contractos, podem ser transmittidos entre vivos, ou por morte; salvo se esses direitos e obrigações forem puramente pessoaes por sua natureza, effeito do contracto, ou disposição da Lei. »

A redacção do artigo não está boa, porque as expressões — *podem ser transmittidos entre vivos ou por morte*, com quanto exprimam uma ideia exacta; todavia, sem mais declaração, poderão induzir ao êrro de que se não forem *expressamente* transmittidos, não passarão *ipso jure* para os herdeiros; e certamente não pôde ser esta a mente do Projecto. Deve portanto a redacção ser reformada.

O Cod. da Austria redigiu melhor o pensamento no art. 918.º, que parece ter servido de fonte ao D.º

« *L'effet* (diz elle) *d'un contrat passe aux héritiers des parties, à moins que les droits et obligations qui en résultent ne reposent sur des capacités et des rapports purement personnels, ou que les héritiers n'aient été exceptés par le contrat, ou par la loi.* »

E o Cod. Civ. Fr., no art. 1122.º, redigiu da mesma maneira, pouco mais ou menos: — « *On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants-cause, à moins que le contraire ne soit exprimé, ou ne résulte de la nature de la convention.* » De resto, ninguém disputará aos contrahentes o direito de poderem declarar por acto entre vivos, ou *mortis causa*, para quem é vontade sua que passem esses direitos e obrigações; salvas as excepções do artigo do Projecto, que são as mesmas dos Codigos citados.

#### Artigo 835.º

« A prestação póde ser feita pelo proprio devedor, e seus representantes, ou por qualquer outra pessoa interessada, ou não interessada na prestação. Mas 'neste último caso, se o fizer sem o consentimento do devedor, não ficará este obrigado a cousa alguma para com a pessoa, que por elle tiver feito a prestação, excepto achando-se ausente, e se receber com isso manifesto proveito.

§. unico. O crédor não poderá comtudo ser constrangido a receber a prestação de um terceiro, havendo no contracto declaração expressa em contrário, ou se com isso fôr prejudicado.»

Determina o artigo, que pagando pelo devedor um terceiro desinteressado, o devedor não ficará para com este obrigado a cousa alguma, se o fez sem seu consentimento; e accrescenta — excepto achando-se ausente, e se receber com isso manifesto proveito.

Mas o principio estabelecido parece-nos injusto: elle contraria abertamente as sabidas maximas de direito — *iniquum est, damnosum cuique esse officium suum*: — *non debet quis lucrari ex alieno damno*, etc.; e nem o temos visto sancionado em Codigo algum. Pelo contrario o Codigo da Prussia, P. 1, tit. 16, art. 46, estabelece que em regra, um terceiro que paga pelo devedor, adquire os mesmos direitos que tinha o crédor, ainda que este lhe não faça expressa cedencia d'elles: « *Dans la règle, celui qui a payé acquiert en général et sans cession expresse, à l'égard du débiteur, les droits du créancier payé.* »

Mas quando offereça alguma dúvida a falta de consentimento do devedor, para se admittir a subrogação (que logo veremos nada importa, pela propria doutrina do Projecto); como é que se hade negar, sem manifesta injustiça, a esse terceiro o direito de usar pelo menos da acção *negotiorum gestorum*, quando mesmo não resultasse para o devedor outra vantagem, que a de ficar extincta a primeira divida? Que outro proveito manifesto além d'este, quererá o artigo que se verifique, para só então considerar obrigado o devedor para com o terceiro que por elle pagou? A extincção de hypothecas? A cessação de juros? Supponha-se porém que não houve ou-

tro, que o da extincção da divida, hade o devedor locupletar-se á custa alheia, só porque não auctorisou o pagamento? Desde a origem do mundo as Leis foram sempre estabelecidas para reprimir, e não para apoiar a injustiça dos homens —

*«Jura inventa metu injusti fiteare necesse est,*

*«Tempora si fastosque velis evolvere mundi.*

HORAT.

O principio estabelecido está mesmo em contradicção com o art. 874.º, n.º 2, aonde se diz: «que o que pagar pelo devedor sem seu consentimento, adquirirá os direitos do crédor, se este lh'os ceder, ou os subrogar 'nelle expressamente no acto do pagamento.» Logo, sendo isto assim, é claro que nada importa o consentimento do devedor, e que tudo depende da subrogação ou cedencia expressa do crédor; e se a necessidade d'essa subrogação expressa fôr eliminada, como um *romanismo*, virá a subrogação a depender só do facto da acceitação da divida pelo crédor; ao qual não poderá oppôr-se o devedor, se não houve declaração expressa em contrário; como diz o § unico do art. 835.º, de que nos occupámos. Por conseguinte a antinomia entre o art. 835.º e o art. 874.º, n.º 2, está manifesta; porque não é necessario por este o consentimento do devedor para ficar obrigado ao terceiro, que por elle pagou, como se diz no cit. art. 835.º

No § unico resolve o Projecto a questão—Se o crédor será, ou não obrigado a aceitar a divida ou prestação de qualquer terceiro, que se offereça a pagal-a em nome do devedor?

Esta questão tem sido resolvida diversamente nos diferentes Codigos: o da Austria nos artt. 1422.º e 1423.º diz, que o crédor não poderá ser constrangido, não intervindo consentimento do devedor; mas se voluntariamente a aceitar, o terceiro poderá exigir d'elle a cessão de seus direitos. O Cod. Civ. Fr., pelo contrário, decide no art. 1236.º, que mesmo sem consentimento do devedor, o crédor não poderá recusar-se a aceitar-a, quer o terceiro pague em seu nome, quer em nome do devedor, uma vez que renuncie ao direito de subrogação: excepto se a obrigação era *faciendi*, e o crédor tinha escolhido a capacidade especial do devedor, art. 1237.º

E Pothier no Tract. das Obrig. n.º 500, diz, que se o pagamento contiver alguma vantagem para o devedor, como v. gr., se fôr para impedir alguma execução contra elle, ou para fazer cessar juros, ou extinguir as hypothecas, o crédor poderá ser constrangido a aceitar-o; *aliter*, se não tiver outro effeito, que o de mudar de crédor, etc. Mas nas obrigações de fazer, segue a opinião que depois adoptou o Cod. Civ. Fr. no citado art. 1237.º, e que é tambem a resolução da L. 31, *D. de solut.*

Mas o Projecto decide, que elle não póde ser obrigado em dous casos: 1.º havendo no contracto declaração expressa em contrário, o que não póde admittir dúbida;



2.º se com isso fôr prejudicado. Mas como o crédor pôde dizer-se prejudicado, mesmo nos casos em que o pagamento seja vantajoso ao devedor, v. gr., por fazer cessar os juros, e não seja justo, que a sua pretensão prevaleça, em prejuizo do devedor; parecia-nos, que seria melhor substituir a 2.ª excepção pela do art. 1237.º do Cod. Fr. dizendo-se: 2.º *Se a obrigação era de fazer, e o crédor tinha escolhido a capacidade especial do devedor.*

#### Artigo 935.º

« O fiador que houver pago ao crédor, fica subrogado em todos os direitos, que o mesmo crédor tivesse contra o devedor.

§. unico. Mas se o fiador houver transigido com o crédor não poderá exigir do devedor, senão o que na realidade desembolçasse; excepto se o crédor lhe tiver feito doação do que pagasse em somenos da divida. »

Parece-nos que deverá eliminar-se esta última excepção; porque se o fiador, em virtude da transacção, desembolçou só parte da divida, e com essa quantia a extinguiu toda, com que direito ha de exigir depois do devedor a divida por inteiro? Ha de dizer, que não foi por transacção, mas sim por doação a elle feita, que o crédor se contentou com menos?

Então em que consistiu a transacção, se ella não trouxe abatimento á divida? Ou que teremos nós aqui: será transacção, doação, cessão, ou o que? Não sabe-

mos. Mas seja o que fôr, entendemos que o fiador nunca deverá ser admittido a exigir do devedor mais, que o que realmente tiver desembolçado, seja qual fôr o pretexto em que se funde, a fim de se não dar logar a fraudes. As Leis não devem franquear a porta ao dolo. — *Cautè híc procedendum, ne malitiæ aperiatur fenestra.*

### Artigo 1213.º

« Se o marido ou mulher tiver ao tempo do casamento pae, mãe, ou outros descendentes legitimos successíveis, e fôr algum vivo ao tempo da dissolução do matrimonio, não poderá a dicta doação ou deixa exceder o que montar a terça dos bens, que então possuir.»

Este artigo não está notado nas correcções, e todavia elle representa a imagem do cahos:

*Ar, e Pelago, e Terra estavam mixtos!*

BOCAGE.

Na redacção, na doutrina, todo elle, em uma palavra, precisa d'uma completa refórma.

Depois de dizer que — se o marido ou mulher não tiver ao tempo do casamento pae, mãe — acrescenta — ou outros... e parecendo que ia dizer ascendentes, diz comtudo *descendentes* legitimos successíveis; — com os quaes certamente não pôde concordar o pronome relativo *outros*.

Mas se foi erro de imprensa, como não pôde deixar

de ser, e depois de-pae e mãe se queria fallar, não de descendentes, mas sim dos outros ascendentes; então, além da troca das duas palavras, será necessario alterar a doutrina do artigo, e dizer — que se ao tempo do casamento o marido ou mulher tiver pae ou mãe, a doação ou deixa não poderá exceder a terça dos bens, que possuir ao tempo da dissolução do matrimonio; — e se forem outros ascendentes, não poderá exceder metade, nos termos do art. 1919.

Se porém o artigo quer fallar, não dos outros ascendentes, mas só dos descendentes legitimos, 'nesse caso dever-se-hão eliminar a palavra — *outros* — e a palavra — *successiveis*; — aquella pela razão já apontada, e esta porque os descendentes legitimos são todos successiveis; nem póde haver *dúvida* ácerca da exclusão de algum que se tiver tornado incapaz; e por conseguinte é *superflua* a expressão. Nem ella se costuma propriamente applicar senão aos illegitimos, que são chamados a succeder, para os distinguir dos que o não são.

E se o artigo finalmente quer comprehender tambem estes ultimos, então deverá dizer — *ou se tiver descendentes legitimos, ou illegitimos successiveis, etc.*

### Artigo 1215.º

As doações ante-nupciaes não poderão ser annulladas :  
..... 2.º Por superveniencia de filhos; etc.»

A revogação da doação por superveniencia de filhos

foi estabelecida, entre os Romanos, pelos imperadores Constantino e Constancio, cuja disposição constitue a L. 8, *Cod. de revoc. donat.*

Mas podendo os esposos, antes do matrimonio, fazer entre si, ou simples, ou reciprocamente doações para a vida e para a morte, L. de 17 d'Agosto de 1761, § 8, L. de 6 de Outubro de 1784, e Projecto actual: deverá ou não applicar-se tambem a essas doações a decisão da referida L. 8<sup>a</sup>?

O Projecto resolve negativamente, seguindo o exemplo do *Cod. Civ. Fr.*, que no art. 960, por excepção á regra geral, as declara irrevogaveis; e Rogron pretende justificar esta disposição com as razões seguintes: — 1.º porque se não póde presumir que o doador calculasse, que não viria a ter filhos, sendo a procreação um dos fins do matrimonio; e por consequente é de crer, que a sua vontade fôsse preferir a mulher aos filhos que d'ella viesse a ter, relativamente aos bens doados; — 2.º e porque será tambem indifferente aos filhos acharem depois esses bens, ou na herança do pae, ou na herança da mãe. E esta era já tambem a disposição do art. 39 da Ordenança de Luiz 15, de 7 de Fevereiro de 1731.

No entretanto os interpretes do direito romano, apesar das dúvidas que a principio se suscitaram, têm applicado a decisão da Lei de Constantino a todas as doações, sem distincção alguma. E Gothofred nas suas notas á citada Lei, entre as questões que resolve, apresenta

a seguinte, que decide tambem pela affirmativa, ainda mesmo quando se supponha que o doador calculava vir a ter filhos: — «*Quid si uxori, et ex ejus matrimonio pater liberos susceperit? Idem dicendum videtur, etiamsi in donatione verisimilem suscipiendorum liberorum habuerit opinionem.*»

A nossa Ord. L. 4, tit. 65 pr. comprehende tambem na regra geral, não só as doações entre conjuges, mas ainda as que estes fizeram um ao outro, antes de casar:

E taes doações não podem mesmo deixar de ficar revogadas, ainda antes de haver filhos, se os esposos casarem por carta de ametade, como diz a citada Ord.

«Se o marido (diz ella) fizer doação a sua mulher, ou a mulher a seu marido, depois de recebidos... poderá o doador revogar essa doação, quando quizer. E posto que a não revogue, se o que a fez, não tinha a esse tempo filho algum, e depois lhe veio a nascer de entre ambos, fica logo essa doação revogada per o nascimento do filho. E portanto a cousa doada se partirá por fallecimento de cada um d'elles entre os herdeiros do defuncto e o que vivo ficar. *E assim se fará, quando a doação fôsse feita antes que fossem casados, e depois por casamento fossem seus bens entre elles communicados, segundo costume do reino;* porque em estes casos e outros semelhantes será a cousa doada trazida á partição com os herdeiros do morto, assim como fôra, não sendo feita a tal doação.»

E o Projecto diz tambem no art. 1229, que se as

doações forem entre conjuges, posto que não sejam annullaveis pela superveniencia de filhos, podem todavia ser reduzidas por *inofficiosidade*. E 'nesse artigo o Projecto desviou-se do Cod. Civ. Fr., que, no art. 1096, applica ás doações, entre conjuges a mesma regra do art. 960, sem alteração alguma.

Mas já que o Projecto, a respeito d'estas, admite a redução por inofficiosidade, parece que a mesma regra deveria applicar tambem ás doações antenupciaes; porque a razão, a respeito d'umas, é a mesma que a respeito das outras — isto é — a offensa da legitima dos filhos.

Por esta falta de coherencia, votámos pela generalidade da Ord., e do direito romano.

#### Artigo 1217.º

«Se a doação fôr de parte ou da totalidade da herança, não poderá o doador revogar ou prejudicar a doação, dispondo dos bens doados por titulo gratuito.»

#### Artigo 1218.º

«O direito á doação mencionada no artigo antecedente, seja ou não reciproca, não é transmissivel aos herdeiros do donatario, fallecendo primeiro que o doador.»

Sendo, como se vê, por tal fórmula irrevogavel a doação, que o doador não pôde prejudical-a, dispondo dos bens doados por titulo gratuito, pergunta-se: — cadu-

cará ella por morte do donatario, ou conservará ainda a mesma natureza em poder do doador, a fim de por sua morte passar para os filhos, ou outros descendentes?

O art. 1093 do Cod. Civ. Fr., fonte do Projecto 'nesta parte, não é bem explicito, nem tambem o Projecto, e conviria tirar a dúvida, se a doutrina passar; porque caducando a doação, claro está, que o doador, sem embargo de existirem filhos de entre elle e o donatario, poderá dispôr livremente dos bens por acto entre vivos, ou ainda de ultima vontade, comprehendendo-os na sua terça; — mas não assim, se ella continúa a conservar a mesma natureza; porque então já não poderá dispôr d'elles por titulo *gratuito*.

E a declaração, que aqui se fizer, deverá repetir-se no § unico do art. 1228; porque os casos são analogos, e differem sómente, em que aqui falla-se das doações ante-nupciaes, e de *herdeiros* do donatario; e além, das doações entre casados, e de filhos communs.

Mas a palavra *herdeiros*, que aqui se emprega, deverá ser substituida pela palavra *filhos*; porque o Cod. Civ. Fr., fonte d'esta doutrina, em parte nenhuma se refere a outros herdeiros, que aos filhos do matrimonio — veja-se o citado art. 960, o art. 1093, etc.; e com razão, porque estas doações nunca se entendem feitas, senão em favor dos esposos, seus filhos e mais descendentes, e não póde haver 'nellas questão ácerca de *outros herdeiros* do doador, ou donatario.

### Artigo 1195.º

« Os immoveis dotaes são inalienaveis, excepto: —  
1.º Em caso de dote e estabelecimento dos filhos communs, consentindo ambos os conjuges;.... 7.º Por troca de outros bens de valor igual ou maior, ficando os dictos bens subrogados em logar dos alheados; etc.»

O Projecto a cada passo varia de opinião ácerca do mesmo assumpto, e d'est'arte apresenta ás vezes disposições tão encontradas, que não será facil dar-lhes uma conciliação razoavel.

Adiante no art. 1285, tanto quer beneficiar os filhos do primeiro matrimonio, que em seu favor estabelece doutrina nova entre nós; determinando que o pae ou mãe (seja qual fôr a sua idade), que passar a segundas nupcias, tendo já filhos ou outros descendentes de anterior matrimonio, não poderá communicar com o outro conjuge, nem doar-lhe, por qualquer titulo, mais que a terça parte dos bens que tiver ao tempo do casamento, ou venha a adquirir depois por doação, ou herança de seus ascendentes, ou de outros parentes; — disposição que aliás a Ord. L. 4, tit. 105, só applica á viuva quinquagenaria, que contráe segundo matrimonio.

E aqui o Projecto tão pouco interesse mostra por elles, que nem admitte, que os bens dotaes possam ser alienados para o seu estabelecimento, visto que só falla dos filhos communs.

A perfeição do systema d'um Codigo está porém não



só no bom arranjo e harmonia do todo; mas tambem na conformidade e congruencia de cada uma das partes d'esse todo. A *variedade* póde ser uma belleza na Poesia, na Musica; mas na Legislação será sempre um vicio: 'nesta tudo deve ser uniforme:

*Denique sit quodvis, simplex dumtaxat et unum.*

HORAT.

Para se não notar pois 'neste ponto essa falta de coherencia, parece-nos que deverá ampliar-se a excepção tambem a favor dos filhos do primeiro matrimonio. E é esta tambem a disposição do Cod. Civ. Fr., d'onde foi extrahido o artigo do Projecto, omittindo-se todavia esta, e outras mais circumstancias.

Diz esse Codigo: — «Art. 1555. *La femme peut, avec l'auctorisation de son mari, ou, sur son refus, avec permission de justice, donner ses biens dotaux pour l'établissement des enfants, qu'elle aurait d'un mariage antérieur; mais si elle n'est auctorisée que par justice, elle doit réserver la jouissance à son mari.*» — «Art. 1556. *Elle peut aussi, avec l'auctorisation de son mari, donner ses biens dotaux, pour l'établissement de leurs enfants communs.*»

Emquanto porém ao n.º 7.º do artigo, entendemos, que deverá accrescentar-se-lhe tambem a clausula, que se encontra na sua fonte, que julgámos ter sido o art. 1559 do referido Codigo.

Diz esse artigo, na mesma hypothese do Projecto: —  
«*Dans ce cas, l'immeubl e reçu en échange sera dotal; l'excédant du prix, s'il y en a, le sera aussi, et il en sera fait emploi comme tel au profit de la femme.*»

Sem esta declara o, o marido poderá consumir o preço da differença do valor, em prejuizo do dote da mulher.

#### Artigo 1188.º

«O dote estipulado   devido desde a celebra o do casamento, se outra cousa n o f r convencionada.»

Parecia-nos conveniente, que ou 'neste, ou em artigo   parte se consignasse a disposi o do art. 1548 do Cod. Civ. Fr., que diz: — «*Les intérêts de la dot courent de plein droit du jour du mariage contre ceux qui l'ont promise, encore qu'il y ait terme pour le paiement, s'il n'y a stipulation contraire.*» O mesmo diz tambem o art. 1440 do mesmo Codigo.

Esta excep o   regra geral, que não deixa correr juros antes da interpella o, julgamol-a bem entendida: 1.º porque deve presumir-se ter sido inten o das partes, que os interesses do dote começassem ao mesmo tempo, que os encargos do matrimonio, embora se estipulasse termo para   entrega d'aquelle; 2.º e porque d'esta sorte evitam-se tambem contesta oes desagradaveis entre os dotados e seus bemefeitores.

Todavia poderá estipular-se o contrário, se as partes assim o quizerem.

Julgâmos, que tambem não deverá omittir-se 'nesta secção a doutrina dos artt. 1552 e 1553 do mesmo Código, porque contém declarações importantes, que podem remover muitas dúvidas e questões. — Art. 1552. *«L'estimation donnée à l'immeuble constitué en dot n'en transporte point la propriété au mari, s'il n'y en a déclaration expresse.»*—Art. 1553. *«L'immeuble acquis des deniers dotaux n'est pas dotal, si la condition de l'emploi n'a été stipulée par le contrat de mariage. Il en est de même de l'immeuble donnée en paiement de la dot constituée en argent.»*

#### Artigo 1285.º

«O varão ou mulher, que contrair segundas nupcias, tendo filhos ou outros descendentes successiveis de anterior matrimonio, não poderá communicar com o outro conjuge, nem doar-lhe por qualquer titulo, mais que a terça parte dos bens que tiver ao tempo do casamento, ou venha a adquirir depois por doação ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes.»

#### Artigo 1289.º

«O varão ou mulher com filhos de anterior matrimonio, que casarem com pessoa, que os não tenha, entender-se-hão casados, não havendo convenção em contrario, segundo o costume do Reino; salvo o disposto 'nesta secção, que produzirá em todo o caso os seus effeitos.»

Não nos parece justa a disposição d'este último arti-

go, porque repugna com a razão, e com todas as regras da reciprocidade.

Para favorecer os interesses dos filhos ou outros descendentes do primeiro matrimonio, está mais que sufficientemente providenciado no art. 1285: e é quanto em seu beneficio poderia decretar-se em um Codigo, a não se prohibirem directamente as segundas nupcias, o que até hoje ainda nenhum legislador fez, nem poderia racionalmente fazer.

Accrescentar porém, que, não tendo o outro conjunge filhos, todos os seus bens se entenderão communicados, apesar d'este não poder com o outro communicar em mais que na terça, ou recebê-la a titulo de doação, é com effeito estabelecer em regra, uma sociedade de bens quasi-leonina.

É verdade que poderá convencionar-se o contrário, mas isso não diminue o odioso da regra.

O Cod. Civ. Fr. tambem diz, que aquelle, que tendo filhos d'um leito anterior, passar a segundas nupcias, não poderá doar ao outro conjuge mais, que um quarto dos seus bens; mas ahi só se tracta das doações antenupciaes ou entre conjuges, e não da communicação de bens, e nem uma só palavra se diz ácerca dos bens do outro conjuge.

E entre nós, no caso da Ord. L. 4, tit. 105, communmente se tem opinado e julgado, segundo as regras da reciprocidade, que os bens do que casa com a quinquagenaria se não communicam com ella, da mesma fórma

que os d'esta se não communicam com elle — Gama, Decis. 90. Phacb. Decis. 93, n. 10 e seguintes: — E que assim como a quinquagenaria não pôde deixar ao marido mais, que a terça dos dictos bens, tambem este lhe não pôde deixar a ella mais, que a terça dos seus. Cab. Decis. 114, n.º 3. — Gama, Decis. 320, n.º 4. — Borg. Carneiro, L. 1, tit. 17, §. 158, n.º 17, nota.

Porém claramente se vê, que esta opinião dos praxistas, e esses casos julgados a que se referem, têm sido fundados, mais nos principios da reciprocidade e da justiça, que na letra da Ord.; porque esta realmente não falla nos bens do casado com a quinquagenaria.

Mas tambem d'ahi se deduz, que ha seculos se acha reprovada no nosso sôro a doutrina do art. 1289 do Projecto; — e nós votámos tambem contra'ella.

#### Artigo 1381.º

«A procuração escripta e assignada pelo proprio mandante, será considerada como pública, sendo reconhecida por tabellião.

§. *unico*. «Considera-se feita pelo proprio punho, e que é escripta por secretario das pessoas, a quem a Lei o concede, sendo assignada pelo mandante.»

Tinhamos impugnado a excepção do § unico nos primeiros apontamentos, que fizemos para a revisão do Projecto; mas retirámos as nossas reflexões, depois que o seu sabio auctor deliberou eliminar o §.

### Artigo 1385.º

« O contracto de mandato póde ser constituido entre ausentes; mas sómente se realisa pela acceitação do mandatario, ou seja tácita ou expressa. »

A 2.ª parte d'este artigo deve passar para o art. 1375; porque a declaração de que o mandato constituido entre ausentes sómente se realisa pela acceitação do mandatario, ou seja tacita ou expressa, póde induzir ao êrro de fazer crer, que, sendo constituido entre presentes, ou não é necessaria a acceitação, ou que só deverá ser expressa; e tal não póde ser a mente do Projecto: — 1.º porque isto seria um contrasenso; 2.º e porque no art. 1375 exige-se geralmente a acceitação do mandatario, sem distincção entre presentes e ausentes, e entre acceitação expressa ou tacita: e portanto a regra vem a ser a mesma tanto em um, como em outro caso.

O Cod. Civ. Fr. tractando do mandato, diz no art. 1884: — « *Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire* » — e não distingue tambem entre presentes e ausentes; e no art. 1885 acrescenta: — « *L'acceptation du mandat peut n'être que tacite, et resuller de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire* » — sem tambem fazer distincção alguma.

### Artigo 1391.º

« As mulheres e os menores podem ser mandatarios, salvo o disposto no art. 1411; mas não terá o mandante

acção contra o menor, ou contra a mulher casada, senão segundo as regras geraes, que regulam a responsabilidade de seus actos.»

O artigo admite em geral os menores, mesmo antes da emancipação, a ser mandatarios, visto que no art. 1411, n.º 1.º só os exclue, antes d'ella, do mandato judicial.

Mas não nos parece admissivel similhante principio; porque, tendo os bens do mandatario de responder pelas perdas e damnos, que da má execução, ou excesso do mandato resultarem para o constituinte, ou para qualquer terceiro, com quem haja tractado, art. 1395, virá d'est'arte o menor a poder obrigar e comprometter seus bens, sem a competente auctorisação do Juiz, tutor, e conselho de familia; o que é um absurdo.

A fonte d'esta doutrina foi o art. 1990 do Cod. Civ. Fr.; mas ahí os menores não são admittidos ao mandato, antes de emancipados; diz o artigo: — « *Les femmes et les mineurs emancipés peuvent être choisis pour mandataires; mais le mandant n'a d'action contre le mandataire mineur que d'après les règles generales relatives aux obligations des mineurs; et contre la femme marié, et qui a acceptée le mandat sans auctorisation de son mari, que d'après les règles établies au titre du contrat de mariage et des droits respectifs des époux.* »

O Cod. Civ. Fr. declara porém que o mandante não terá acção contra o mandatario menor, senão conforme

as regras geraes, que regulam a responsabilidade de seus actos; porque, segundo o mesmo Codigo o menor, ainda depois de emancipado, fica sujeito até á maioridade a certas restricções legais (artt. 477 e seg.), e é em conformidade com ellas, que deve ser regulada a sua responsabilidade no mandato.

Mas o Projecto, como estabeleceu no art. 282, que o menor, depois da emancipação, fica habilitado para reger sua pessoa e bens, como se fôsse maior; entendeu que não podia apropriar a doutrina do art. 1990 do Cod. Civ. Fr. senão ao menor não emancipado, e assim o fez; — mas a applicação foi infeliz, porque contraria toda a doutrina do Projecto ácerca da incapacidade por minoridade. Veja-se todo o art. 220, sôbre as attribuições do conselho de familia; — e o art. 248, sôbre as do tutor. — Cautella: —

*Ne fortis seniles*

*Mudentur juveni partes, pueroque viriles,*

*Semper in adjunctis aevoque morabimur aptis.*

HORAT.

### Artigo 1397.º

« Se distrahir em proveito seu os dinheiros do seu constituinte, será responsavel pelos juros, se os não vencerem por outro titulo, desde que se achar constituido em mora.»

Este artigo é para nós inintelligivel. Diz-se ahi: — se



os dinheiros do constituinte não vencerem juros por outro titulo— e estas últimas palavras são, sem dúvida, relativas a algum titulo, de que no artigo se falle; mas nós, por mais que o procurámos, não o achámos: porque a distracção arbitraria dos dinheiros, feita pelo procurador em proveito seu, não póde certamente dizer-se titulo; — e para lh'os suppormos emprestados pelo constituinte, então não tem logar as expressões — *os distrahir em proveito seu*; — e tambem não póde admittir-se, que estando elles em poder do procurador, vençam juros de uma terceira pessoa, por cujo motivo podessem dispensar-se os juros do procurador.

Porém a obscuridade e má redacção sóbe ainda de ponto com a última clausula do artigo; porque, se os dinheiros foram distrahidos pelo procurador em proveito proprio, sem auctorisação, é desde o seu emprêgo, e não desde a mora, que devem correr os juros.

Nós julgámos melhor a redacção do artigo 1996 do Cod. Civ. Fr.; diz elle: — *«Le mandataire doit l'intérêt des sommes qu'il a employées à son usage, à dater de cet emploi, et de celles dont il est reliquataire, à compter du jour qu'il est mis en demeure.»* <sup>2</sup>

O Cod. Civ. Fr. quer portanto que o mandatario deva juros das sommas, que empregar em seu uso, a contar desde o emprêgo d'ellas; e do alcance das contas, a datar desde a mora.

E o nosso Codigo Commercial no art. 294, traduziu da maneira seguinte: — «O mandatario é devedor de

juros das sommas, que empregar em uso proprio, a datar do emprêgo; e das que tiver em seu poder, a contar do dia, em que estiver em mora.»

E qualquer d'estas redacções é mais clara, e indubitavelmente preferivel á do artigo do Projecto.

#### Artigo 1400.º

«O mandatario póde encarregar a outrem o cumprimento do mandato, se outra cousa não fôr estipulada; mas se estes poderes lhe não tiverem sido expressamente outhorgados, ou o forem sem designação de pessoa, responderá pelo substituido, sendo este notoriamente incapaz ou insolvente.»

#### Artigo 1401.º

«O mandatario substituido tem para com o mandante os mesmos direitos e obrigações, que o mandatario originario.»

O primeiro artigo confunde na 2.ª parte duas hypotheses distinctas, e resolve-as ambas da mesma maneira.

Os casos são os seguintes: — ou o procurador não recebeu poderes para substabelecer; ou os recebeu, sem designação de pessoa.

No primeiro caso: substabelecendo elle, deve responder pela culpa do substituido, *abstrahindo da sua incapacidade ou insolvencia*; e no segundo, só dada a hypo-

these de ser este notoriamente *insolvente* ou *incapaz*. Está é a verdadeira doutrina.

Mas o Projecto exige esta ultima circumstancia tambem no primeiro caso, para fazer *responsavel* o procurador, e d'esta maneira embrulha ambas as hypotheses, como se fossem semelhantes, o que nos não parece razoavel; porque na primeira é mais forte a responsabilidade do procurador, que na segunda; e por conseguinte não devia ahi exigir de mais a mais a circumstancia, que só póde fazel-o responsavel na segunda.

O art. 1994 do Cod. Civ. Fr., d'onde foi deduzida a doutrina, parece-nos mais bem concebido; diz elle: — «*Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion:*

1.º *Quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un;*

2.º *Quand ce pouvoir lui a été conféré sans designation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable.»*

E com esta doutrina concorda a L. 8, § 3, D. *Mandati*, e a L. 21, § 3, D. *de negot. gest.*

E feita esta importante distincção, relativamente á culpa e responsabilidade do procurador em caso de substituição, accrescenta o citado artigo do Cod. Fr. — que de resto será livre ao constituinte dirigir-se directamente contra o substabelecido, se assim o quizer; — clausula, que o Projecto traduziu, como se vê no art. 1401.

### Artigo 1460.º

«Se a empreitada fôr unicamente de mão d'obra, todo o risco será por conta do domno, excepto se houver mora ou culpa dos empreiteiros; ou, se, reconhecendo a má qualidade dos materiaes, não preveniram o dono da obra do risco, a que ficava exposta.»

No artigo depois da palavra — *mora* — acrescenta-se — *ou culpa*; — mas parecia-nos que a *culpa* deveria ficar pertencendo ao último periodo, dando-se para exemplo d'ella a *negligencia* dos empreiteiros de não prevenirem o dono da obra da má qualidade dos materiaes; porque, a não ser assim, que qualificação se ha de dar a esta última falta?

A de *culpa* não pôde ser pela redacção do artigo; e a ser a de *dolo*, então será necessario declarar-o; e 'nesse caso não bastará para os punir o simples risco da obra: é mister impôr-lhes maior pena.

Nem se diga, que *mora* e *culpa* são synonymos, porque pôde haver *mora* sem proceder de *culpa*; e nem os dous termos costumam confundir-se nos textos de direito.

A hypothese do artigo acha-se legislada, mas um pouco diversamente, nos artt. 1789 e 1790 do Cod. Civ. Fr. Diz-se ahi que se o obreiro unicamente fornecer o seu trabalho ou industria, e a cousa perecer, só responderá pela sua culpa; mas que no mesmo caso, se a cousa perecer sem culpa da sua parte antes de recebida a obra,

e sem que o dono esteja em mora, não terá salario algum a reclamar, salvo se a cousa perecesse por vicio da materia.

E 'nestes mesmos termos passou para o nosso Codigo Commercial, artt. 517 e 518; mas o Projecto desviou-se muito; e sem lhe contestar o seu direito, sómente fazemos aquelle reparo.

#### Artigo 1461.º

« O empreiteiro de mão d'obra e materiaes será responsavel, pelo espaço de cinco annos, pela segurança e solidez do edificio, tanto em razão dos materiaes, como do solo; excepto se houver prevenido em tempo o domno d'esta última circumstancia; ou se a obra fôr approvada por declaração de peritos.»

Em regra o empreiteiro, que ajusta obra segura, é responsavel não só pelos vicios que se manifestam logo no acto da revista, mas ainda pelos que vêm a conhecer-se ao depois.

A L. 8, *Cod. de operib. publ.* marcava quinze annos para a duração d'essa responsabilidade nas obras públicas, exceptuando sómente os casos fortuitos; e o auctor do Dig. Port. L. 3, art. 880, adoptou o mesmo praso em todas as obras sem distincção.

O Cod. Civ. Fr. artigo 1792, taxa porém dez annos; diz elle: — «*Si l'édifice construit à prix fait péricule en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architecte et entrepreneur en sont*

*responsables pendant dix ans.*» E o Cod. da Pruss. tit. 11, art. 968, marca tres sómente.

No entretanto o Projecto estabelece cinco; mas nas excepções que acrescenta, destróe logo a regra completamente; porque em quanto ao solo, faz cessar a responsabilidade do empreiteiro, uma vez que este previna em tempo o domno da obra de que o terreno é pouco solido, ou tem algum vicio, que poderá de futuro prejudicar a obra; — o que empreiteiro nenhum deixará de fazer por cautela, para não ficar prêso por esse lado. — *Caute híc procedendum ne malitiae aperiatur fenestra!*

E emquanto aos materiaes e vicios da construcção, diz que acaba tambem a sua responsabilidade, logo que a obra seja revista e approvada por declaração de peritos; como se a má qualidade de certos materiaes, e todos os vicios occultos da construcção podessem conhecer-se logo que a obra sáe das mãos dos operarios!

A ser assim, legislador nenhum se teria lembrado de marcar um espaço posterior, para dentro d'elle o empreiteiro responder pela segurança da obra: e o Projecto mesmo, em o estabelecer, cáe em manifesta contradicção; porque obra nenhuma feita por empreitada, é paga sem primeiro ser revista e approvada pelo domno, mediante a declaração de peritos; e depois d'esse acto cessou a responsabilidade do empreiteiro, pela clausula final do artigo.

É sorte de quasi todas as regras do Projecto serem logo estranguladas pelas excepções!

Artigo 1462.º

« Não sendo convencionado o praso, em que a obra deva ser concluída, entender-se-ha o que razoavelmente fôr necessario para esse fim.»

Propômos, que se acrescente ao artigo — *e a requerimento do dono lhe poderá ser taxado pelo juiz, com o parecer de peritos.* — Dig. Port. L. 3, art. 881. L. 51, in *fn. D. Locati.*

Artigo 1463.º

« O empreiteiro que não dêr a obra feita no devido tempo, será responsavel por perdas e danos.»

Parecia-nos, que tambem deveria addicionar-se a este artigo — *que não cuidando d'ella no devido tempo, o dono poderá requerer, que a obra seja encarregada a outro mestre, á custa do empreiteiro.* — *Cit. Dig. art. 882. Pothier, Tr. des oblig., p. 1, cap. 2, n. 157. Valasc. de jur. emphyt. quest. 14, n.º 11.*

Artigo 1464.º

« O empreiteiro, que se encarregar de executar certo risco, plano, ou quaesquer apontamentos, por preço determinado, não terá direito a exigir mais cousa alguma, ainda que o preço dos materiaes ou dos jornaes augmente.»

*Hoc servabitur, quod initio convenit: legem enim contractus dedit.*

L. 23, D. de Reg. Jur.

Parece-nos muito limitada a disposição d'este artigo, e que conviria adicionar-lhe a doutrina do art. 1793 do Cod. Civ. Fr., a qual, posto se ache já transcripta no art. 520 do Codigo Commercial, mais bem collocada ficará 'neste logar do Codigo Civil.

Diz o referido artigo: — «*Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction á for-fait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation du prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'oeuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur ce plan, si les changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire.*»

Com esta providencia quiz o legislador francez obstar ao abuso, com que muitas vezes os empreiteiros, pretextando mudanças ou addições necessarias ao plano da construcção, augmentavam as despesas convencionadas, obrigando os donos das obras a maiores sacrificios, que aquellas com que contavam.

Depois d'esta disposição, porém, o abuso cessou; porque taes mudanças ou augmentos não poderam mais ter logar, não se achando auctorizados por escripto; salvo em caso de absoluta necessidade, por auctoridade de justiça, recusando-se o proprietario sem razão.

Junctando-se pois á doutrina d'este artigo a especie do artigo do Projecto, ficará uma disposição completa;



sem que ao depois seja necessario recorrer-se ao Codigo Commercial, a respeito de parte d'ella.

Artigo 1466.º

« E se o empreiteiro fallecer, poderá o contracto ser rescindido; mas deverá o dono da obra indemnizar os seus herdeiros do trabalho e despesas feitas.

§ *unico*. «A mesma disposição terá logar, se o empreiteiro não poder ultimar a obra por impedimento independente de sua vontade.»

O Projecto não declara dissolvido o contracto de empreitada pela morte do empreiteiro; mas, admittindo que póde ser rescindido, não diz todavia se a rescisão poderá ser requerida por qualquer das partes, ou se tão sómente pelo dono da obra (posto que a respeito d'este não haja dúvida, á vista do artigo antecedente); — nem tambem diz em que circumstancias o contracto deverá continuar, ou poderá ser rescindido.

Por direito romano, se a obra exigia o saber de um mestre não vulgar, o contracto dissolvia-se, arg. da L. 31, D. *de solut.* Mas se era tal, que qualquer mestre ordinario a podesse acabar, os direitos e obrigações resultantes do contracto, passavam para os herdeiros do empreiteiro. — L. 13, *Cod. de contrah. et comitt. stipul.*

O Cod. da Austria parece seguir tambem, que o contracto não acaba, excepto se se tiveram em vista as qualidades pessoaes do empreiteiro; porque diz no art. 1162:

— «*Dans le cas où l'on a commandé un ouvrage à une personne en raison des ses qualités personnelles, le contrat est résilié par la mort de cette personne.*»

Mas será 'neste caso sómente que os herdeiros do empreiteiro poderão reclamar a rescisão: ou haverá ainda outras razões especiaes, que possam aproveitar-lhes para esse fim? O Projecto devia dizel-o, e ser mais explícito.

O Cod. Civ. Fr. decidiu porém de outro modo; diz elle: — Art. 1795. «*Le contrat de louage d'ouvrage est dissous par la mort de l'ouvrier, de l'architecte ou entrepreneur.*» — Art. 1796. «*Mais le propriétaire est tenu de payer en proportion du prix porté par la convention, à leur succession, la valeur des ouvrages faits et celle des matériaux préparés, lors seulement que ces travaux et matériaux peuvent lui être utiles.*»

E esta doutrina foi litteralmente abraçada pelo nosso Codigo Commercial, que diz no art. 522: — «O contracto de locação de obra dissolve-se pela morte do operario, empresario ou empreiteiro. O proprietario porém é obrigado a pagar a seus herdeiros e successores, á proporção do preço estipulado na convenção, o valor da obra já feita, e materiaes aparelhados, no caso sómente que taes obras e materiaes lhe possam ser uteis.»

Qual das duas legislações porém será a melhor?

Nós votámos pela do Cod. Civ. Fr., quer consideremos o negocio em relação ao dono da obra, quer em relação dos herdeiros do empreiteiro.

Emquanto ao primeiro, porque 'nestes contractos já-mais deixa de attender-se ás qualidades e capacidade pessoal do empreiteiro, e a certa confiança que 'nelle se deposita; circumstancias que podem não encontrar-se em seus herdeiros.

E emquanto a estes, porque, tendo de assalariar um mestre para continuar a obra, não tirarão d'ella certamente as vantagens, com que contava o empreiteiro executando-a elle mesmo.

Entendemos pois que o melhor será considerar o contracto dissolvido, e as partes que façam depois o que lhes convier; ou confirmando o antigo, se quizerem; ou fazendo outro com novas clausulas e garantias; ou ajustando-se finalmente o dono com novo empreiteiro, e indemnizando os herdeiros do primeiro.

E d'est'arte escusar-se-ha tambem a emenda do Codigo Commercial 'nesta parte; — excepto em quanto á ultima clausula, que diz — *no caso sómenté que taes obras e materiaes lhe possam ser uteis* — a qual julgâmos deverá eliminar-se; porque se o que está feito e apparelhado, é na conformidade do plano convindo, será uma injustiça não o pagar aos herdeiros do empreiteiro, embora o dono da obra mude ao depois de plano.

#### Artigo 1495.º

« Podem depositar todos os que podem contractar; salvas as seguintes declarações:

1.º A incapacidade d'um dos estipulantes não exime

o outro das obrigações, a que os depositarios estão sujeitos;

2.º O incapaz que aceitar o deposito, pôde, sendo acionado por perdas e danos, defender-se com a nullidade do contracto, mas não prevalecer-se de sua incapacidade para subtrahir-se á restituição da cousa depositada, achando-se ainda em seu poder, ou a repôr o proveito, que recebesse da sua alienação;

3.º E se o incapaz não fôr destituído de sufficiente intelligencia, poderá ser condemnado em perdas e danos, se houver procedido com dólo e má fé.»

Esta doutrina parece-nos um pouco confusa: o n.º 1.º pugna com o n.º 2.º, e o 3.º apresenta uma especie, para nós indefinivel, qual é a de uma *semi-incapacidade*, que não podêmos comprehender.

O Cod. Civ. Fr., d'onde julgâmos ter sido deduzida a doutrina, está 'nesta parte mais bem concebido; diz elle: — Art. 1925. «*Le dépôt volontaire ne peut avoir lieu qu'entre personnes capables de contracter.*

*Néanmoins, si une personne capable de contracter accepte le dépôt fait par une personne incapable, elle est tenue de toutes les obligations d'un véritable depositaire; elle peut être poursuivie par le tuteur ou administrateur de la personne qui a fait le dépôt.*» — Art. 1926. «*Si le dépôt a été fait par une personne capable à une personne qui ne l'est pas, la personne qui a fait le dépôt n'a que l'action en revendication de la chose déposée, tant*

*qu'elle existe dans la main du dépositaire, ou une action en restitution, jusqu'à concurrence de ce qui a tourné au profit de ce dernier.»*

Parecia-nos portanto que o artigo, ou deveria ser redigido nos proprios termos da sua fonte, que nenhuma difficuldade offerecem; ou aliás da maneira seguinte:

*«Podem depositar todos os que podem contractar, salvas as seguintes declarações:*

*1.º Ainda que o depositante seja pessoa incapaz de contractar, o depositario que da mão d'elle recebeu uma cousa em guarda, é responsavel pelas obrigações de um fiel depositario.*

*2.º Pelo contrário, o depositario incapaz de contractar, póde ser obrigado a restituir o deposito, se existe em seu poder; mas se não existe, só póde ser demandado por aquillo, com que se tiver locupletado.»*

Veja-se o Dig. Port. L. 3, artt. 678 e 679, e Sr. Rocha *Instit. de Dir. Civ.*, § 784.

#### Artigo 1499.º

*«Se as cousas depositadas forem entregues cerradas, e selladas, deverá o depositario restituil-as no mesmo estado.»*

#### Artigo 1500.º

*«Se o depositario devassar o deposito, feito na fôrma sobredicta, ficará obrigado a repôr o conteúdo pelo juramento do depositante; salvo se o devassamento não procedesse de culpa sua.»*

A disposição d'este último artigo é perigosa: a infidelidade do depositario pôde facilmente despertar no depositante, se este não tiver um genio soffredor, a irritação e o desejo da vingança: diz Juvenal, Satyra 13.<sup>o</sup>:

*Tu, quamvis levium, minimam exiguamque malorum  
Particulam vix ferre potes, spumantibus ardens  
Visceribus, sacrum tibi quod non reddat amicus  
Depositum!*

E o homem apaixonado mal poderá dizer a verdade!

Parece-nos portanto, que depois das palavras — *pelo juramento do depositante* — deverão accrescentar-se as seguintes: — *se o valor pedido fór razoavel, segundo a sua condição, fortuna, e mais circumstancias.*

Foi esta tambem uma das cautelas, que empregou o Codigo da Austria no art. 966, que serviu de fonte ao Projecto 'nesta parte, e a qual se omittiu, não sabemos por que; diz elle: — «*Si la chose confiée à la garde de quelqu'un a été scellée ou fermée, et si le sceau ou la serrure a été brisé par le fait du depositaire, le propriétaire sera admis à prêter serment pour en constater la valeur, si d'ailleurs la valeur qu'il demande est raisonnable d'après sa condition, sa profession, sa fortune et les circonstances, à moins que le depositaire n'établisse que l'effraction ou le bris a eu lieu sans sa faute. Il en est de même du cas où toutes les choses ainsi déposées auraient été perdues.*»

Artigo 1502.º

« A restituição deve ser feita ao depositante, ou a quem o representar. »

Muito bella é, sem dúvida, a regra de Horacio :

*Quidquid praecipies, esto brevis, ut citò dicta  
Percipiant animi dociles, teneantque fideles.*

Assim porém d'ella se não abusasse muitas vezes, cahindo-se na obscuridade!

Parece-nos que o Projecto quiz aqui dizer em duas palavras o que em muitas expoz o Cod. Civ. Fr. no art. 1940: — *« Si la personne (diz este), qui a fait le dépôt a changé d'état; par exemple, si la femme libre au moment où le dépôt a été fait, s'est mariée depuis et se trouve en puissance de mari; si le majeur déposant se trouve frappé d'interdiction; dans tous ces cas et autres de même nature, le dépôt ne peut être restitué qu'à celui qui a l'administration des droits et des biens du déposant. »*

Eis aqui o commentario do artigo do Projecto; mas, para elle não precisar de commentarios, parece-nos que bastaria redigil-o da maneira seguinte :

*« A restituição deve ser feita ao depositante; mas se este perdeu a faculdade de administrar seus bens, ou a qualidade de poder receber o deposito, será feita a quem o representar. »*

Artigo 1503.º

«Se o depositario vier no conhecimento de que a cousa depositada é roubada, deverá prevenir o dono, sabendo quem seja, e, não o sabendo, o Ministerio Público. E se d'ahi a oito dias não fôr reclamado, ou embargado judicialmente, poderá entregar a cousa depositada ao depositante, sem que porisso fique sujeito a responsabilidade alguma.»

*Grave est fidem fallere.*

*L. 1. D. de pecun. const.*

Parece-nos um pouco exagerada a disposição d'este artigo. O deposito é um negocio de confiança e boa fé, e já pouco se compadece com a natureza de tal contracto relevar de culpa o depositario, quando entrega a cousa ao dono, e não ao depositante.

Porém obrigar-o a denunciar o deposito a justiça, quando mesmo não saiba a quem pertence, é em nossa opinião querer acabar com esta relação juridica entre os cidadãos; porque ninguem ousará mais confiar a guarda de suas cousas a um terceiro, pelo receio de ser atraído e envolvido em um processo *crime*, pela *simplex delação*, de que a cousa depositada é um roubo.

Nem nos tranquilisa a clausula — *se o depositario vier no conhecimento de que a cousa é roubada* — porque o abuso será facil, uma vez que para a denúncia se não exige a declaração de quem é o dono!

O legislador deve reprimir, e não promover a desmo-



ralisação, e falta de boa fé; porque sem moral e costumes, acabou o imperio das leis!

*Quid leges sine moribus  
Vanæ proficiunt?*

O direito romano, na L. 31, §. 1, D. *depositi*, e o Cod. Civ. Fr. no art. 1938, apenas auctorisam a denúncia ao domno, se o depositario verdadeiramente sabe quem é; — e não vindo elle reclamar a cousa dentro do espaço determinado na intimação, mandam entregal-a ao depositante.

Diz o citado art. 1938: — *«Il ne peut pas exiger de celui qui a fait le dépôt, la preuve qu'il était propriétaire de la chose déposée.»*

*Néanmoins, s'il decouvre que la chose a été volée, et quel en est le véritable propriétaire, il doit dénoncer à celui-ci le dépôt qui lui a été fait, avec sommation de le réclamer dans un délai déterminé et suffisant. Si celui au quel la dénonciation a été faite, néglige de réclamer le dépôt, le depositaire est valablement déchargé par la tradition qu'il en a faite à celui duquel il l'a reçu.»*

O Dig. Port. L. 3, art. 690, seguiu esta mesma doutrina, e parece-nos na verdade que é quanto basta.

# PARTE II

## LIVRO II. TITULO II.

III

### CAPITULO V.

#### *Das doações.*

*Nec ignorans, nec invitus quisquam donat.*

L. 10, Cod. de donat.

Compõe-se este capítulo de tres secções, comprehendendo todas tres os artigos, que decorrem de 1512 a 1568; mas em nenhum d'elles se falla da necessidade da *Insinuação* para as doações de maior quantia; e este silencio faz crer, que pelo Código ficam revogadas a Ord. L. 4, tit. 62, e a Lei de 25 de Janeiro de 1775, as quaes, juncto o Alv. de 16 de Setembro de 1814, determinam, que todas as doações que excederem o valor de 360\$000 rs. sendo feitas por varão, ou o de 180\$000 rs. sendo feitas por mulher, deverão ser *insinuadas*, sob

pena de nullidade no excedente d'estas quantias; salvas as doações Regias, e as remuneratorias, feitas em favor de pessoas da mesma familia.

E a *Insinuação* entre nós, como se vê da citada Ord., é a confirmação da doação por Auctoridade pública, precedendo averiguação sôbre a espontaneidade do doador.

Esta formalidade foi estabelecida pelo direito romano, d'onde passou para as Nações modernas; e dizem geralmente os interpretes, que o fim principal d'ella foi dar ao doador tempo para reflectir e poder *reconsiderar* o negocio (como modernamente se diz), e de obstar por este modo á precipitação, e aos abusos e conluios, com que poderia ter sido illudida a sua boa fé.

Bastará citar Muller, ad Struv. *Exerc.* 40, *thes.* 10, *not.* 3; diz elle: — «*Rationem hujus Insinuationis triplicem fuisse: — 1.º ut inter donationem et ejus insinuationem possit deliberare donans, an sibi expediat donationem perficere, necnè; — 2.º ut iteratio actûs (quae fit per insinuationem) ostendat, atque declaret perseverantiam mentis ipsius donatoris, sicut dicitur de actu geminato; — 3.º ut tollatur omnis suspicio fraudis, falsisque occurratur probationum modis.*»

E' nestas mesmas ideias concordam os outros.

Com elles coincide Portug. de Donat. L. 1, cap. 3, n. 30, dizendo que pela *Insinuação* — «*Consultum fuit utilitati donantis, ut ex praesentia judicis, coram quo Insinuatio erat facienda, donans benè adverteret ad donationis actum perficiendum: quandoque enim evenit, ut*

*donationes imprudenter, et extra deliberationem voluntatis fiant; et in prodigalitatem ex importunis, et callidis suasionibus donatariorum ruant.»*

E alguns dos referidos interpretes dizem mesmo, que na *Insinuação* vae envolvido o favor da causa pública — *nè civibus egenis oneretur Respublica, quod fieri posset, si homines aut fraude decipi, aut temerè, et sine circumspectione magnas opes profunderent.»*

Stryk. vol. 2.º, Disp. 12, cap. 2, n.º 22, e com elle o nosso Cald. *Cons.* 19, e outros.

E estas, com effeito, parecem ser as razões por que a referida Ord. L. 4, tit. 62, manda que a *Insinuação* se faça, tirando-se inquirição, em que primeiramente seja perguntado o doador — se fez a doação por induzimento, arte, engano, medo, prisão, ou outro algum conluio; e se é contente, que a doação por elle feita, seja pelo Rei confirmada e approvada: e que outro sim deverão ser perguntados alguns seus vizinhos, que tenham razão de saber, como a doação foi feita, etc.

Veja-se Lobão, *Fasc. de Diss.* tom. 1, *Dissert.* 3, § 4 e seg.

E suppostas estas razões, e por conseguinte a conveniencia da disposição, parecia-nos que não deveria ser omittida no Codigo.

É verdade que o Cod. Civ. Fr. no art. 939, só determinou, que se transcrevessem no Registro das hypothecas as doações, cujos bens fossem susceptiveis d'esse encargo, e omittiu a necessidade da antiga *Insinuação*: —

mas é porque o fim d'esta no systema da Legislação Fran-  
ceza, como se deprehe de da Ordenança de Francisco I,  
de 1539, e da de Luiz 15, de 1731, era sómente esta-  
belecer a publicidade das doações, e prevenir as fraudes  
dos doadores; e portanto ficou supprida pelo meio *ana-*  
*logo* da transcripção no Registro.

Mas entre nós, que a *Insinuação*, desde os principios  
da Monarchia, como o indica a Ord. Affons. L. 4, tit.  
68, tem tido sempre por fim, não a publicidade do acto,  
mas sim a protecção da liberdade e independencia do  
doador, e por conseguinte a verificação da sua esponta-  
neidade, e a *reconsideração* do negocio, se a julgar con-  
veniente; — parece-nos, que este fim não ficará preen-  
chido com a disposição do Projecto nos artigos 1841 e  
1842, n.º 2.º, aonde tambem se decreta a transcripção  
no Registro, se os bens doados forem immoveis, ou fo-  
rem direitos que tenham a mesma natureza.

Votámos portanto pela conservação da *Insinuação*; por-  
que entendemos, que pelos meios ordinarios nem sempre  
será possivel supplantar o conluio, o engano ou a vio-  
lencia, que intervierem nas doações, como parece acre-  
ditar o illustrado Redactor do Projecto no seu livro —  
*Phylosophia do direito de propriedade* — a pag. 302.

#### Artigo 1522.º

«É nulla a doação, que comprehender a totalidade dos  
bens do doador, sem reserva de usufructo, ou de fórma  
que deixe o doador sem meios de subsistencia.»

Artigo 1523.º

«Se o doador fizer doação de todos os seus bens moveis e immoveis, entender-se-hão comprehendidos os direitos e acções.»

- Estes dois artigos parecem-nos antinomicos: declarando o primeiro, que é nulla a doação, que comprehender a totalidade dos bens do doador, de fórma que fique sem meios de subsistencia; mal caberia, a nosso vêr, dizer-se no segundo, que, doados todos os moveis e immoveis, se entenderão comprehendidos os direitos e acções.

Estes *direitos e acções* não podem deixar de ser aquelles, que na phrase da Lei de 20 de Junho de 1774, artt. 17 e 27, constituem uma 3.ª *especie* de bens; porque seria superfluo fallar dos relativos aos bens doados. E sendo assim, claro está, que se acham em conflicto os dois artigos: em um quer-se uma cousa, em outro quer-se o contrário: em um deve o doador ficar com meios de subsistencia; em outro, sem cousa alguma!

Para salvar a antinomia, lembra-nos só subentender no 2.º a reserva do usufructo, de que se falla no antecedente; porém a *ellipsis*, na verdade, ficará violenta; e, se tal é a mente do Projecto, melhor seria repetir a clausula no 2.º, ou pelo menos fazer referencia a ella. Mas ainda que pelo auxilio da *ellipsis* possam conciliar-se, entendemos, comtudo, que seria melhor deixar salvos ao doador os *direitos e acções*.

Resta porém notar ainda outra repugnancia entre o art. 1523 e a 1.<sup>a</sup> regra de interpretação do art. 779: e essa é que nós não sabemos resolver.

Diz essa regra: — «*Se o contracto fór gratuito, resolver-se-ha a dúvida pela menor transmissão de direitos e interesses.*» Ora, á vista d'este principio, como quer o Projecto no art. 1523, que, doados todos os bens moveis e immoveis, sem se fallar de direitos e acções, se devam estes, em caso de dúvida, entender comprehendidos na doação?

Parece-nos pois que o melhor será eliminar o art. 1523, e deixar em vigor a regra do art. 779, que, na opinião de todos os Jurisconsultos e interpretes, é reputada verdadeira: para prova bastará citar dois ou tres.

Diz Voët, *ad Pand. L. 39, Tit. 5, n.º 10.* — «*Planè, siquis nominatim donet sua mobilia et immobilia, magis est, ut neque actiones, neque alia jura incorporalia intelligantur donata esse; cùm mobilium et immobilium denominatio in sensu proprio tantum ad corporalia relationem habeat, L. 7, § 4, D. de peculio, L. 15, § 2, D. de re judicat. L. 1, Cod. de praetor. pign.; ad incorporalia verò non nisi impropriè et metaphoricè transferatur; donatio vero strictam recipiat interpretationem.*»

E no mesmo sentido resolve a outra questão — Se doados todos os bens, devem ou não entender-se comprehendidos os futuros?

«*Et facta simpliciter omnium bonorum donatione (diz elle) absque mentione futurorum, praesentia tantum, non*

*item futura, intelligi donata, verius est; tum quia in dubio pro donationibus haud praesumendum est: tum quia donatio stricti juris est, et ob id strictiorem recipere debet interpretationem, ut quam minimè gravetur donans, arg. L. 22, D. de donat. L. 99, D. de verb. oblig.: tum denique, quia etiam in legatis ea fuit adhibita interpretatio, ut in dubio praesentia sola, non futura, comprehenduntur. L. 7, D. de aur. arg. etc. legatis.»*

Portugal, de Donat. L. 1, Praelud. 2, § 7, n.º 70, diz: — «Si donatio tantum facta fuerit de bonis mobilibus, et immobilibus, etiamsi dictum sit de praesentibus et futuris, valebit praedicta donatio; ex ea ratione, quia bonorum mobilium et immobilium appellatione non continentur jura et actiones, quae tertiam de per se constituunt bonorum speciem, ut colligitur ex Leg. 15, § 2, D. de re judicat.»

Correia Telles—Dig. Port., L. 3, art. 91 e seg. diz: — «Se o doador, que doou todos os seus bens *moveis e immoveis*, não declarou que doava também os *direitos e acções*, e os bens *futuros*, nem uns nem outros se entendem doados; porque as doações costumam ser interpretadas *strictamente*, e de modo que menos gravem o doador, arg. da L. 99, D. de verb. obligat.

«O doador (continúa elle) que dôa todos os bens, sem reserva, com a qual honestamente possa viver, deve reputar-se *prodigo*, e a doação nulla, Ord. L. 4, tit. 70, § 3. Lob. *Obrig. recipr.* § 317, not. e § 389; mas pa-

..



rece reserva razoavel a que o doador faça do usufructo dos bens doados, durante a sua vida.»

E nas mesmas ideias concordam os outros nossos Jurisconsultos, tanto antigos como modernos, contando-se entre estes, além do auctor do Dig. Port., o Sr. Mello Fr., L. 3, tit. 7, § 10; Lobão, *Obrig. recipr.* § 384 e seg.; e o Sr. Coelho da Rocha, *Inst. de Dir. Civil*, que diz no § 743:— «Os bens *futuros*, assim como os *direitos e acções* não se entendem doados, se d'elles se não fez expressa declaração.»

O art. 1523 do Projecto, é portanto rejeitado pelos textos de direito e opinião commum dos DD.

#### Artigo 1570.º

«O empréstimo diz-se *commodato* se versar sôbre cousa, que deva ser restituída na mesma especie; e *mutuo* se versar sôbre cousa, que deva ser restituída por outra do mesmo genero, qualidade e quantidade.»

*Omnis definitio in jure civili periculosa.*

L. 204, D. *de Reg. Jur.*

Nas Leis romanas a palavra *genus* empregava-se para significar o que nas sciencias se chama *especie*, v. g. um livro, um escravo: e pela palavra *species*, designava-se uma cousa individualmente determinada, v. g. o escravo João: e quando o genero era determinado por numero,

chamava-se *quantitas*, v. g., dez alqueires de trigo. L. 54, pr. D. de *verb. oblig.*, e L. 3, § 21, D. de *acquir. poss.*

E assim, se a cousa era considerada *in genere*, podia ser substituída por outra da mesma qualidade e quantidade (*in eadem qualitate, et quantitate*): e se era considerada *in specie*, devia ser restituída a *mesma* individualmente, e não se admittia a substituição, ou o equivalente.

Por conseguinte, no commodato as cousas eram sempre consideradas *in specie*, e no mutuo *in genere*. E é 'neste sentido ainda que na Ord. L. 4, tit. 50 pr. se emprega a palavra *genero*, e no tit. 53, § 1, a palavra *especie*. Porém, modernamente tem-se nas Leis alterado algumas vezes esta fórmula de expressão, e seguido a das sciencias.

Mas o Projecto diz, que se o emprestimo versar sobre cousa que deva ser restituída na *mesma especie*, teremos *commodato*; e esta expressão não nos parece exacta, porque, devendo 'neste contracto restituir-se a *propria* cousa, não póde pagar-se com outra equivalente, ou da mesma especie.

E para se vêr, que isto é exacto, bastará confrontar a differença que entre mutuo, e commodato faz o Cod. Civ. Fr., e fazem todos os outros Codigos.

Diz aquelle no art. 1875:—«*Le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi.*»

E no art. 1892 — «*Le prêt de consommation est un*

*contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui rendre autant de même espèce et qualité.»*

O Cod. da Baviera diz tambem:—«*Dans le prêt proprement dit (commodatum), on doit rendre la chose même qu'on a reçu à titre gratuit pour en faire usage.»*

O da Austria, fallando do mesmo contracto, diz egualmente no art. 972—«*L'emprunteur peut en faire l'usage ordinaire; il doit restituer la même chose à l'expiration du terme.»*

E a assim todos os mais Codigos,

#### Artigo 1573.º

«O commodatario é obrigado a restituir a cousa emprestada, findo o praso convencionado.»

#### Artigo 1574.º

«Se o praso do emprestimo não fôr declarado, entender-se-ha o tempo indispensavel para o uso concedido.»

#### Artigo 1575.º

«E se o uso ou fim do emprestimo não foi determinado, poderá o commodante exigir a cousa, quando lhe aprover.

§ unico. Toda a contestação a este respeito será resolvida segundo a declaração do commodante.»

*Generali lege decernimus, neminem sibi esse  
judicem, vel jus sibi dicere debere: In re  
enim propria iniquum admodum est, alicui  
licentiam tribuere sententiae.*

*L. un. Cod. nequis in sua causa judicet, etc.*

A doutrina d'estes artigos parece ter sido extrahida do Código da Austria; diz elle:

Art. 972. — «*L'emprunteur peut en faire l'usage ordinaire; il doit restituer la même chose à l'expiration du terme.*»

Art. 973. — «*Si le terme de la restitution n'a pas été fixé, mais que l'usage ait été déterminé, il y a lieu de se servir de la chose immédiatement et de la rendre sans délai.*»

Art. 974. — «*Lorsque ni la durée, ni le but de l'usage n'ont été déterminés, il ne se forme qu'un prêt précaire, le prêteur peut alors redemander la chose prêtée à sa volonté.*»

Art. 975. — «*En cas de contestation sur la durée du prêt, c'est à l'emprunteur à établir son droit.*»

Mas o Projecto, adoptando a doutrina d'estes artigos, rejeitou (como veremos mais adiante) a do art. 976; e nós rejeitámos a do art. 975, que manda como se vê, que toda a contestação ácerca do fim ou termo do emprestimo (e que o Projecto amplia mesmo, a respeito do uso), seja resolvida, segundo a declaração do commodante; porque d'esta sorte virá este a ser, na questão, juiz e parte ao mesmo tempo.

Parece-nos melhor a doutrina do Cod. Civ. Fr., que determina, que o juiz livremente resolva a contenda.

Diz elle: — Art. 1888. — *«Le prêteur ne peut retirer la chose qu'après le terme convenu, ou, à défaut de convention, qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée.»*

Art. 1889. — *«Neanmoins, si pendant ce delai, ou avant que le besoin de l'emprunteur ait cessé, il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose, le juge peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui rendre.»*

E no art. 1900 estabelece a mesma regra, a respeito do mutuo: em ambos os contractos, portanto, o Juiz decide as questões occurrentes, não pela declaração do commodante ou do mutuante; mas sim pelos principios do direito, e circumstancias do facto; e julgámos ser esta a unica doutrina admissivel.

Nem aliás poderia haver contestação, como contradictoriamente se suppõe. — Se ao commodante competisse estabelecer o seu direito, como diz o Codigo da Austria; ou, por outros termos, se o juiz tivesse de decidir, segundo a sua declaração, como traduziu o Projecto, a contestação da parte do commodatario seria inutil: este deveria entregar a cousa immediatamente que lhe fôsse pedida, sem até abrir a bôcca!

Artigo. 1576.º

«O commodante poderá, comtudo, exigir a cousa, antes

que finde o praso convencionado, sobrevindo-lhe necessidade urgente, ou finando-se aquelle a quem o emprestimo fôr feito.»

Na primeira parte do artigo o Projecto rejeitou, como já indicámos, a doutrina do art. 976 do Codigo da Austria, que diz: — «*Le prêteur ne peut en aucun cas réclamer la chose avant le terme convenu, à moins de stipulations contraires expresses, lors même que la chose prêtée deviendrait indispensable au prêteur avant l'expiration du terme, et avant que l'usage soit achevé.*» — E seguiu a do art. 1889, do Cod. Civ. Fr., que acima fica transcripto.

Mas qual das duas disposições será a melhor? Nós votámos tambem pela do Codigo Francez; porque não sendo provavel que o commodante emprestasse a cousa, se previsse que lhe seria necessaria; parece de justiça que, sobrevindo-lhe urgente precisão d'ella, a possa retirar antes de findar o tempo convencionado, ou o uso para que foi concedida. O commodato é uma concessão *graciosa*, de que ao commodante nenhum proveito resulta; e por conseguinte, deve sempre interpretar-se restrictivamente em seu favor. *Iniquum est, damnosum cuique esse officium suum. L. 7, D. quemadm. testam. aper.*

No entretanto, suscitando-se alguma dúvida, o Juiz é que deverá resolver a questão, e mandará entregar a cousa ou não, segundo as circumstancias do caso, e as razões das partes.

Emquanto, porém, á segunda parte do artigo—ou *f*inando-se aquelle a quem o empréstimo fôr feito; parece-nos que convirá accrescentar-lhe: — *Se a cousa emprestada era para uso especial do commodatario*; porque, fóra d'esse caso, entendemos que o uso concedido deverá passar para os herdeiros enquanto não acabar, ou enquanto não terminar o praso outhorgado.

É esta tambem a disposição do art. 1879 do Cod. Civ. Fr. — *«Les engagements qui se forment par le commodat passent aux héritiers de celui qui prêt, et aux héritiers de celui qui emprunte. Mais si l'on n'a prêté qu'en consideration de l'emprunteur, et à lui personnellement, alors ses héritiers ne peuvent continuer de jouir de la chose prêtée.»*

Doutrina esta, que igualmente se acha sancionada no Codigo da Sardenha, no do Cantão de Vaud, no das Duas Sicilias, no Direito Commum Allemão, e em outros Codigos.

#### Artigo 1578.º

«Se a causa perecer, ou se deteriorar, no uso que lhe é proprio, por caso fortuito, ou força maior, será toda a perda por conta do dono, salva qualquer estipulação em contrário, ou se a cousa fôr empregada em uso differente d'aquelle para que foi emprestada.»

#### Artigo 1580.º

«O commodatario responderá por perdas e damnos desde o momento em que se achar constituido em móra.»

Este ultimo artigo deverá ser supprimido, aggregando-se o caso da *móra*, de que nelle se falla, aos outros dois casos excepcionaes, mencionados no fim do art. 1578; porque sendo a responsabilidade do commodatario a mesma em todos elles, para que ha de este ficar separado d'aquelles?

O Cod. Civ. Fr. diz no art. 1881: — «*Si l'emprunteur emploie la chose à un autre usage, ou pour un temps plus long qu'il ne le devait, il sera tenu de la perte arrivée, même par cas fortuit.*»

Aqui temos portanto o caso da *móra*, e o do emprêgo da cousa em uso differente, ambos egualados entre si, para o effeito da responsabilidade do commodatario; e egual será tambem a sua responsabilidade no caso da estipulação em contrário: e porque não hão de todos tres ficar consignados no mesmo artigo?

Os Philippistas, que com razão são increpados pela sua falta de methodo, ao menos' neste ponto andaram regularmente, reunindo os tres casos em um só §.

Diz a Ord. L. 4, tit. 53, § 3: — «*Porém, se a cousa percesse por caso fortuito, não será obrigado o commodatario a pagar o damno, salvo quando no dito caso fortuito interviesse culpa sua, ou se foi em mora de tornar a cousa emprestada a seu tempo, ou entre as partes foi accordado, que o que recebeu a cousa emprestada ficasse obrigado aos casos fortuitos.*»



Artigo 1579.º

«Mas se o caso fortuito, ou fôrça maior fôr tal, que achando-se a cousa em poder do dono, manifestamente não teria acontecido, responderá o commodatario por metade das perdas e damnos.»

Rejeitámos tambem este artigo; porque não admittimos a meia responsabilidade de que 'nelle se falla; ou, em differentes termos, porque não admittimos casos, em que o commodante tenha de soffrer metade da perda, e o commodatario a outra metade. É doutrina nova em Jurisprudencia, e que se não encontra em Codigo algum.

Se o caso fortuito, ou fôrça maior, acontece por culpa ou negligencia do commodatario, todo o risco corre por sua conta; se pelo contrário, o risco é todo do commo-  
dante, e aquelle nada tem a pagar.

Diz a Instit. de Justiniano, L. 3, tit. 14, § 2— *«Item is, cui res aliqua utenda datur, id est, commodatur, re obligatur, et tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longe distat: namque non ita res datur, ut ejus fiat; et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit, veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incursu, nihilominus obligatus permanet. At is, qui utendum accepit, sanè quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare jubetur, nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam in suis rebus adhiberi solitus est, si modo alius*

*diligentior poterit eam rem custodire; sed propter majorem vim majoresve casus non tenetur, si modo non hujus culpa is casus intervenerit: alioquin, si id, quod tibi commodatum est, peregrè tecum ferre malueris, et vel incursu hostium praedonumve, vel naufragio amiseris, dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis.»*

Ahi se vê pois que o commodatario pôde responder por casos fortuitos, se se achar constituido em culpa, ou mora, ou ainda se isso fôr convencionado; mas nem aqui, nem em parte alguma do corpo de Direito se diz, que pôde haver casos fortuitos, em que elle só tenha de responder por metade das perdas e damnos.

A nossa Ord. L. 4, tit. 53, tambem não aponta caso algum d'esses, nem o temos visto nos Codigos modernos.

#### Artigo 1589.º

«Se o emprestimo fôr de dinheiro, nunca se entenderá por menos de tres mezes.»

#### Artigo 1590.º

«Em qualquer outro caso, o tempo do emprestimo será fixado, segundo a declaração do mutuante.»

*Avarus animus nullo satiatur lucro.*

P. SYR.

Não havendo declaração ácerca do praso da restituição, e sendo o emprestimo de dinheiro a juro, parece-nos

que não deverá entender-se por menos d'um anno, na conformidade do Alvará de 17 de Janeiro de 1757.

Este providente Alvará, fixando em cinco por cento a taxa do juro nos empréstimos, não quiz que o tempo da sua duração fôsse por menos d'um anno, a fim de obstar por este modo ao abuso de continuar a emprestar-se dinheiro a um, e a mais por cento ao mez, como até ahi se fazia, debaixo do pretexto de lucros cessantes e danos emergentes: e subsistindo ainda a razão do Alvará, entendemos que deverá conservar-se a sua disposição.

Agora, emquanto ao empréstimo sem estipulação de juro, a que se refere o art. 1590, esse, sem dúvida, tem de entrar na regra geral de qualquer outro empréstimo de cousas fungiveis. E para esses empréstimos diz o citado artigo, que o praso será fixado segundo a declaração do mutuante.

No entretanto, como 'nesse arbitrio que se lhe dá póde haver abuso da sua parte, além das outras razões, que, contra uma idêntica disposição em caso analogo, já apontámos no art. 1575; parecia-nos, que mais razoavel seria deixar ao prudente arbitrio do julgador, nos termos da Ord. L. 4, tit. 50, § 1, regular livremente esse negocio, segundo a qualidade das pessoas, tempo, e logar.

E com esta opinião concorda tambem o Cod. Civ. Fr, como já acima notámos; diz elle, fallando do mutuo: — Art. 1900:—*«S'il n'a pas été fixé de terme pour la restitution, le juge peut accorder à l'emprunteur un delai*

*suivant les circonstances.» — Art. 1901. «S'il a été seulement convenu que l'emprunteur paierait quand il le pourrait, ou quand il en aurait les moyens, le juge lui fixera un terme de paiement suivant les circonstances.»*

### Artigo 1593.

«Se o empréstimo fôr de dinheiro e moeda designada, se a moeda tiver augmentado, ou diminuido de valôr no intervallo do empréstimo, deverá o mutuante pagar na mesma moeda; e não a podendo obter em moeda equivalente, segundo o valôr que tivesse ao tempo do empréstimo.»

A palavra *mutuante* deverá ser substituida pela palavra *mutuario*.

Esta materia encontra-se legislada no art. 378 do Codigo Commercial, porém com mais desinvolvimento que aqui; porque o Projecto apenas toca na terceira especie do citado artigo, aonde se diz, que, sendo a divida de certo numero de especies determinadas, o pagamento deverá fazer-se 'nessas especies, embora o seu valôr tenha augmentado ou diminuido no intervalo do empréstimo; acrescentando o Projecto sómente, que, não podendo o mutuario obter a mesma moeda, pagará na equivalente, segundo o valor que tivesse ao tempo do empréstimo. E parece que não valia a pena de chamar para o Codigo Civil só esta especie, deixando as outras para serem reguladas pelo Codigo Commercial.

O Cod. Civ. Fr: tracta d'esta materia nos artt. 1895 até 1897 — o da Sardenha, conformando-se com elle (salvas pequenas alterações), expende-a nos artt. 1916 até 1918—e o da Austria nos artt. 985 e segg.; porém este e outros Codigos divergem d'aquelles um pouco: e como o da Sardenha é o que mais se confórma com o nosso Codigo Commercial 'nesta parte, transcrevemos aqui as suas disposições.

Diz elle: — Art. 1916. *«L'obligation qui résulte d'un prêt en argent n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat. S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du payement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du payement.»*

Art. 1917. *«La règle portée en l'article précédent n'a pas lieu, si le prêt consiste en monnaies d'or ou d'argent, avec stipulation de les rendre dans les mêmes espèces et dans la même quantité. S'il y a eu altération dans la valeur intrinsèque de ces monnaies, ou qu'on ne puisse s'en procurer, ou qu'elles soient hors de cours, on doit rendre l'équivalent de la valeur intrinsèque qu'elles avaient au temps où le prêt a été effectué.»*

Art. 1918. *«Si ce sont des lingots ou des denrées qui ont été prêtés, quelle que soit l'augmentation ou la diminution de leur prix, le débiteur doit toujours rendre la même quantité et qualité, et ne doit rendre que cela.»*

Sendo pois importante a materia, parece-nos que n<sup>o</sup>

Codigo deverá dar-se-lhe maior desinvolvimento do que no Projecto se lhe deu, declarando-se:

Que augmentado ou diminuido o valôr politico da moeda entre o tempo do emprestimo, e o do pagamento, se observarão as regras seguintes :

1.º A obrigação, que resultar d'uma divida pagavel a dinheiro, será sempre da somma numerica enunciada no contracto, e o devedor deverá satisfazel-a nas especies correntes ao tempo do pagamento, embora o valor d'estas tenha augmentado ou diminuido. (Cod. Civ. Fr. art. 1895 — Cod. da Sardenha, art. 1916 — Codigo Commercial Portuguez, art. 378, n.º 1 e 2).

2.º Porém se o emprestimo constar de certo numero de especies ou moedas declaradas no contracto, o pagamento deverá fazer-se 'nessas especies, tornando o devedor egual número d'ellas ao crédor, ou o seu valor tenha tambem augmentado ou descido; e, não as podendo o devedor obter, pagará em moeda equivalente, segundo o valor que tivesse ao tempo do emprestimo (art. 1593 do Projecto — citado art. 378, n.º 3, do Codigo Commercial).

3.º Se o emprestimo porém fôr em especies metalicas, e por Lei se dêr curso forçado aos titulos de credito, ou a outras especies de papel moeda, que nas transacções ordinarias corram com rebate ou agio, o devedor deverá pagar na moeda que recebeu; ou, se com o favor da Lei pagar na moeda depreciada, deverá indemnisar a differença do agio ao tempo do pagamento (Portaria de

21 de Março de 1801, transcripta por Lobão na *Dissert. sobre o papel moeda*, § 16 — Sr Coelho da Rocha, § 781).

4.º Se o empréstimo constar de moeda que já corria com rebate, a variação d'este será por conta do crédor (cit. § 781).

D'esta maneira se resolverão facilmente muitas questões, que quotidianamente apparecem, e para as quaes não bastaria a providencia do art. 1593 do Projecto, nem ainda o Codigo Commercial.

#### Artigo 1610.º

«Se o preço da cousa consistir parte em dinheiro e parte em outra cousa, será o contracto de venda ou de troca, segundo a quantia pecuniaria ou o preço fôr maior ou menor, que o valôr da outra cousa.

§ *unico*. Em egualdade de valores presume-se venda.»

Podendo algumas vezes duvidar-se, se o contracto será compra e venda, se troca ou escambo, quando o preço da cousa não consistir todo em dinheiro, o Projecto resolveu a questão nos termos do Codigo da Austria, que diz no art. 1055: — *«S'il est partie en argent et partie en marchandises, la nature du contrat est une vente ou un échange, selon celle des deux parties qui est la plus importante.*

Mas se o preço na sua totalidade, ou na maior parte, consistir não em moeda, mas em titulos que a representem, como acções de companhias, inscripções ou quaes-

quer apolices ou papeis de divida pública, em direitos e acções, etc., teremos então *compra e venda*, ou teremos *troca*?

O Projecto só considera como *preço* na compra e venda a moeda sonante, o dinheiro: no entretanto, a Lei de 28 de Junho de 1854, art. 1, declarou, que nos casos referidos haverá *compra e venda* e não *troca*, posto que as partes dêem ao contracto o nome de *troca*.

E ainda que a Lei tivesse por fim indicar os casos em que deve pagar-se sisa, comtudo, a sua declaração parece que não pôde deixar de considerar-se como geral para todos os mais effeitos; porque a moeda não é senão um signal representativo de valores, ou a sua medida *communis*, e aquelles titulos nada mais são, que um signal representativo da moeda.

Parecia-nos pois, que conviria declarar-se neste logar que é indifferente, que o preço da compra e venda consista em moeda sonante, ou em titulos que a representem, salva convenção expressa em contrário; não só por tirar dúvidas, mas tambem para harmonisar a Legislação; porque, além da citada Lei, o Codigo Commercial diz tambem no art. 457: — «A compra e venda pôde celebrar-se: parte em dinheiro ou *obrigações*, e parte em mercadorias.»

E as *obrigações* que ahí se equiparam ao dinheiro, não são certamente moeda sonante, mas sim titulos que a representam.

É sabida a controversia, que houve entre os Sabinianos e os Proculianos, e de que nos infôrma Justiniano no



§ 2, *Instit. de empt. et vendit.*, se na compra e venda o preço deve consistir só em dinheiro, ou se poderá consistir em outra cousa qualquer?

Sabino e Cassio sustentavam, que podia consistir em outra cousa; Procul e a sua escola, que sómente em moeda, aliás não se saberia qual das cousas era o preço da outra, nem haveria portanto differença entre a compra e venda, e a troca: e tanto uns como outros, apoiavam-se em diferentes passagens da *Iliada* de Homero.

Justiniano, porém, adoptou a opinião dos Proculeianos, que era tambem, segundo elle diz, a que já haviam seguido os seus predecessores, e porisso declara ahi—*pretium in numerata pecunia consistere debet.*

Porém modernamente a Economia Politica, e a Legislação Commercial, tem-se inclinado á opinião dos Sabinianos: e a Legislação Civil parece querer seguir o mesmo rumo, ou pelo menos já reconhece, que o preço póde consistir em titulos, que representem moeda.

Fallámos acima na *Sisa*, e a proposito lembraremos, que o Projecto não deveria ter omittido 'neste capitulo essa circumstancia essencial para a validade das compras e trocas de bens de raiz ('nestas emquanto á differença do valor, saldada a dinheiro), visto que assim está de ha muito determinado na Ord. L. 1, tit. 88. § 14, Decreto de 19 d'Abril de 1832, Lei de 2 d'Outubro de 1842 e outras: salvo se o Projecto quer revogar esta Legislação, mas o simples silencio não bastará para isso.

Defendeu-se já o illustrado Redactor contra um simi-

lhante reparo, dizendo que esse requisito pertence ás Leis fiscaes declaral-o; e que por esse motivo se omitiram tambem no Projecto os direitos de transmissão da propriedade. Mas esta razão prova de mais; por ella deveriam ser eliminadas do Projecto as doutrinas pertencentes ao Processo e ao Direito Administrativo e Municipal, que tão largo espaço ahi occupam!

Porém, seja como fôr, ha de confessar-se, que os requisitos essenciaes d'um contracto não se hão de andar a mendigar pelos differentes Codigos: devem encontrar-se todos mencionados aonde se tracta do fundo da materia.

O desinvolvimento de cada um d'elles póde bem pertencer a uma outra ordem de ideias; mas isso não póde servir de argumento para que d'elles se não faça menção na doutrina do contracto. Por exemplo: a moeda para ser legal exige certas qualidades, que se explicam nas leis ou regulamentos da Casa da Moeda; mas isso não impede que ella seja declarada como requisito na compra e venda: o mesmo portanto póde dizer-se a respeito da sisa, bastando só mencional-a como requisito necessario, e deixando ás Leis de Fazenda o declarar, se o imposto ha de ser de cinco, se de dez por cento, etc.

#### Artigo 1621.º

«A venda de cousa ou direito litigioso não é defeza; mas o vendedor, que vender sem declarar como a cousa se acha em litigio, responderá por perdas e dâmnos, se a cousa fôr vencida ou evicta, e será punido como bulcão

ou illicíador, se não tiver bens por onde responda pelas dictas perdas e damnos.»

Pela Ord. L. 4, tit. 10, é prohibida a venda ou alienação de qualquer cousa ou direito litigioso, sob pena de nullidade do contracto.

A fonte da Ordenação foi o direito romano, e particularmente as LL. 2 e 4, *Cod. de litig.*, que tiveram em vista impedir que por tal meio se podesse deteriorar a condição dos adversarios, dando-lhes por contendores pessoas poderosas, como observa Cujacio, *in paratit. ad tit. Cod. de litig.*, e o indica egualmente a citada Ord. § 5 e 6. E esta providencia não merecia certamente ser excluída do Codigo, pela boa razão em que é fundada.

Mas talvez se diga, que esse fim se conseguirá pela disposição d'este artigo, e pela do art. 881, que prohibe a cessão de direitos ou creditos litigiosos em juizes singulares ou collectivos, ou em outras quaesquer auctoridades de nomeação real, se esses direitos forem disputados nos limites de suas jurisdicções; e que portanto se torna superflua a disposição da Ordenação.

No entretanto cumpre notar, que tambem os romanos tinham uma providencia igual a essa, nas LL. 1 e 2, *Cod. Ne liceat potentiorib.* — e nós até uma muito mais ampla, que a do citado art. 881 do Projecto, na Ord. L. 3, tit. 39 pr., e § 2, no Alvará de 2 de Maio de 1647, e Lei de 29 d'Outubro de 1754; e todavia nem entre elles, nem entre nós se julgou, porisso, inutil a prohibição da

venda ou alienação de cousas, ou direitos litigiosos, porque se conservaram simultaneamente todas essas disposições: tanto é certo, que providencias eguaes ás do Projecto não fôram por si sós consideradas sufficientes para impedir todo o mal, no estado de natureza lapsa dos homens! E nós, que não accreditâmos que elles tenham melhorado, votâmos tambem pela conservação da doutrina da Ord. L 4, tit. 10, a par das outras disposições do Projecto sôbre o assumpto.

#### Artigo 1635.º

« Os gastos da entrega da coisa vendida serão por conta do vendedor, não havendo estipulação em contrário. »

Esta doutrina parece ter sido extrahida do art. 1608 do Cod. Civ. Fr., que diz: — *« Les frais de la délivrance sont à charge du vendeur, et ceux de l'enlèvement à la charge de l'acheteur, s'il n'y a eu stipulation contraire. »*

Mas, supprimindo o Projecto o segundo periodo d'este artigo, quererá dizer que as despesas, de que nelle se falla, ficam tambem a cargo do vendedor?

O Dig. Port., citando este mesmo artigo do Codigo Francez, diz no liv. 3, art. 264: — « Os gastos para fazer a entrega são á custa do vendedor: os do carroto posterior são da conta do comprador. »

E o Codigo Commercial traduziu no art. 474 da seguinte maneira: — « As despesas da entrega da coisa ven-

dida fazem por conta do vendedor: as despesas do recebimento, e extracção da cousa vendida do logar da entrega fazem por conta do comprador: salvas em todos estes casos as estipulações das partes.»

Será portanto necessario fazer alguma declaração ao artigo, para ao depois não haver dúvidas.

### Artigo 1639.º

«O vendedor não é obrigado a entregar a cousa vendida, sem que o preço lhe seja entregue ou affiançado; salvo se a venda não fôsse feita a pagar no acto da entrega.»

*Les défauts du style peuvent se rapporter à quatre chefs: proposition inintelligible, proposition équivoque, proposition trop étendue, proposition trop restreinte.*

BENTHAM.

Parece-nos que ao artigo deverá dar-se mais desinvolvimento e melhor redacção, para o tornar mais intelligivel.

O Cod. Civ. Fr., que julgâmos ter sido a sua fonte, exprime a ideia nos seguintes termos:

Art. 1612. «*Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose si l'acheteur n'en paye pas le prix, et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le payement.*»

Art. 1613. «*Il ne sera pas non plus obligé à la délivrance quand même il aurait accordé un délai pour le payement, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en fail-*

*lité ou en état de déconfiture, en sorte que le vendeur se trouve en danger imminent de perdre le prix; à moins que le acheteur ne lui donne caution de payer au terme.»*

O nosso Código Commercial no art. 476 traduziu:— «O vendedor não é obrigado a entregar a cousa vendida, se o comprador não paga o preço, não lh'o tendo o vendedor fiado; e mesmo 'neste caso cessa a obrigação da entrega, se o comprador depois da venda quebra ou se torna insolvente, salvo prestando fiança idonea ao pagamento no vencimento.»

E o Dig. Port., Liv. 3, art. 265 e 266, expoz o pensamento do mesmo modo:— «É desobrigado o vendedor (diz elle) de fazer entrega da cousa, emquanto o comprador lhe não paga o preço, se lhe não deu espera.

E se vendeu a credito, e o comprador falliu depois, ou sobreveio bem fundado receio de perder o preço, pôde retel-a até que elle dê caução.»

Qualquer d'estas redacções desinvolve melhor a ideia, e parece-nos preferivel á do artigo, o qual para ser entendido precisará d'uma *paraphrase*.

#### Artigo 1647.º

«O contracto de compra e venda não poderá ser rescindido a pretexto de lesão, ou de vicios da cousa, denominados redhibitorios; salvo se essa lesão, ou esses vicios importarem êrro que annulle o consentimento, nos termos declarados nos capitulos 3 e 8 do titulo 1 d'este livro; ou havendo estipulação expressa em contrário.»

*Non videntur, qui errant, consentire.*

L. 116, § 2, D. de Reg. Jur.

Diz o artigo, que não terá logar a rescisão da compra e venda por causa de lesão, ou de vícios redhibitorios da cousa; excepto: 1.º se a lesão ou esses vícios importarem êrro, que annulle o consentimento nos termos dos capitulos 3.º e 8.º do titulo 1.º d'este Livro; 2.º se houver estipulação expressa em contrário.

Mas qual é a lesão, que deverá fazer presumir êrro capaz de annullar o consentimento?

O Projecto nem aqui, nem nos dois capitulos a que se refere, o diz. E portanto, para que este negocio não fique entregue ao arbitrio dos julgadores, e para que se evitem as chicanas, a que poderia dar logar o vacuo e incerteza, em que o Projecto colloca este ponto: propomos, que seja a *lesão enorme*, e que se conserve a disposição da Ord. Liv. 4, tit. 13 pr., e § 6.

Na verdade, a rescisão por *lesão enorme* pôde bem justificar-se, encarando-se a grande desproporção que 'nesta se dá entre o preço e o valor real da cousa, como fundamento para a presumpção *legal* d'êrro, ou de consentimento extorquido pela necessidade, pela fraude, ou por *illusões do momento*, em que não havia verdadeira liberdade de vontade; e cujas eventualidades o legislador não podia deixar de ter calculado, quando a estabeleceu, como motivo para a *rescisão* de qualquer contracto commutativo.

Diocleciano foi o primeiro legislador romano, que a consagrou em favor do vendedor, por um Rescripto, que fórma no Cod. a L. 2 *de rescind. vendit.*, pretextando a equidade — *humanum est*; mas a maior parte dos interpretes entende, que este beneficio era tambem admittido em favor do comprador, e se estendia á locação e conducção, ás trocas, mesmo ás transacções, e geralmente a todos os contractos de boa fé. Vej. Gothofr. nas notas á citada Lei.

Porém, seja o que fôr por direito romano, entre nós ella foi admittida em favor de ambos os contrahentes, e em todos os contractos commutativos, pela Ord. Affons. L. 1, tit. 45, d'onde passou para a Manoel. tit. 30, com as seguintes alterações: 1.º a de ficar esta acção sujeita á prescripção de 15 annos, em lugar de 30; 2.º e a de não poderem as partes renunciar a este beneficio. E a Ord. Filipp. L. 4, tit. 13, copiou a Manuel. accrescentando no § 10 a distincção entre lesão enorme, e enormissima.

O Cod. Civ. Fr. no art. 1674 e seg., concede tambem a acção de rescisão por *lesão*, mas unicamente nas vendas de bens de raiz, e só em favor do vendedor, quando fôr lesado em mais de sete duodecimos. E a razão por que só a este se concedeu, segundo se depreheende da discussão no Conselho d'Estado, foi por se assentar, que ninguem é obrigado a comprar, mas póde ser forçado a vender pela necessidade. Não tem lugar nas vendas judiciaes: prescreve por dois annos, a contar do dia da venda; e é nulla a renúncia d'este favor, assim como a declaração, de que se faz doação do excesso do valor.



O Cod. da Sardenha, art. 1679, adoptou o mesmo, só com a differença de exigir a *lesão enorme*, isto é, em mais de metade do valor; e de determinar a prescripção de cinco annos.

O da Luisiana, art. 2567 e seg., exigiu tambem esta mesma lesão; mas, além de não admittir a rescisão na venda de moveis e fructos, e na de creditos, e bens de raiz, feita por auctoridade judicial, exclue-a tambem da venda de herança ou de direitos successivos, feita a um estrangeiro: prescreve por quatro annos, e não a concede ao comprador.

O das Duas Sicilias, art. 1520 e seg., permite-a em favôr do vendedor de bens de raiz, mas só tambem quando fôr lesado em mais de metade do valôr; e no resto seguiu o Cod. Civ. Fr.

O da Austria, artt. 934 e 935, concede a rescisão a ambas as partes em todos os contractos synallagmaticos, sendo a lesão enorme; mas não tem logar quando foi expressamente renunciada, ou á parte se deu conhecimento do verdadeiro valor; ou se o contracto participa de gratuito; nem tambem na venda feita em hasta pública.

O da Prussia, P. 1, tit. 11, art. 59, admitte-a no contracto de compra e venda, tambem por lesão enorme, em favor do comprador, pela presumpção de êrro capaz de invalidar o contracto: — «*Si la desproportion (diz o artigo) est si fort, que le prix de vente excède le double de la valeur de la chose, elle établit en faveur de l'ache-*

*teur la présomption légale d'une erreur qui infirme le contrat (Tit. 4, art. 75, et suiv.).»*

Mas o que é notavel, é negal-a no art. 69, ao vendedor: — «*Le vendeur ne peut attaquer l'achat sur le fondement que la chose par lui vendue excède du double le montant du prix de la vente.*»

Cessa porém a rescisão, se o vendedor provar que o preço foi convencionado sôbre o valor de affeição; bem como se foi renunciada. Prescreve por tres annos emquanto aos bens de raiz situados no campo; por dois emquanto aos situados nas cidades; e por seis mezes emquanto aos moveis. — Tit. 5, art. 343.

O da Baviera, L. 4, Cap. 3.º, concede-a tambem por lesão enorme, mas em favor tanto do comprador como do vendedor: não se admite porém nas vendas judiciaes, nem quando a venda foi ordenada em testamento por um preço determinado; ou quando o vendedor tinha conhecimento do valor real da cousa, na presumpção da Lei.

A nossa Ordenação, portanto, ainda está a par das legislações modernas 'nesta parte, e não merecia certamente ser despresada em um novo Código, reputando-se como obsoleta: bastaria, quando muito, fazer-lhe algumas correcções.

Emquanto, porém, á rescisão da compra e venda, ou de quaesquer outros contractos, por vicios redhibitorios da cousa, como não pôde estabelecer-se regra geral ácêrca dos vicios, que deverão presuppôr erro capaz de annullar o consentimento; parece-nos que melhor será con-

servar a disposição da Ord. L. 4, tit. 17, na parte em que ainda possa ter applicação; ou que aliás seja substituída pelas disposições do Cod. Civ. Fr., artt. 1638 e 1641 até 1649, que são muito semelhantes.

### Artigo 1650.º

«O vendedor da cousa, ou seja mobiliaria ou immobiliaria, não póde fazer rescindir o contracto depois da entrega, por falta de pagamento do preço.»

*In verbis etiam tenuis cautusque serendis,  
Hoc amet, hoc spernat promissi carminis auctor.*

HORAT.

As palavras — *mobiliaria* ou *immobiliaria*, devem ser substituídas pelas outras — *movel* ou *immovel*, que são as que o uso têm consagrado entre nós.

Emquanto, porém, á doutrina do artigo, deve advertir-se, que a Ord. L. 4, tit. 5, § 2, mandava que, fiando o vendedor o preço com praso certo, e não se lhe pagando dentro d'elle, podia ou pedil-o, ou ir haver a cousa vendida do poder do comprador, ou de qualquer possuidor.

Mas o Alvará de 4 de Setembro de 1810, revogou esta Ordenação, determinando que, tendo o vendedor fiado o preço, seja ou não por praso certo, tenha sómente a *acção pessoal* para pedil-o, e não possa haver a cousa vendida, com o fundamento de lhe não ser pago no tempo aprasado; devendo entender-se que a concessão do espaço

para o pagamento, sem outra convenção. não importa mais do que não poder exigir-se o preço antes de elle findar.

Porém, a decisão do artigo é mais ampla: o Projecto não se restringe a fallar da venda feita, *habita fide de pretio*; estabelece geralmente, que se não pôde rescindir o contracto de compra e venda depois da entrega da cousa, ou esta seja movel ou immovel, por falta de pagamento do preço.

No entretanto, parece-nos, que esta doutrina offerece algumas difficuldades.

Primeiramente, ella dá occasião a concluir-se *a contrario sensu*, que antes da entrega o vendedor poderá fazer rescindir o contracto, por falta de pagamento do preço, e que por consequente a irrevogabilidade da compra e venda só data da tradição da cousa; o que aliás não combina com a disposição do art. 808 do Projecto, aonde se diz: — que nas alienações de cousas certas e determinadas a transferencia da propriedade se opéra, entre os contrahentes, por méro effeito do contracto, sem dependencia de tradição ou posse.

Em segundo lugar, considerada por outro lado a questão, entendemos que não pôde mesmo dar-se á tradição o effeito, que lhe quer attribuir o artigo, se por ventura o comprador nem pagar, nem pedir espera; porque, celebrado o contracto, a principal obrigação do vendedor é entregar a cousa, e a do comprador pagar o preço; e se o vendedor satisfez, e o outro não, nem pede espera: com que fundamento se ha de negar áquelle o direito de

exigir a rescisão da venda, quando em todos os contractos synallagmaticos sempre se subentende a condição *resolutiva*, não se prestando alguma das partes a cumprir?

O Projecto mesmo consigna este principio no art. 802, só com a differença de que ahi parece suppôr, que ainda nenhum dos contrahentes cumpriu, e aqui tracta-se do caso, em que um já satisfez, e o outro não quer; mas se a resolução pôde ter logar 'naquelle caso, porque o não ha de ter 'neste? Ou, por outros termos, se a transferencia da propriedade se operou por méro effeito do accôrdo, e todavia antes da tradição da cousa pôde ter logar a resolução do contracto, não pagando o comprador o preço, porque não ha de poder tel-o tambem depois da entrega da cousa? Para que se ha de 'neste caso destruir o principio adoptado, dando-se á tradição mais força, que ao contracto?

A decisão, que se nos figura mais razoavel, é precisamente a contrária á do artigo do Projecto. que foi a que abraçou o Cod. Civ. Fr. no art. 1654, o qual, suppondo o comprador já em posse da cousa, como se deduz do art. 1655, e como o entendem Marcadé, e os mais commentadores, diz: — «*Si l'acheteur ne paye pas le prix, le vendeur peut demander la resolution de la vente.*»

Mas da combinação d'este com o art. 1184 se infere, que o vendedor tem á escolha — ou pedir a resolução do contracto, e que a cousa lhe seja restituída, ou a entrega do preço, qual das cousas mais quizer. E diz Rogron, que assim foi estabelecido, em attenção á difficuldade que sem-

pre ha de cobrar dividas, e ás despesas que para isso é necessario muitas vezes fazer.

De resto, esta doutrina até mesmo se encontra sancionada no Direito Romano, como se colhe da L. 5, § 18, D. de *tribut. act.*, aonde se faz distincção entre a venda feita a credito, e a que o não é; e se resolve que no primeiro caso a cousa fica do comprador, mas não no segundo emquanto se não pagar o preço ao vendedor, ou se lhe não der fiador, ou satisfizer por outro qualquer modo, o qual porisso a póde ainda reivindicar. Diz ahi Ulp. — *«quia res venditae non aliis desinunt esse meae, quamvis vendidero, nisi aere soluto vel fidejussore dato, vel alias satisfacto, dicendum erit vindicare me posse.»*

Corr. Tell., Dig. L. 3, artt. 336 e 337, quer até que na venda a credito com praso certo, se o comprador não pagar dentro do praso, o vendedor possa reivindicar a cousa, se esta ainda estiver em poder d'aquelle, ou demandal-o pelo preço, qual mais lhe aprouver: porém que se o comprador a tiver já vendido a outrem, então o primeiro vendedor só terá acção pessoal para pedir o preço; e parece querer assim entender o Alvará de 4 de Setembro de 1810.

Votámos portanto pela doutrina do art. 1654 do Cod. Civ. Fr., combinado com o art. 1184, e juntando-lhe esta clausula. E porisso offerecemos a seguinte substituição ao artigo do Projecto: — *«Se o comprador não pagar, o vendedor poderá pedir ou a resolução do contracto, estando a cousa ainda em poder d'aquelle, ou a entrega do preço, qual mais quizer.»*

E em favor d'esta substituição poderemos ainda fazer valer uma outra razão, deduzida do proprio Projecto, que é nem ao menos conceder este ao vendedor no art. 1044 preferencia sôbre o immovel vendido, para pagamento do preço; como aliás fez o Cod. Civ. Fr. no art. 2103, não obstante haver-lhe já permittido no art. 1654 a resolução do contracto.

### Artigo 1685.º

«O locatario não pôde sublocar sem consentimento do senhorio: se o fizer responderá solidariamente com o sublocatario por perdas e damnos, e poderá o locador rescindir o contracto.»

Na questão — se o locatario poderá sublocar sem consentimento do locador? — adoptou o Projecto a decisão do art. 1214 do Codigo do Cantão de Vaud, que diz: — *«Le preneur n'a pas le droit de sous-louer, ni même de céder son bail à un autre, à moins qu'il n'en ait stipulé la faculté dans le contrat, ou qu'il n'en ait obtenu la permission du bailleur, ou que cette faculté ne se présume évidemment par la nature de la chose.»*

Porém em sentido contrário, legislou o Direito Romano, e têm legislado quasi todos os Codigos modernos. Na *L. 6, Cod. de locato*, diz o imperador Alexandre: — *«Nemo prohibetur rem, quam conduxit, fruendam alii locare: si nihil aliud convenit.»*

O Cod. Civ. Fr. foi ainda mais adiante, porque per-

mitte não só a sublocação, mas até a cessão do contracto em outrem, se esta faculdade não foi expressamente prohibida; salva a responsabilidade do locatario cedente. —

Art 1717. — *«Le preneur a le droit de sous-louer, et même de ceder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite. Elle peut être interdite pour le tout, ou partie. Cette clause est toujours de rigueur.»*

Porém, no contracto de parceria resolveu diversamente; porque este constitue uma especie de sociedade entre o locador e o locatario, e ahi não devia ser livre ao locatario fazer-se substituir por outra pessoa, em quem o locador podia talvez não ter a mesma confiança. — Art. 1763. *«Celui qui cultive sous la condition d'un partage de fruits avec le bailleur, ne peut ni sous-louer ni céder, si la faculté ne lui a été expressement accordée par le bail.»*

Esta mesma distincção tem sido adoptada por outros Codigos, como o da Baviera, o da Sardenha, o Direito Commum Allemão; e o da Austria no art. 1098, admitte até a sublocação, e a cessão de ambos os contractos, quando não houver declaração em contrário, salvo o prejuizo do proprietario: — *«Les locataires (diz elle) et fermiers sont autorisés à employer ou à utiliser les choses louées ou affermées, conformément au contrat et pendant le temps fixé; ils peuvent sous-louer ou céder la chose louée, à moins de conditions contraires et sans que cette sous-location puisse nuire au propriétaire.»*

À vista pois d'estas legislações, e attendendo por outro



lado a que o Projecto nos artt. 1680, 1688 e 2372, não duvida conceder aos administradores de bens vinculados, ou dotaes, aos usufructuarios, e aos fideicommissarios o poderem arrendar ou alugar, por todo o tempo que durar o seu direito; parece-nos que não pôde haver d'úvida em permittir-se tambem a sublocação sem consentimento do locador, e sem que porisso este adquira direito para rescindir o contracto, quando a sub-locação não tiver sido expressamente prohibida; salva a responsabilidade do sublocador para com o proprietario ou locador.

#### Artigo 1686.º

«O senhorio é obrigado: — 3.º A não estorvar, nem embaraçar por qualquer fórma o uso da cousa arrendada, a não ser por causa de reparos urgentes e indispensaveis.

'Neste caso porém poderá o arrendatario exigir indemnisação do prejuizo que soffrer por não poder servir-se da cousa, como era direito seu.»

Parece-nos razoavel, e digna de admittir-se 'neste caso a doutrina do Cod. Civ. Fr. Elle distingue no art. 1724, entre reparos urgentes e indispensaveis, que occupam todo o predio, sem ficar livre ao arrendatario o espaço necessario para a sua habitação, e aquelles que só occupam parte: no primeiro caso, diz, que será livre ao arrendatario fazer rescindir o contracto; no segundo, não. Mas que se 'neste segundo caso a duração das obras exceder a quarenta dias, o preço da renda será reduzido na pro-

porção do tempo, e da parte do predio de que esteve privado. — «*Si, durant le bail, (diz elle) la chose louée a besoin de réparations urgentes, et qui ne puissent être différées jusqu'à sa fin, le preneur doit les souffrir, quelque incommodité qu'elles lui causent, et quoiqu'il soit privé, pendant qu'elles se font, d'une partie de la chose louée. Mais si ces réparations durent plus de quarante jours, le prix du bail sera diminué à proportion du temps et de la partie de la chose louée dont il aura été privé. Si les réparations sont de telle nature qu'elles rendent inhabitable ce qui est nécessaire au logement du preneur et de sa famille, celui-ci pourra faire résilier le bail.*»

O artigo do Projecto só dá porém ao arrendatario o direito á indemnisação do prejuizo que soffrer por não poder servir-se da cousa; sem fazer differença alguma entre os dois casos, nem lhe dar direito a fazer rescindir o contracto, quando mesmo tenha de abandonar as casas temporariamente, por não haver nellas parte alguma, em que possa viver, o que não julgámos justo.

Propomos portanto a adopção da sobredita distincção.

#### Artigo 1687.º

«O senhorio poderá comtudo despedir o arrendatario, antes que finde o arrendamento, nos casos seguintes:

- 1.º Se não pagar a renda nos prazos convencionados;
- 2.º Se fizer do predio diverso uso d'aquelle, para que foi arrendado, ou que é confôrme com a sua destinação.»

O Projecto adoptou aqui a legislação franceza, abandonando a nossa Ord.— Diz o Cod. Civ. Fr.

Art. 1728: — «*Le preneur est tenu de deux obligations principales:*

1.º *D'user de la chose louée en bon père de famille, et suivant la destination qui lui a été donnée par le bail, ou suivant celle présumée d'après les circonstances, à défaut de convention;*

2.º *De payer le prix du bail aux termes convenus.»*

Art. 1729: — «*Si le preneur emploie la chose louée à un autre usage que celui auquel elle a été destinée, ou dont il puisse resulter un dommage pour le bailleur, celui-ci peut, suivant les circonstances, faire résilier le bail.*

Art. 1741: — «*Le contrat de louage se résout.... par le défaut respectif du bailleur et du preneur, de remplir leurs engagements.»*

A nossa Ord. L. 4, tit. 24 pr. diz porém, que antes de findar o tempo do contracto, o inquilino poderá ser expulso:

1.º Se não pagar o aluguel quando prometteu, ou no tempo que fôr costume da terra;

2.º Se fizer máu uso da casa:

3.º Se sobrevier necessidade de a reparar, e os reparos não possam fazer-se com o alugador dentro:

4.º Se sobrevier ao locador precisão de a occupar para viver 'nella, ou algum seu filho ou filha, etc.

A fonte da Ord. foi a L. 3, Cod. *de locato*, aonde o imperador Antonino estabelece os mesmos quatro casos:

diz elle no Rescripto, que constitue a Lei: — «*Æde, quam tu conductam habere dicis, si pensionem in solidum domino solvisti, invitam te expelli non oportet: — nisi propriis usibus dominus eam necessariam esse probaverit, aut corrigere domum maluerit, aut tu malé in re locata versata es.*»

O Cod. da Baviera, L. 4, cap. 6, art. 17, adoptou tambem a mesma disposiçãõ: — «*Quand il s'agit (diz elle) de louage à temps, le bailleur peut donner congé extraordinairement: — 1.º Si par un cas imprévu il a lui-même besoin de la chose; — 2.º S'il faut faire un reparation majeure; — 3.º Si le locataire abuse de la chose; — 4.º S'il ne paie pas le prix du loyer, etc.*

O da Austria porém, no art. 1118, admitte a expulsão do arrendatario nos tres primeiros casos da Ord.; mas não falla no quarto. — «*Le bailleur (diz elle) peut poursuivre cette résiliation: — 1.º Si le preneur abuse de la chose; — 2.º Si à l'échéance d'un terme le preneur n'a pas acquitté en entier le terme précédent; — 3.º Ou si l'edifice loué doit être reconstruit. Le locataire n'est pas tenu de souffrir à son prejudice des constructions qui augmentent l'utilité de la chose, mais il doit souffrir les reparations nécessaires.*»

No entretanto o Direito Commum Allemão, é expresso a respeito d'elle. Diz o artigo 1029: — «*Le bailleur peut résoudre la location, s'il déclare se trouver dans la nécessité de venir occuper lui-même la-maison louée et s'il le prouve au besoin.*»

E o Cod. Civ. Fr., como já vimos, concorda com a

Ord. tambem a respeito do 1.º e 2.º caso, posto que não falle nos dous ultimos.

Á vista pois d'esta variedade de disposições:— considerando, que a doutrina, á cêrca dos quatro casos, se acha admittida entre nós desde os principios da Monarchia, porque já assim foi consignada na Ord. Affons. L. 4. tit. 74, d'onde passou, sem alteração, para á Manoel. tit. 58, e d'ahi para á Filipp.:— observando, que assim a estabeleceu o direito romano, e que nos mesmos termos se acha adoptada por alguns do Codigos modernos, discordando outros só a respeito do 4.º caso: attendendo finalmente a que esse caso, que importa a tacita condição da resolução do contracto, se o prédio, por alguma circumstancia nova e imprevista, se tornar indispensavel ao proprietario para 'nelle viver, é certamente justificavel, se se reflectir que não é de crer, que elle o arrendasse, se previsse essa circumstancia; e que ahi não pôde dizer-se, que haja offensa da boa fé, porque não houve intenção dolosa:—

Por todas estas razões, parece-nos que não ha motivo rasoavel para desprezar a Ord., substituindo-a por doutrina nova. Votámos portanto pela conservação d'ella.

#### Artigo 1696.º

«Se o prédio fôr de cultura, terá logar a retenção não sómente pelas bemfeitorias consentidas, mas por todas as bemfeitorias necessarias e urgentes, que o arrendatario fizer, mesmo sem consentimento do senhorio.»

Já no art. 590 fômos de opinião, que ao possuidor de boa fé deverá conceder-se a retenção, não só pelas bemfeitorias necessarias, mas tambem pelas uteis; por que, adoptada no Codigo a disposição da Ref. Jud., art. 617, § 1, esse direito não poderá servir de impedimento para a restituição da posse; visto que, depositando o vencedor o pedido das bemfeitorias, ou, sendo ellas illiquidas, o seu valor pelo juramento do evicto, a posse deve ser-lhe logo entregue, continuando-se depois na liquidação.

E agora aqui diremos o mesmo, a respeito do arrendatario. Se a este se concede o beneficio da retenção não só pelas bemfeitorias consentidas, mas ainda pelas necessarias e urgentes não consentidas, com que fundamento se hão de deixar de fóra as uteis? Não tem ellas todas de ser abonadas pelo senhorio? certamente. Logo para que, sem necessidade, se ha de ir dar occasião a disputas sôbre a sua *qualidade*, para o effeito de se conceder, ou negar por ellas a retenção?

Estabelecido o direito indistinctamente por umas e por outras, acabaram as controversias; e as leis devem sempre evital-as, e não promovel-as.

Nem foi outro, por certo, o fim que teve em vista a Ord. L. 4, tit. 54, § 1, quando decretou a retenção por ambas as especies, no caso do artigo do Projecto.

Diz ella: — « E se o que recebeu a coisa emprestada, alugada ou arrendada, fez 'nella algumas despesas necessarias, ou *proveitosas*, poderá reter em si a dicta coisa, até que lhe seja paga a despesa, que 'nella fez.»

E nós, que desejáramos que nunca houvesse motivo para questões e principalmente nas leis, — votámos pela Ord., rejeitando o artigo do Projecto.

#### Artigo 1701.º

«O contracto de arrendamento não se rescinde por morte do senhorio, nem do arrendatario, nem por transmissão da propriedade, ou seja por titulo universal, ou seja por titulo singular, salvas as seguintes declarações.»

#### Artigo 1702.º

«Se a transmissão tiver lugar por expropriação de utilidade pública, será rescindido o contracto com prévia indemnisação do arrendatario por perdas e danos.»

#### Artigo 1703.º

«Se a transmissão tiver lugar por execução, observar-se-ha o seguinte:

§. 1.º Se o prédio arrendado fôr urbano, e faltar para acabamento do arrendamento um anno, ou mais, ficará reduzido esse tempo a um semestre, a contar da arrematação ou da adjudicação. Em qualquer outro caso observar-se-ha o contracto;

§. 2.º Mas se o prédio fôr de cultura, nunca poderá ser despedido o arrendatario, sem que finde o anno de cultura, pendente ao tempo da arrematação ou da adjudicação;

§. 3.º A mesma disposição terá lugar nos casos de

successão de bens vinculados, ou não vinculados, de usufructo ou fideicomisso vitalício, ou de reivindicação, não havendo, 'neste caso, má fé da parte do arrendatario.»

O art. 1701 contém duas regras: 1.<sup>a</sup> o contracto de arrendamento não se rescinde por morte do senhorio, nem do arrendatario; — 2.<sup>a</sup> nem por transmissão da propriedade, ou seja por titulo universal, ou seja por titulo singular, salvas as declarações dos artigos seguintes.

Porém a redacção não está boa: a transmissão da propriedade ou seja por titulo universal, ou seja por titulo singular, póde verificar-se tanto *inter vivos*, como pela morte; e todavia o artigo parece indicar, que só *inter vivos* póde ter logar, porque a separou do caso da morte, de que tracta na primeira parte.

A redacção póde portanto induzir a êrro, se não fôr emendada; mas para remover a difficuldade, bastará acrescentar ao artigo duas palavras, ficando assim redigido:

*O contracto de arrendamento não se rescinde por morte do senhorio, nem do arrendatario, nem por transmissão da propriedade inter vivos, ou seja por titulo universal, ou seja por titulo singular, salvas, etc.*

Passando porém agora ao exame da primeira regra, vemos que o Projecto adoptou no artigo a doutrina consignada no §. *ult. da Inst. de locat. — mortuo conductore intra tempora couductionis, heres ejus eodem jure in conductionem succedit* — ampliando-a tambem aos herdeiros do senhorio.



Este principio parece ter sido igualmente abraçado pela nossa Ord. (a qual no L. 4, tit. 45, § 3, sómente exceptua d'essa regra a colonia parciaria) e pelo Cod. Civ. Fr. art. 1742, — pelo de Hambourg, P. 3, Tit. 9, art. 13, — pelo da Hollanda, art. 1611, — pelo de Modena, art. 1671, etc.

Mas outros dos Codigos modernos, ou têm seguido a regra inversa, ou têm permittido a rescisão do contracto pela morte. O do Cantão de Vaud no art. 1237, diz — que o contracto fica desfeito por morte do senhorio, ou do arrendatario, salva estipulação em contrário: — «*Le contrat de louage est résolu par la mort du bailleur ou par celle du preneur, à moins de stipulation contraire.*»

O de Fribourg não o declara dissolvido, *ipso jure*, mas diz no art. 1615, que o póde ser, se outra cousa não tiver sido convencionada: — «*Le contrat de louage peut être résolu ensuite de la mort du bailleur ou de celle du preneur, à moins de stipulation contraire.*»

O da Prussia, P. 1, T. 21, artt. 366 e 371, permite aos herdeiros do conductor resilir do contracto no fim d'um anno depois da morte d'elle, se os bens arrendados eram ruraes; e passados seis mezes, a contar do fim do trimestre, em que teve logar o fallecimento, nos outros arrendamentos.

E o da Baviera diz, no L. 4, cap. 6, art. 13: — «*La mort d'une des parties résout le contrat, s'il a été fait en vue de son industrie personnelle.*»

É grande, por consequente, a variedade das legislações

'neste ponto; — mas parece, na verdade, que o contracto não póde deixar de considerar-se dissolvido em todos os casos, em que no seu desempenho se attendia á aptidão do conductor fallecido, como, v. g., se elle era lavrador, e os bens ruraes; e a viuva e filhos não podem depois continuar com as despesas da cultura.

Julgâmos, portanto, que ao menos deverá addicionar-se esta excepção á regra estabelecida, quando se não queira adoptar a regra inversa.

A respeito porém da segunda disposição do artigo, — é certo que geralmente se concorda em que os successores por titulo universal, ou o sejam *inter vivos*, ou *mortis causa*, e bem assim o successor por titulo singular *lucrativo*, devem todos elles manter os contractos de arrendamento, feitos pelos seus antecessores; mas será a mesma regra applicavel ao successor por titulo singular *oneroso*, como é a compra e venda, a troca, etc.?

O Projecto parece resolver affirmativamente; porque sómente exceptua da regra a transmissão por expropriação de utilidade pública, ou por execução.

Mas o contrário decidiu o direito romano na L. 9, Cod. *de locato*, que declara, que o comprador não é obrigado a manter o arrendamento feito pelo vendedor, se essa clausula não tiver sido estipulada na compra e venda: — «*Emptorem quidem fundi necesse non est stare colono, cui prior dominus locavit: nisi ea lege emit.*»

E este principio, apesar de taxado por alguns escriptores de repugnante á boa razão, e até á L. 54, D. *de*

*Reg. Jur.*, foi todavia abraçado pela nossa Ord. L. 4, tit. 9 pr. — pelo Cod. do Cantão de Vaud, que diz no art. 1243: — «*Le contrat de louage est aussi résolu par la vente ou alienation, même partielle et par le partage des objets loués, à moins de stipulation contraire*» — pelo da Austria, art. 1120 — pelo da Baviera, L. 4, tit. 6, art. 16, § 1 — pelo do Cantão de Soleure, art. 1130 — e por outros.

No entretanto o Cod. Civ. Fr. desviando-se do direito romano 'nesta parte, estabeleceu no art. 1743: — «*Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le contrat de bail.*» E o da Prussia, P. 1, tit. 21, art. 358, tinha já adoptado tambem este principio, sem clausula alguma: e ambos estes Codigos foram seguidos pelo do Cantão do Tessino, e outros.

Fallando agora particularmente da nossa Ord. L. 4, tit. 9 pr., diz ella: — «que o comprador de casa, herdade, ou qualquer outra cousa de raiz, não será obrigado a manter o contracto de aluguel ou arrendamento, feito pelo vendedor; salvo se na compra e venda fôr accordada a conservação do alugador ou rendeiro; ou se o comprador depois da venda por algum modo consentiu, que o contracto fôsse cumprido; ou quando na escriptura do arrendamento a cousa tinha sido obrigada ao cumprimento do contracto »

Mas conclue no § 1.º: «que em todo o caso, em que

o comprador poder desfazer o contracto, se o alugador ou rendeiro lhe pagar todo o interesse, assim por respeito de ganho, como de perda que receber por causa do arrendamento ficar em sua força, será obrigado a lh'ò cumprir e guardar, sem outro algum embargo, nem contradicção.»

E' nesta variedade de principios: attendendo a que as razões produzidas contra á L. 9, Cod. *de locato* não são superiores áquellas, que a justificam, podendo ver-se umas e outras em Lobão, *Fascic. Tom. 2.º Dissert. 4, §. 1 e seg.*; attendendo a que a citada Lei é seguida por muitos dos Codigos modernos; e que a nossa Ord. no § 1.º modificára toda a dureza, de que a tem arguido; é nossa opinião que se conserve a disposição da Ord.

Mas, quando assim se não resolve, propomos que ao menos se applique tambem ao caso da venda, ou alienação voluntaria a regra estabelecida para á venda necessaria: e que por consequente o contracto de arrendamento, quer em um, quer em outro caso, não dure mais que até ao fim do anno rural, ou até acabar o semestre começado, quanto ás casas; salvas na venda voluntaria as excepções da Ord. L. 4, tit. 9, e o direito dos locatarios ás competentes indemnisações contra os senhores, segundo as estipulações de seus respectivos contractos.

Porque d'esta sorte nem se permittirá expellir o arrendatario *ex abrupto*, o que realmente seria duro; nem tambem o comprador ficará obrigado a cumprir contra-

ctos, a que não estava ligado. *In omnibus quidem, maxime tamen in jure, aequitas spectanda.*

Finalmente o §. 3 do art. 1703 deverá ser eliminado como antinómico com o art. 1701.

No art. 1701, diz-se que os arrendamentos se não rescindem pela morte do senhorio: e portanto nos casos de successão, ou esta seja *ab intestato* ou testamentaria, os herdeiros, os legatarios, os usufructuarios ou fideicommissarios (quer sejam vitalícios, quer temporarios), todos os successores, em uma palavra, têm obrigação de conservar os colonos ou inquilinos pelo tempo, que o testador os deveria conservar.

Mas no § 3 do art. 1703 estabelece-se que nos casos de successão, de usufructo ou fideicommisso vitalício, ou de reivindicação terão lugar as mesmas regras, que na transmissão por execução, isto é, que 'nesses casos os arrendamentos só durarão por um semestre, ou por um anno, segundo os predios forem urbanos ou de cultura (§§ 1.º e 2.º)!

E escusado será dizer mais, para fazer ver a desharmonia, que ha entre os dous logares do Projecto.

O caso da reivindicação, de que ahi se falla, parece-nos porém que deverá considerar-se como comprehendido, emquanto ao arrendamento do prédio, na regra da transmissão por execução, não havendo má fé do arrendatario; e que será desnecessario mencional-o á parte.

Artigo 1697.º

«O arrendatario, que indevidamente retiver o prédio arrendado, pôde ser condemnado, segundo a sua má fé, a pagar o dôbro da renda, que accrescer ao praso do arrendamento.»

Artigo 1698.º

«Consistindo a renda em fructos, e não tendo sido paga no devido praso, será satisfeita em dinheiro, segundo o preço corrente ao dicto tempo, com juros da mora.»

*Noxiae poena par esto.*

Cic. de Leg.

Pela Ord. L. 4, tit. 54 pr. sendo o arrendatario contumaz na entrega da cousa em devido tempo, e persistindo até á sentença, pôde ser condemnado, além da restituição, a pagar outro tanto, quanto fôr o valor da cousa: mas o art. 1697 do Projecto diz, que em tal caso poderá ser condemnado no dôbro da renda, que accrescer ao praso do arrendamento.

Temos portanto em ambos os logares uma pena imposta ao contumaz; mas, tractando-se aqui não do pagamento da renda, mas da entrega da cousa, parece-nos mais analogo e adequada a da Ord., imposta em relação ao prédio, que é o objecto pedido; do que a do Projecto, imposta em relação á renda, da qual se não tracta.

A Ord., a nosso ver, foi mais logica, encarando só-

mente o objecto da questão, para em relação a elle estabelecer a pena; e a Praxe do fóro, que, segundo o Ass. de 23 de Março de 1786, é o melhor interprete das leis, entendendo assim a Ord., tão justa achou a ideia do legislador 'neste ponto, que, quando a contumacia versa ácerca do pagamento da renda, então já não applica a pena em relação ao prédio, mas sim em relação á pensão. — *Mor. de Execut. L. 2, cap. 11, n. 11.*

Tambem não approvamos a doutrina do art. 1698, e parece-nos que deverá fazer-se a seguinte distincção: — Ou a renda foi convencionada a dinheiro, ou em fructos: no primeiro caso, poderá ser demandada, com os juros da mora, L. 54 pr. D. *Locati.*, L. 17, Cod. *eod.* — no segundo, se o conductor deixou de pagar por pobreza, deve satisfazer os fructos pelo preço médio; se sem justa causa, pelo maior preço por que correram esse anno no lugar, depois do vencimento da renda. Este é o costume de julgar do nosso fóro, segundo *Mor.* acima citado.

Mas nós applicariamos esta última distincção tambem ao caso de ser a renda estipulada a dinheiro, isto é, que na primeira hypothese o arrendatario não pagaria juros da mora, e só na segunda.

Veja. o Dig. Port. L. 3, artt. 784 e 785. — Sr. Rocha, §. 838.

#### Artigo 1755.º

«Não poderá convencionar-se encargo algum extraor-

dinario, ou casual, a titulo de luctuosa, placerosa, laudemio, ou qualquer outro.»

*Pensata la lege, pensata la malicia.*

VIEIRA.

Tendo o laudemio de sahir do preço do dominio util, quando este se vender; e se não fôr permittido estipular-se, o senhorio naturalmente ha de exigir maior quantidade de fôro annual, com o que o dominio util terá por certo de valer menos; — parece-nos, que será indifferente para a prosperidade da agricultura, e augmento da edificação, que o laudemio se conserve, uma vez que não se admitta outro maior, que o da quarentena, sob pena de nullidade no excesso.

Todavia se se conservar, deverá declarar-se:

1.º Quaes são os contractos, de que elle tem de pagar-se;

2.º Que não poderá subentender-se, quando não fôr estipulado;

3.º E que nunca entrará em cálculo para o pagamento d'elle o valor das bemfeitorias extraordinarias; salva convenção em contrário.

### Artigo 1761.º

«Os prazos serão perpetuamente remiveis; excepto se fôr estipulado, que não possam ser remidos por um certo numero de annos, que não poderá exceder a vinte.»

..



*Voluntates contrahentium omnimodo observandae sunt. — L. penult. Cod. pro soc.*

Concordâmos em que todos os prazos sejam declarados perpetuamente remiveis: mas entendemos, que nos prazos particulares, ou a designação da epocha para a remissão deve ficar ao arbitrio dos estipulantes, porque ninguem melhor que elles poderá saber o que lhes convêm; ou a assentar-se, que convirá marcar-lhes no Código um termo, esse não seja de menos de 30 annos; devendo o termo de 20 ser applicado sómente aos prazos do Estado, Corporações e Estabelecimentos publicos.

A remissão priva os senhorios de um rendimento annual, ainda que modico, todavia certo e liquido; e receâmos que um termo tão curto para o gôso d'esta vantagem, desanime completamente os proprietarios, e que estes prefiram antes vender, que aforar: o que irá certamente privar d'este meio de adquirir uma propriedade a todos aquelles, que não tiverem dinheiro para a comprar.

A Lei antes de estabelecida, deve ser meditada e calculada, sôbre todas as eventualidades a que pôde dar logar, para que não seja prejudicado o seu fim por effeitos, que o legislador não previu.

### Artigo 1783.º

« Se o foreiro quizer vender ou dar em pagamento o prédio aforado, deverá prevenir o senhorio, declarando-

lhe o preço definitivo, que lhe é offerecido, ou porque entende alienal-o; e se dentro de trintas dias o senhorio não optar e pagar, poderá o foreiro alienal-o livremente.

§ unico. « Optando e pagando o senhorio, fica extinto o aforamento. »

Convimos na doutrina do artigo, nem podíamos deixar de convir, porque é doutrina corrente, que não admite dúvida. Mas somos de parecer, que se conceda tambem ao foreiro a opção, tanto por tanto, quando o senhorio da mesma fórma quizer vender, ou dar em pagamento o dominio directo; porque da concessão d'esta vantagem ao emphyteuta, nenhum prejuizo resultará para o senhorio; e aquelle poderá d'este modo conseguir a remissão do praso, antes da epocha convencionada.

Da circumstancia de não se haver até hoje concedido este direito ao emphyteuta, não póde, a nosso ver, dar-se outra explicação, que não seja: 1.º na origem do contracto a limitada ambição dos emphyteutas, gente ordinariamente de mesquinha condição; — 2.º e posteriormente talvez o prejuizo, devido aos tempos feudaes, de que o aforamento era um *beneficio* do senhorio, e que por conseguinte o foreiro não devia ter direitos eguaes a elle; — e que até seria para o senhorio uma *degradação* ter de se abater ao foreiro, offerecendo-lhe em venda o dominio directo. Mas o tempo d'estas ideias já passou; e hoje, que a Emphyteuse é considerada como um contracto commutativo, não póde, sem se faltar aos

principios de justiça relativa, negar-se ao foreiro o direito da opção.

Para esse fim, o senhorio deverá prevenil-o egualmente e declarar o preço definitivo, que lhe é offerecido, ou por que entende vender o seu direito; e se dentro de trinta dias o foreiro não optar e pagar, poderá o senhorio tambem alienal-o livremente. Mas se o senhorio o vender, sem participar a venda ao foreiro, o contracto poderá ser annullado, a requerimento d'este, a fim de ter logar a sua opção.

E será da mesma fórma applicavel a este caso a disposição dos artt. 1787 e 1788, *mutatis mutandis*, determinando-se, que o dominio directo tambem não possa ser posto em hasta pública, por dividas do senhorio, sem que o foreiro seja citado para o dia da praça, a fim de poder lançar, como qualquer outro; e que se não houver lançador, o emphyteuta poderá optar pela adjudicação no valor, em que esta deva ter logar; comtanto que o declare dentro em tres dias, a contar do último dia da praça, e satisfaça o preço da adjudicação dentro em tres dias, a contar d'aquelle, em que lhe fôr julgada; tudo na conformidade dos sobredictos artigos.

#### Artigo 1789.º

«O senhorio não poderá exigir as prestações atrazadas de mais de cinco annos, senão por obrigação de divida, assignada pelo foreiro com duas testemunhas, ou toda escripta do seu punho ou reconhecida em auto público.»

Tendo-se estabelecido no art. 633, n.º 1.º o principio de que prescrevem pelo lapso de cinco annos entre presentes, ou de dez entre ausentes — os fóros, rendas, alugueres, juros e quaesquer prestações vencidas, que se costumam pagar em certos e determinados tempos; — parecc-nos, que deverá eliminar-se este art. 1789, como repugnante com aquelle principio. Porque, determinando-se aqui, que as prestações atrasadas, ou vencidas de mais de cinco annos, não poderão exigir-se, senão por nova obrigação, celebrada nos termos indicados no artigo; vêm todas ellas, por conseguinte, a prescrever pelo lapso de cinco annos, sem distincção entre presentes e ausentes. Ou, por outras palavras, se passar este artigo, ficará por elle revogado o art. 633, n.º 1.º, que deverá supprimir-se, porque não podem co-existir dentro do Código duas prescripções inconciliaveis, a respeito do mesmo objecto.

O artigo 2277 do Cod. Civ. Fr., que parece ter servido de fonte ao art. 633, n.º 1 do Projecto, marca geralmente o lapso de cinco annos; diz elle:

*« Les arrérages de rentes perpetuelles et viagères; — Ceux des pensions alimentaires; — Les loyers des maisons, et le prix de ferme des biens ruraux; — Les intérêts des sommes prêtées, et généralement tout ce qui est payable par année, ou à des termes périodiques plus courts, — Se prescrivent par cinq ans. »*

Mas o Projecto estabeleceu acolá o de cinco entre presentes, ou de de dez entre ausentes; e só agora é que

adopta a regra geral do Cod. Fr., desfazendo a distincção, que primeiramente fizera.

Porém fallar-se-ha no art. 633, n.º 1.º do direito para continuar a recebê-las, e aqui do direito para receber as atrasadas?

Não; tal distincção não consta dos dous artigos: em ambos elles sómente se tracta das pensões preteritas, ou vencidas; nem tambem o citado artigo do Cod. Civ. Fr., fonte da doutrina, falla das futuras.

Em quanto porém á fórma do reconhecimento do direito prescripto, feito pelo foreiro, parece-nos tambem que bastará adoptar a disposição do art. 641, n.º 4, aonde se diz — que a prescripção se interrompe pelo reconhecimento do direito da pessoa, contra quem se prescreve, ou seja de *palavra*, ou por *escripto*, ou por *factos*, que o induzam necessariamente: porque, se por qualquer d'estes modos fica interrompida a prescripção, e reconhecido o direito do senhorio, ou crédor, para que se ha de exigir um reconhecimento diverso, relativamente ao direito de pedir as pensões preteritas? Para que uma nova obrigação solemne 'neste caso?

Resta-nos porém advertir, que uma tão curta prescripção contra o direito dos senhorios ás pensões vencidas é, em nossa opinião, mal calculada e inconveniente; porque estamos certos, que ha de trazer aos foreiros mais mal, do que bem. Os senhorios nunca mais lhes concederão espera de uns annos para outros, e aquelles mais d'uma vez hão de arrenegar do *funesto presente* da lei!

E um principio, que tende assim a extinguir o espirito de benevolencia e de equidade entre os cidadãos, não pôde ser conveniente á sociedade.

Artigo 1794.º

«No caso de esterilidade extraordinaria, ou de devastação fortuita dos fructos, de sorte que não reste o sufficiente para pagamento da pensão, salvas as sementes, e despesas da cultura, não será o foreiro obrigado a pagar o que faltar, com tanto que proceda nos termos declarados no art. 1711, §. unico.»

*Saepè ego, cùm flavis messorum induceret arvis  
Agricola, et fragili jam stringeret hordea culmo;  
Omnia ventorum concurrere praelia vidi,  
Quae gravidam latè segetem ab radicibus imis  
Sublinè expulsam eruerent: ita turbine nigro  
Ferret hiems culmumque levem, stipulasque volantes.*

VIRG. L. 1, Georg.

No art. 1711, falla o Projecto dos arrendamentos dos prédios rusticos, e diz — que em caso de esterilidade extraordinaria, ou de perda consideravel dos fructos pendentes por algum caso fortuito, para que o arrendatario não haja contribuido, poderá este eximir-se de pagar a renda, entregando os fructos restantes ao senhorio, tiradas as sementes.

E accrescenta no § unico, que o arrendatario só gosará d'este beneficio, prevenindo o senhorio antes que

levante da terra, ou colha das arvores, alguns dos fructos restantes.

Mas a disposição do art. 1794 (juncto este § unico), pela legislação actual é só applicavel aos casos, em que o fôro foi imposto em terrenos já cultivados, e é equivalente á pensão d'um arrendamento; porque o Alvará de 4 de Julho de 1776, manda regular estes aforamentos pelas regras da locação e conducção; e portanto tem 'nelles cabimento a disposição da Ord. L. 4, tit. 27 — *das esterilidades*.

Porém já não procede a mesma regra nos aforamentos propriamente dictos, ou que na sua origem tiveram por objecto terrenos incultos; porque, devendo 'nestes ser diminuto o canon, e só para reconhecimento do dominio directo, não ha ahi logar á redução por causa de esterilidades, ou outros casos fortuitos; e os mesmos Praxistas sómente exceptuam o caso de invasão de inimigos.

No entretanto o Projecto não admitte a distincção do Alvará, e applica geralmente a todos os aforamentos a disposição do artigo, o que não nos parece justo; — porque de facto sempre ha de haver aforamentos *propriamente* dictos, e aforamentos *improprios*, na phrase do citado Alvará; e sendo elles entre si mui differentes, não deviam ser regulados pela mesma providencia, emquanto ás esterilidades e mais casos fortuitos, para o effeito do pagamento do fôro.

Artigo 1806.º

« Todos os prazos fateusins consistentes em prédios rusticos são declarados remiveis, excepto achando-se em fideicommisso temporario, em quanto durar o mesmo fideicommisso.

§. unico. « Se o prédio constar de prédios rusticos e urbanos, tomará o praso a natureza da parte de maior valor para o effeito sobredicto. »

O Projecto, regulando na secção 1.ª d'este cap. os emprasamentos de futuro, disse no art. 1761 :— « Os prazos serão perpetuamente remiveis; excepto se fôr estipulado, que não possam ser remidos por um certo numero de annos, que não poderá exceder a vinte. » E não fez distincção entre prazos consistentes em prédios rusticos, ou em prédios urbanos; admittiu a remissão indistinctamente em todos.

Mas, regulando agora os emprasamentos de preterito, só admite a remissão dos que constarem de prédios rusticos; e ainda que se refira só aos fateusins, a disposição comtudo é relativa a todos; porque, pelo art. 1829, todos os prazos de vidas devem revestir a natureza de fateusins hereditarios em poder dos foreiros, que o forem ao tempo da publicação do Codigo; devendo por conseguinte até eliminar-se d'este artigo a palavra — *fateusins* — que está indicando outras especies, que aliás têm de desapparecer com o nascimento do Codigo.

Qual será pois a razão, por que nos de futuro a re-



missão ha de ter logar em todos, e relativamente aos de preterito, só 'naquelles, que consistirem em prédios rusticos?

Confessâmos, que não podemos descobri-la; e desejamos, que para o futuro não podesse applicar-se a este caso o dicto de Juliano na L. 20, D. *de Legib.* — *Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest.*

Parece-nos todavia que a regra deverá ser a mesma em um e outro caso: porque sempre se aforaram, e hão de continuar a aforar casas e prédios urbanos, ou terrenos para os edificar: no primeiro caso os prédios foram obra dos senhorios, e no segundo serão obra dos emphyteutas. E se para o futuro se admite a remissão indistinctamente em uns e outros emprasamentos, porque não ha de ser o mesmo em relação ao preterito? Aonde ha a mesma razão, deve dar-se a mesma disposição de direito.

#### Artigo 1870.º -

«Se o author da herança e seus herdeiros, ou legatarios, perecerem no mesmo desastre, ou no mesmo dia, sem que se possa averiguar quaes foram os que se finaram primeiro, considerar-se-hão todos fallecidos ao mesmo tempo, e não terá logar entre elles a transmissão da herança ou do legado.»

*Mixta senum ac juvenum densantur funera; nullum  
Saeva caput Proserpina fugit.*

HORAT.

Na verdade acontece ás vezes morrerem muitas pessoas no mesmo desastre, ou no mesmo dia, e ser necessario decidir-se quaes morreram primeiro, para se deferir a successão.

O Juiz deve, sem dúbida, attender a todas as circumstancias do acontecimento, para poder colher algumas presumpções; mas supponha-se, que d'essas circumstancias nada póde colligir-se, *quid juris?*

'Neste caso, por direito romano: 1.º Se eram pae ou mãe e filhos, presumia-se terem sobrevivido os filhos sendo puberes; e os paes, se os filhos eram impuberes. LL. 9 e 22. D. *de reb. dub.*;— 2.º E tractando-se de doações, presumia-se, em favor da doação, ter morrido primeiro o doador. L. 52, §. 14, D. *de donat. inter vir. et ux.*

Mas fóra d'estes casos, a difficuldade ficava sem solução, todos se consideravam fallecidos ao mesmo tempo. L. 18, D. *de reb. dub.* E foi esta a regra, que adoptou o Projecto, sem admittir excepção alguma; a qual ainda que seguida tambem no Cod. da Prussia, P. 1, T. 1, art. 39, e em outros Codigos Allemães, não póde duvidar-se, que deixa o nó por desatar, como diz o auctor do Dig. Port.

O Cod. Civ. Fr. nos artt. 721 e 722 estabelece, 'neste caso, as presumpções, attendendo á força da idade, e *caeteris paribus*, ao vigor do sexo. E Corr. Tell. seguiu o mesmo systema, junctando-lhe a primeira excepção do direito romano, que acima fica apontada.

Não convirá porém adoptar tambem no Codigo algum arbitrio, para resolver a difficuldade?

Não lembraremos, por muito complicado, o systema do Codigo da Sardenha; mas parece-nos, que o do Codigo Civ. Fr. é razoavel e natural.

#### Artigo 1879.º

«A designação de dia ou de tempo, em que deva começar, ou cessar a instituição de herdeiro, haver-se-ha por não escripta.»

Esta doutrina parece transcripta do art. 823 do Codigo da Sardenha, que diz: — *«Dans toute disposition à titre universel, la désignation du jour auquel l'institution d'héritier doit commencer ou cesser, sera réputée non écrite.»*

O Cod. da Sardenha, portanto, adoptou 'neste ponto o direito romano, e o Projecto fez o mesmo. Dizia Papi-niano na L. 34, D. *de heredib. instit.* — *«Hereditas ex die, vel ad diem non recte datur: sed vitio temporis sublato, manet institutio.»*

E o mesmo repelia a Inst. §. 9 *eod.* — *«Heres et pure et sub conditione institui potest: ex certo tempore, aut ad certum tempus non potest.... Denique diem adjectum haberi pro supervacuo placet; et perinde esse ac si pure heres institutus esset.»*

E o fundamento d'esta disposição era — *nequis pro parte testatus mori videretur* — como se collige da L. 7,

*D. de Reg. Jur.* a qual declara: — «*Jus nostrum non patitur eundem in paganis et testato, et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est (testatus et intestatus).*»

Porém observa Vinnio, ao citado §: 9 da Instit. que nas Nações, aonde tal principio não está admittido, é licito instituir herdeiro até certo tempo, ou desde certo tempo por diante. — «*Sed ubi receptum est (diz elle), ut unicuique pro portione bonorum et testato et intestato decedere liceat, ita et ad tempus quisque heredem facere potest, et ex certo tempore, ut aut post tempus, aut antequam dies veniat, intestati hereditas deferatur.*» E o mesmo dizem Stryk, Voët, Gudlin, Furgol, etc.

Vej. Lob. Suppl. ás Acç. Summ. Dissert. 8, §. 35 e seg.

E a nossa L. de 9 de Setembro de 1769, no preambulo, entre os principios de Direito Romano que reprovou, foi um d'elles — *que se não possa morrer em parte testado, e em parte intestado.*

Porém o Sr. Mell. Freir. L.º 3, tit. 5, §. 32, na nota, diz, que o citado principio de Direito Romano não foi só expressamente reprovado pela L. de 9 de Setembro de 1769, mas tambem tacitamente pela L. de 18 de Agosto do mesmo anno, como contrário á *boa razão*: — «*Nulla enim (diz elle), testati et intestati inter se naturalis pugna pro diversa portione, et qualitate bonorum, sed civilis tantum, ea tamen prorsus absurda; non enim ex alio capite, quam ex defuncti persona individua nasci-*

*ur, quam propterea pro parte, et diverso successionis jure repraesentari juris Romani subtilitas haud patitur, quae ratio tam inepta, et stulta est, ut nihil supra.*

*Et quid obstare potest, ut unius hominis plures dissimilibus ex causis heredes fiant? Et ut quis heredem unum habeat ab intestato in bonis emphyteuticis, vel majoratús vinculo suppositis, et alium ex testamento in allodialibus, adventitiis, et proprio labore vel industria acquisitis?*

*Jam verò jure nostro concessum est, ut institutus heres allodialia bona ex voluntate testatoris habeat, emphyteutica a lege, Ord. L. 4, tit. 36 pr., et ut extraneus tertiam bonorum ex testamento capiat, et filii legitimam ab intestato, Ord. L. 4, tit. 82 pr., quod idem est atque diversi generis heredes habere, et pro parte testatum, et pro parte intestatum decedere.»*

Censura depois os que, aferrados ao Direito Romano, pretendem deduzir da Ord. L. 4, tit. 83, §. 3, argumento em contrário, e conclue :

*«Ego verò contra ea dicam fidenter quod sentio, praedictam scilicet regulam Testati indignam prorsus esse, cui hoc tempore aliquis honor tribuatur; idem judicium esto de regula, quae prohibet hereditatem ex die, vel ad diem dari, quae eam pro fundamento habet.»*

E o auctor do Dig. Port. L. 3, art. 1542, assevera tambem, que não está em uso entre nós a disposição do §. 9 da *Inst. de hered. instit.*, e que por conseguinte pôde ser instituido um herdeiro até certo tempo, ou de-

pois que tenha passado certo tempo. E nós, subscrevendo ao juizo crítico do Sr. Mell. Fr., rejeitaríamos o artigo do Projecto, quando mesmo elle estivesse já em uso no nosso paiz.

### Artigo 1912.º

«Os Portuguezes não podem dispôr em favor do estrangeiro, que, segundo a Lei do seu paiz, não possa dispôr em favor de Portuguezes.»

*Si habitaverit advena in terra vestra et moratus fuerit inter vos, non exprobreteis ei: sed sit inter vos quasi indigena: et diligetis eum quasi vosmetipsos.*

LEVITIC.

Identica a esta era tambem a disposição do art. 912 do Cod. Civ. Fr., que dizia: — «*On ne pourra disposer au profit d'un étranger, que dans le cas où cet étranger pourrait disposer au profit d'un Français.*»

E este artigo tinha tido por fim incitar os soberanos estrangeiros a conceder tambem, em seus respectivos Estados, aos subditos francezes o direito de adquirir por testamento.

Porém o principio de uma meticolosa reciprocidade pareceu mesquinho aos francezes; e o citado artigo, bem como o art. 726 do mesmo Codigo, que continha igual disposição a respeito das successões *ab intestato*, foram ambos revogados por Lei de 14 de Julho de 1819, que em logar d'elles dispóz o seguinte:

Art. 1.º «Os artigos 726 e 912 do Código Civil ficam revogados. Em consequencia os estrangeiros terão direito de succeder, de dispôr, e de receber, da mesma fórma que os Francezes, em toda a extensão do Reino.

Art. 2.º «Em caso de partilha de uma herança entre coherdeiros estrangeiros e Francezes, estes levantarão *precipua* sôbre os bens situados em França uma porção igual ao valor dos bens situados em paiz estrangeiro, de que forem excluidos, por qualquer titulo que seja, em virtude de leis, ou costumes locais.»

E esta doutrina, mais generosa, mais humanitaria que a do artigo do Projecto, parecia-nos digna de adoptar-se tambem entre nós. — E estamos certos, que não será d'ahi que hão de vir os nossos males.

Na Austria, porém, na Prussia, nas Duas Sicilias, e em outros paizes ainda se não desistiu do principio da reciprocidade: mas este principio, fundado na falsa theoria de que os estrangeiros não têm direitos, e que não devemos reconhecer-lh'os, senão para que elles os concedam tambem entre si aos naturaes do nosso paiz, é combatido por distinctos philosophos. No entretanto bastará transcrever o juizo crítico de Belime, ácerca d'elle, e a opinião d'um sabio Professor Portuguez.

Diz o illustrado escriptor francez, depois de um curto esbôço historico ácerca da legislação, relativa aos estrangeiros, desde os mais remotos tempos da Grecia: —

«*Ainsi partout, chez les nations primitives, la religion,*

le droit, la justice, furent considérés comme des monopoles réservés aux nationaux.

De nos jours, les philosophes qui sont partis du principe du contrat social, principe nouveau en théorie, mais fort ancien en pratique, ne se sont pas beaucoup élevés au-dessus de ces idées.

Leur théorie ordinaire est que les étrangers n'ont pas de droits, et que nous ne devons leur en reconnaître que pour qu'ils nous en accordent chez eux.

Mais ceux, au contraire, qui croient à des droits éternels, antérieurs aux lois positives, ceux qui croient à l'égalité native de tous les hommes, doivent prendre le contre-pied de cette maxime; et au lieu de dire que les étrangers n'ont de droits chez nous qu'autant que nous avons intérêt à leur en reconnaître, ils diront plutôt qu'ils ont les mêmes droits que les nationaux, sauf ceux dont l'exercice pourrait être dangereux pour le corps social.

Ceci conduit à distinguer entre deux classes de droits très-distinctes, les droits civils et les droits politiques.

Rien de plus naturel que d'exclure l'étranger des droits politiques, dont l'exercice se résout en définitive dans une participation plus ou moins éloignée au gouvernement de l'état. Mais quant au droit civil, qui organise les rapports privés des hommes, conformément à la justice naturelle, on ne voit plus de motifs pour lui en refuser les bénéfices. Le déclarer incapable de succéder ou de posséder des immeubles, comme le font les Anglais, n'est-ce pas proclamer que les lois sur les successions et sur la



*propriété ne sont que la création du législateur, qui peut n'appeler que ceux qu'il veut à profiter de son oeuvre? »*

E com estas ideias concorda o illustre auctor do Compendio do Direito das Gentes, adoptado na Universidade. Diz elle no § 33 e nota, que a toda a nação importa, não tanto por interesse proprio, como por dever de humanidade, acolher os estrangeiros, proteger suas pessoas e bens, e para isso garantir-lhes os direitos civis, e não só os originarios ou provenientes da natureza humana, como são — o direito de adquirir, de contractar, e de liberdade pessoal e real; mas ainda os outros, que as leis do paiz estabelecem para os naturaes, v. g., o de testar, de herdar por successão testamentaria, ou *ab intestato*, de adquirir por prescripção, etc.; porque todos elles são condições necessarias para a conservação e fins racionais do homem.

#### Artigo 1917.º

«Se o testador tiver filhos legitimos, ou legitimados, e filhos perfilhados, observar-se-ha o seguinte:

§ 1.º Se os filhos perfilhados existissem ao tempo, em que contrahisse o matrimonio, de que veio a ter os filhos legitimos, a porção d'aquelles será igual á legitima dos outros, menos um terço.

§ 2.º Se os filhos fôrem perfilhados depois de contrahido o matrimonio, a sua porção não poderá exceder a legitima dos outros, menos um terço, mas sahirá da terça do testador.»

A redacção do § 1.º não está boa: parece-nos que em

logar da primeira linha, que diz: — Se os filhos perfilhados existissem ao tempo, em que contrahisse o matrimonio, etc., — deveria dizer-se: — *Se os filhos já estivessem perfilhados ao tempo*, etc. Porque julgámos ser esta a hypothese, de que ahi se tracta, que vem a ser exactamente a contrária d'aquella, de que se falla no § 2, aonde se diz: — *Se os filhos fôrem perfilhados depois de contrahido o matrimonio*, etc.

Na verdade, elles podiam existir, e não estar ainda perfilhados ao tempo do matrimonio; e se o fôrem ao depois, cahiremos então no caso do § 2.º É portanto indispensavel consideral-os no § 1.º não só existentes, mas tambem *já perfilhados*.

A fonte d'esta doutrina parece ter sido o art. 757 do Cod. Civ. Fr.; mas o Projecto desviou-se muito d'elle, porque o artigo, como já notámos, diz: — «O direito do filho natural (*legalmente reconhecido*) sôbre os bens de seu pae, ou mãe fallecidos, é regulado da maneira seguinte: — Se o pae ou mãe deixarem descendentes legitimos, o direito d'aquelle é de um terço da porção hereditaria que lhe caberia, se fôra legitimo: é de metade, se o pae ou mãe não deixaram descendentes, mas sim ascendentes, ou irmãos ou irmãs: e é de  $\frac{2}{3}$  se não deixaram descendentes, nem ascendentes, nem irmãos ou irmãs.»

O Cod. Civ. Fr. dá portanto ao filho natural, havendo filhos legitimos, só direito a um terço da porção, que lhe competiria, se fôra legitimo; e esta regra procede, quer

o filho natural fôsse reconhecido antes, quer depois do matrimonio, de que nasceram os filhos legítimos; porque o Codigo não faz distincção.

Mas o Projecto dá-lhe uma porção igual á legítima dos outros, menos um terço; com a differença de que se o perfilhamento foi posterior ao casamento, essa porção deverá sair da terça, d'onde a *contrario sensu* se infere que, se foi anterior, tem de sair da legítima.

Já no art. 168 tocámos 'nesta materia, e agora tornaremos a repetir, que realmente nos parece excessiva a porção, que o Projecto assigna aos filhos naturaes; e entendemos que bastaria metade da legítima dos outros, quando se não quizesse adoptar a terça parte. Mas ou seja metade, um terço, ou dois terços, julgámos que deverá sempre sair da terça do pae ou mãe, ou o perfilhamento seja anterior, ou posterior ao casamento. Porque não sendo elles herdeiros *legitimarios*, como o proprio Projecto reconhece, que nunca dá á porção do filho natural o nome de *legítima*, não deve por conseguinte essa porção offender a legítima dos outros.

#### Artigo 1919.º

«Se o testador só tiver, ao tempo da sua morte, outros ascendentes, que não sejam pae e mãe, consistirá a sua legítima em metade dos bens da herança.»

Sendo a legítima dos descendentes sempre as duas terças partes da herança dos ascendentes, em qualquer grau que

os descendentes se achem, embora o art. 1916 se limite a fallar de filhos ou descendentes do primeiro grau: c sendo tambem a legítima do pae e mãe a mesma, que a dos descendentes; parecia-nos justo, que se guardasse egual reciprocidade, a respeito da legítima dos outros ascendentes.

Excepto se o defuncto deixasse tambem irmãos ou irmãs, e se adoptasse o arbitrio, que adiante propomos no art. 2121; porque 'nesse caso deveria ser metade, como aqui se determina, a fim de que a outra metade passasse para estes.

Mas se não agradar o arbitrio, e prevalecer o principio de que os irmãos e seus descendentes excluirão sempre na ordem da successão os ascendentes; então parece de toda a justiça, que a legítima d'estes seja egual á dos descendentes; porque, ficando 'nesse caso muito contingente, que ella lhes chegue um dia á porta, não deverá ao menos ir reduzida só á metade dos bens da herança.

Além d'isso, se o defuncto morre sem descendentes, sem pae e mãe, e sem irmãos ou descendentes d'estes, não lhe bastará a terça para satisfazer ás suas affeições, ou remunerar alguns serviços recebidos?

Esta desigualdade de direitos na familia, parece-nos que longe de apertar, virá relaxar os vinculos do parentesco, e produzir resultados desagradaveis. E as Leis em vez de aniquilar, devem antes respeitar esses vinculos, e promover a vantagem das familias, que são sociedades elementares da maior importancia, assim pela sua natureza, como pela sua influencia na ordem civil.

### Artigo 1925.º

«O legatario porém não responde pelos encargos do legado, senão até onde chegarem as fôrças do mesmo legado.»

Julgâmos que deverá accrescentar-se — *e salvo o seu recurso contra a herança* — para ficar em harmonia com o art. 1951, que diz:— «Se a cousa legada se achar empenhada, será desempenhada por conta da herança.»

Os encargos, a que fica obrigado o legatario, sem esse recurso, são os de que falla o art. 1979, aonde se declara que — «se a cousa legada se achar gravada com algum fôro ou pensão, servidão, ou qualquer outro encargo que lhe seja *inherente*, passará com o mesmo encargo ao legatario.» E o § unico d'esse artigo serve ainda para confirmar a nossa reflexão, porque diz:— «Mas se a cousa estiver obrigada por pensões ou redditos atrasados, serão estes pagos por conta da herança.»

Está visto, portanto, que os encargos, a que se refere o art. 1925, são aquelles de que o legatario tem recurso contra a herança, e não todos e quaesquer; porque só aquelles é que tambem poderão em algum caso exceder as fôrças do legado.

### Artigo 1940.º

«É nullo o legado de cousa, que pertença ao legatario ao tempo da factura do testamento; mas se o legatario adquirir depois a dicta cousa, haverá o seu valor.»

Aqui deverá accrescentar-se tambem depois da palavra, *valor*—o seguinte—*excepto se a adquirir gratuitamente.*

Em tal caso, diz o Codigo da Sardenha no art. 819, ficará sem effeito o legado; e com razão, porque se o legatario nada dispendeu para adquirir a cousa legada, deve cessar o seu direito á indemnisação.—«*Est nul (diz o citado art.) le legs d'une chose qui appartenait déjà au légataire à l'époque du testament.*

*S'il l'a acquise du testateur ou de tout autre depuis le testament, le prix lui en sera dû, pourvu qu'il y ait la réunion des circonstances exigées par l'art. 814, et nonobstant la disposition de l'art. 827; mais, dans les deux cas, le legs sera sans effet, si la chose est parvenue au légataire, à titre purement gratuit.»*

E esta era tambem a decisão do direito romano no § 6, *Instit. de Legat.* — «*Traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem, et in eandem rem concurrere non posse.»*

#### Artigo 1994.º

«O testador, que tiver filhos ou descendentes debaixo do patrio poder, e que não hajam de ficar por morte do testador sob poder d'outro ascendente, poderá substituir-lhes os herdeiros e legatarios, que bem lhe parecer para o caso em que os dictos filhos ou descendentes falleçam, antes que perfaçam 14 annos de sua idade, sem differença de sexo. É o que se chama substituição pupillar.»

O Projecto, querendo dar uma ideia da substituição pupillar, recorreu ao Código da Sardenha, o qual diz na primeira parte do art. 874:— *Celui dont les enfants ou descendants placés sous sa puissance paternelle ne doivent pas retomber sous celle d'un autre ascendant, peut, en les instituant héritiers ou légataires, leur substituer d'autres personnes, même pour le cas où ils viendraient à décéder avant l'âge de seize ans etc.*»

O Código da Sardenha, portanto, seguiu o Direito Romano; o qual, não reputando o casamento um meio de dissolver o poder paterno, considerava o filho casado, e seus descendentes ainda submettidos ao poder do avô: de fórma, que só por morte d'este é que o patrio poder passava para o pae; mas se o pae tivesse sido emancipado antes, os netos por morte do avô ficavam *sui juris*, embora o pae ainda vivesse.

É isto o que nos diz Justin. no princ. da Inst.—*Quib. mod. jus patr. potest. solvit.*— «*Hi vero, qui in potestate parentis sunt, mortuo eo, sui juris fiunt. Sed hoc distinctionem recipit. Nam mortuo patre sanè omnimodo filii filiaeve sui juris efficiuntur. Mortuo verò avo, non omnimodo nepotes neptesve sui juris fiunt, sed ita, si post mortem avi in potestatem patris sui recasuri non sunt: itaque si moriente avo pater eorum et vivit, et in potestate patris sui est, tunc post obitum avi in potestate patris sui fiunt; si vero is, quo tempore avus moritur, aut jam mortuus est, aut exiit de potestate patris, tunc hi, quia in potestatem ejus cadere non possunt, sui juris fiunt.*»

Porém, estes principios nunca fòram recebidos entre nós: tanto pelo direito das Ordenações, como pela propria doutrina do Projecto, o patrio poder só pertence aos ascendentes do primeiro grau; porque pelo casamento, os filhos ficam fóra do patrio poder, e por morte dos paes, os netos não passam para o poder dos avós.

É expressa a Ord. L. 4, tit. 87, § 7:—«Substituição pupillar (diz ella) é a que o pae faz a seu filho pupillo, que tem debaixo do seu poder..... E porque da substancia d'esta substituição, é que se faça a pessoa, que estê em poder do testador, a não póde fazer a mãe a seu filho, nem o ascendente a seu descendente; porque conforme a Lei do Reino, os filhos e filhas pelo casamento ficam fóra do poder de seus paes, e por consequinte, os netos que do tal filho ou filha nascerem não ficam debaixo do poder de seus avós, ou outros ascendentes por morte de seu pae.»

E o Projecto tambem fóra d'este logar, em nenhum outro admitte, que o patrio poder possa pertencer a mais alguem que aos paes; antes no art. 186 declara terminantemente, que na falta ou impedimento dos paes, o poder paternal é supprido pela tutella.

Parece-nos portanto inadmissivel a ideia de substituição pupillar que dá o artigo do Projecto; e que, em logar d'ella, deverá adoptar-se a da Ord. L. 4, tit. 87, § 7.

#### Artigo 1995.º

«A substituição pupillar ficará sem effeito, logo que



o substituido perfaça a idade mencionada no artigo precedente, ou falleça deixando descendentes successiveis.»

*Quodcumque ostendis mihi sic, incredulus odi.*

HORAT.

Na 2.<sup>a</sup> linha a palavra — substituido, deve escrever-se — *instituido*.

Já vimos que o Codigo da Sardenha na primeira parte do art. 874 diz: — que aquelle que tiver filhos ou descendentes debaixo do seu patrio poder, e que não hajam de ficar por sua morte sob poder de outro ascendente, poderá em seu testamento, instituindo-os herdeiros ou legatarios, substituir-lhes outras pessoas, para o caso, em que elles venham a fallecer antes de completar 16 annos (que é a idade em que pelo art. 701 do mesmo Codigo é permittido fazer testamento).

E depois continúa o mesmo artigo — «*Cette substitution devra être expresse, et ne sera point comprise dans la substitution vulgaire. Elle sera sans effet, si l'héritier institué décède après l'âge de seize ans accomplis, ou même si étant décédé avant cet âge, il a laissé des enfants légitimes.*»

Segundo esta parte do artigo, fica por conseguinte sem effeito a substituição pupillar, quando o herdeiro instituido morre depois de haver já completado a idade de 16 annos; ou se, fallecendo antes, deixa comtudo filhos legitimos.

Mas o Projecto, como estabeleceu no art. 1895, n.º 3, a idade de 14 annos, tanto para o varão como para a femea podêrem fazer testamento, viu-se aqui na necessidade, para ir coherente, de reduzir os 16 a 14 annos: e emquanto á segunda hypothese, substituiu as expressões—filhos legitimos—pelas outras—*descendentes successiveis*.

Porém, que deverá aqui entender-se por *descendentes successiveis*? A palavra *descendencia*, como todos sabem, significa a serie dos que procedem, em linha recta, d'um mesmo tronco ou progenitor; mas por via de regra, costuma empregar-se para significar differentes graus d'essa serie, porque sendo os descendentes do 1.º gráu, então propriamente são indicados pela expressão—*filhos*. No entretanto, parece-nos que aqui não será possível tomar-se 'nesse sentido lato; porque uma creança de 14 annos, morrendo, quando muito poderá deixar algum filho, mas nunca netos ou outros descendentes: e porisso entendemos, que impropriamente foi substituida a palavra—filhos, pela palavra—*descendentes*.

Mas supponhamos que sómente se falla de filhos; e vamos vêr o que quererá dizer a expressão—*successiveis*. Será dos *legitimos* ou dos *naturaes*, que quer fallar o artigo?

Dos primeiros parece que não, porque os legitimos todos são *successiveis*, e a expressão applicada a estes, seria uma redundancia inutil. O mais natural pois, é que se refira aos illegitimos, que pela Lei forem *successiveis*,

visto que estes nem todos o são; e tambem porque em regra aos *impuberes* não é permittido o matrimonio.

Porém, entendido assim o Projecto, nem porisso deixámos de lhe achar ainda difficuldades.

Primeiramente, o art. 2142 diz: — «Os filhos illegitimos sómente podem herdar de seus paes ab intestado, sendo perfilhados ou reconhecidos legalmente.»

E terá o *impubere* capacidade *civil* para fazer esse perfilhamento ou reconhecimento solemne? Certamente não; nem tambem nos parece que seja acto, em que possa ser representado pelo tutor. — Arg. do art. 248 n.º 1.

Em segundo lugar: entendido o artigo só a respeito dos illegitimos, achamos tambem que não é exacta a doutrina; porque ainda que o varão, em regra, não possa deixar filhos legitimos morrendo antes dos 14 annos; visto que antes d'essa idade se lhe não permite o casamento, excepto com dispensa, *si malitia suppleat aetatem*, Cap. 14, § de despons. *impuber.*; comtudo, a femea póde deixal-os, porque esta é *nubil* aos 12 annos por Direito Canonico. E ninguem por certo dirá, que morrendo ella antes dos 14, e deixando algum filho legitimo, a substituição pupillar não deva caducar.

Mas já que tocámos 'nesta especie, seja-nos permittida uma reflexão, que vem a pélla. Supponhamos, que a mulher casa aos 12 annos, deverá continuar ainda a ser considerada como *impubere*, para o effeito de não poder fazer testamento antes dos 14?

O Projecto diz que sim, porque no artigo antecedente

(1994) exprime-se geralmente — *antes que façam 14 annos de sua idade, sem differença de sexo.*» E mais claramente ainda fallou no art. 1895, aonde disse — «São inhibidos de testar: 3.º Os menores de 14 annos de ambos os sexos.»

Mas como quer o Projecto combinar tal doutrina com os artt. 281 e 282, que estabelecem que o menor (varão ou femea) ficam emancipados pelo casamento; e que a emancipação habilita o menor para reger seus bens e pessoa, como se fôsse maior?

Ha de pois a mulher, casada antes dos 14 annos, ser por um lado reputada maior, e com capacidade para reger sua pessoa e bens; e pelo outro ainda *impubere*, e sem capacidade para fazer testamento?

Isto não é coherente! O remedio portanto é, ou conservar o que estava, ou aliás declarar no lugar competente, que antes dos 14 annos, nem o varão, nem a femea poderão contrair matrimonio.

Finalmente concluimos, votando que se elimine o último periodo do artigo, que diz — *ou falleça deixando descendentes successiveis.*

#### Artigo 2000.º

«Quando os herdeiros, ou legatarios por partes eguaes fôrem substituidos reciprocamente, entender-se-ha na mesma proporção.»

Parecia-nos, que seria melhor dizer — *por partes des-*

*eguaes*; porque quando entre elles ha egualdade nas porções hereditarias ou legados, então nenhuma dúvida póde haver ácerca da parte, que a cada um deve caber na substituição reciproca: a dúvida só a poderia haver, sendo as partes da primeira disposição *desequaes*; e era esse ponto que o artigo devia resolver, no nosso modo de pensar.

O Codigo da Sardanha, em equal hypothese, diz no art. 878 — *«Lorsque des cohéritiers ou légataires dont les parts sont inégales, auront été substitués réciproquement, la portion établie dans les parts qui leur sont attribuées par la première disposition sera censée répétée dans la substitution.»*

E depois no resto do artigo figura, e resolve a hypothese, que o Projecto apresenta no art. 2001, dizendo:

*«Mais si, outre les premiers appelés, une autre personne a été comprise dans la substitution, tous ceux qui sont substitués auront une égale part à la portion vacante.»*

#### Artigo 2013.º

«Podem ser desherdados por seus paes ou mães:

1.º Os filhos, que attentarem, directa ou indirectamente, contra a vida de seus paes, os espancarem, ou injuriarem gravemente, ou contra elles commetterem qualquer delicto, que importe pena de mais de seis mezes de prizão, ou d'um anno de degredo;

2.º Os filhos, que accusarem criminalmente seus paes, ou os denunciarem á justiça por qualquer crime, que não seja contra elles commettido;

3.º Os filhos, que sem justa causa recusarem a seus paes os devidos alimentos, ou os não soccorrerem e assistirem, precisando do seu soccôrro e assistencia;

4.º Os filhos, que se casarem, sendo menores, contra vontade de seus paes, nos termos do art. 144;

5.º A filha, que se entregar á prostituição.

#### Artigo 2014.º

«As disposições do artigo precedente são applicaveis tanto aos paes como aos outros ascendentes, e tanto aos filhos como aos seus descendentes.»

As Leis de *Dracon* estabeleciam uma só pena contra todas as faltas, ou delictos, era o *último supplicio*: de fórma que os convencidos de ociosidade, ou de haverem furtado apenas alguns fructos, eram punidos com o mesmo rigor, que os sacrilegos e os homicidas! O que fez dizer ao orador Démado—que ellas haviam sido escriptas, não com tinta, mas com sangue.

Quando se lhe perguntava porém a razão d'isto, respondia *Dracon*—que era por ter julgado que as menores faltas mereciam a pena de *morte*, e para as outras que não achára pena maior!

Mas os Athenienses pouco tempo soffreram leis tão duras; ellas fôram em breve substituidas pelas de Solon.

Os Stoicos tinham tambem por dogma:—*Æqualia esse peccata et recté facta*. — Cic. 3.º *Paradox*.

Porém Horacio, L. 1, Saty. 3.ª refutou completamente

tal *paradoxo*. Citaremos sómente as seguintes passagens do Poeta philosopho :

*Quis paria esse fere placuit peccata, laborant  
Cùm ventum ad verum est: sensus moresque repugnant,  
Atque ipsa utilitas, justì propè mater et aequi.  
..... Cur non  
Ponderibus modulisque suis ratio utitur? ac res  
Ut quaeque est, ita suppliciis delicta coercet?  
..... Adsit  
Regula, peccatis quae poenas irroget aequas,  
Ne scuticâ dignum horribili sectère flagello.*

Não approvando nós porém, nem a ferêza das Leis de *Dracon*, nem o celebre *paradoxo* dos Stoicos, — *Omnia delicta esse paria*; é claro, que rejeitâmos a doutrina do Projecto nos artigos citados, aonde não se encontra senão uma só pena, a desherdação completa da legitima (*a maxima no seu genero*), imposta indistinctamente a faltas, ou injúrias inteiramente deseguaes.

Com effeito, poderá comparar-se em gravidade a tentativa de morte, directa ou indirecta, com a simples injúria de palavras, ou ainda com a injúria real? A accusação criminal, ou a denuncia á Justiça, com a recusa da prestação de alimentos? O casamento contra vontade dos paes, com a prostituição da filha? Certamente não: e todavia a punição é sempre a mesma! É a doutrina de *Dracon* em toda a sua força, excepto emquanto á *qualidade* da pena!

Isto porém é querer, ou que a pena nunca seja appli-

cada por injusta e desigual; ou que o delinquente pratique sempre o maximo dos actos criminosos, visto que não terá porisso maior castigo, que aquelle, em que incorreria por uma simples injúria verbal!

Applique-se pois muito embora a privação da legitima na sua totalidade, mas só em caso de tentativa de morte: em todos os outros ella deverá ser sómente parcial, e graduada segundo a maior ou menor gravidade da injúria.

O Projecto adoptou este principio em um caso unicamente, que é o do art. 144, aonde se determina, que o filho menor, não emancipado, que se casar contra vontade expressa de seus paes, e não supprida por decisão do conselho de familia, só poderá ser desherdado em metade de sua legitima; e perderá o direito de exigir alimentos. Mas porque se não havia de applicar esta, ou outra similhante modificação, tambem a outros casos?

Parecia-nos, que da privação total ou parcial da legitima, combinada com a privação simultanea dos alimentos ou sem ella, poderia formar-se um systema penal domestico, que dêsse a esta parte do nosso Direito um aspecto mais racional, do que aquelle que lhe imprimiu a Nov. 115 de Justiniano, fundada na falsa doutrina dos Stoicos, e nos prejuizos da Legislação Draconica.

Esse novo systema seria certamente mais effcaz para conter os parentes dentro dos limites de seus mutuos deveres; porque, sendo a pena da desherdação sempre proporcionada ao grau da injúria, seria tambem mais facilmente applicada.



De penas muito severas nunca se faz uso, e a impunidade sendo então certa, a consequencia é a relaxação dos costumes.

Entre os francezes foi porém cassado aos paes o poder de desherdar, por Lei de 7 de Março de 1793; e posteriormente aos filhos e irmãos: e o *Codigo Napoleon*, pelo seu silencio sôbre a desherdação propriamente dicta, manteve aquella disposição.

No entretanto, os mais Codigos modernos têm geralmente consagrado este poder domestico, que nós tambem folgámos de vêr conservado no Projecto,

*Ne vaga prosiliat fraenis natura remotis.*

Mas é necessario regulal-o de uma maneira racional, e abandonar o monstruoso systema penal da Ord. L. 4, titt. 88 e 89, e da Nov. 115, capp. 3.º e 4.º

#### Artigo 2017.º

«A desherdação só póde ter lugar em testamento, e com expressa declaração de causa.»

Não achámos irregularidade, ou inconveniente algum em que a desherdação possa fazer-se tambem fóra de testamento, comtânto que seja em auto ou escriptura pública, ou por meio de acção intentada contra o que se pretende desherdar.

É verdade, que a Ord. L. 4, tit. 82, § 2, falla só-

mente do testamento; diz a Ord.:—«E declarando o pae, ou mãe em seu testamento a causa ou razão por que desherda seu filho legítimo, etc.» E alguns escriptores, fundados na letra d'ella, e na da sua fonte, que foi a Nov. 115, não admittem, com effeito, outro acto para fazer a desherdação.

Porém observa Almeida e Sousa, Obrig. recipr. § 367, e com razão a nosso vêr, que tanto a citada Ordenação como a sua fonte, fallaram só do testamento, por ser ahi que ordinariamente costuma fazer-se; mas que não póde d'ahi inferir-se, que o nosso Legislador excluísse outro qualquer modo de a fazer, quando na mesma Ord. tit. 63, § 9, elle permite a revogação da doação por escriptura pública, testamento, ou acção intentada contra o donatario.

E esta opinião, que, como dizemos, julgámos bem fundada, póde corroborar-se ainda com o assento 4.º de 20 de Julho de 1780, o qual no caso da Ord. L. 4, tit. 88, § 1, declarou: — «que o pae póde em sua vida intentar acção para fazer declarar a filha incurso na pena de desherdação; porque ainda que esta regularmente se costuma fazer no testamento, não ha lei que prohiba usar o pae em sua vida do direito, que pelo mesmo facto da filha logo se lhe transfere; posto que o effeito da desherdação só se verifique depois da morte, e a desherdação seja revogavel, quando o pae póde remittir a injúria, etc.»

Já no tempo, em que escreveu João Martins da Costa, parece que estava em prática celebrar-se tambem por

escriptura; porque nas suas *Annotaç.* a Caminha, deixou um formulario para ella, suppondo poder fazer-se por este modo, independentemente de testamento; e o citado Alm. e Sous. confessa ter visto muitas assim celebradas.

Suppostas pois estas razões, e attendendo a que o Projecto, no art. 1887 e seu additamento (no fim), admitte que a revogação do testamento, ou seja no todo ou em parte, possa fazer-se não só em outro testamento com as solemnidade legais, mas tambem por *auto* ou *escriptura pública*; parece-nos, que nenhuma dúvida pôde haver em admittir tambem a desherdação por escriptura, termo legal, ou por via de acção.

#### Artigo 2020.º

«O que se aproveitar dos bens desherdados será obrigado a prestar alimentos ao desherdado, se não tiver outros meios de subsistencia, mas não além dos rendimentos dos ditos bens; salvo se os dever por outra causa.»

Esta doutrina, á excepção da última clausula — *salvo se os dever por outra causa* — parece ter sido extractada do Codigo da Sardenha, que diz no art. 743: — «*Celui qui, par l'effet de l'exhérédation, profitera de cette part (la legitimaire), devra fournir des aliments à l'exhéréde, à moins que celui-ci n'ait d'autres moyens d'existence; il ne sera cependant pas tenu de les fournir au-delà des fruits de la part legitimaire.*»

E em regra, não ha dúvida, que a obrigação de pres-

tar alimentos transmite-se com a herança do obrigado a elles, como diz o Projecto no art. 178. E em conformidade tambem com ella, o Codigo da Sardenha manda prestal-os ao desherdado por aquelle, que entrar no gôso da porção legitimária, de que este foi privado; porque pelo referido Codigo o desherdado não fica, por effeito da hesderdação, excluido do direito aos alimentos.

Mas, tendo o Projecto estabelecido no art. 181 n.º 2, «que cessa a obrigação de alimentos nos casos em que a desherdação pôde ter logar», é claro, que, julgada procedente a desherdação, o fica tambem a privação de alimentos; e por conseguinte os bens do defuncto, inclusivamente os que deveriam pertencer ao desherdado, passaram exonerados d'esse encargo para os herdeiros.

O Projecto mesmo parece reconhecer este principio no art. 2015, aonde diz: — «Os filhos dos desherdados, ou seus descendentes, que sobrevivêrem aos testador, haverão a legítima de que seus paes ou ascendentes fôrem privados; mas não poderão estes gosar do usufructo, administrar a legítima, ou succeder 'nella ab intestado.» E não resalva ahi o seu direito aos alimentos.

Entendemos portanto, que ou deverá modificar-se a regra, estabelecida no art. 181, n.º 2, de que a obrigação de alimentos cessa nos casos em que a desherdação pôde ter logar; ou eliminar-se este art. 2020, como incompativel com ella.

Artigo 2029.º

«O encargo de testamenteiro será gratuito; salvo se alguma retribuição lhe fôr attribuida pelo testador.»

Esta disposição equivale a determinar, que se o testador não estabelecer algum premio ao testamenteiro, este nada poderá exigir em remuneração do seu trabalho. A nossa Lei actual, Ord. L. 1, tit. 62, não estabelece premio, é verdade, se o testador o não determinar; mas tambem não prohibe, directa nem indirectamente, qualquer retribuição, no silencio do testador; e os Praxistas têm entendido, que se o testador a não estabelecer, e o testamenteiro não fôr herdeiro ou legatario, poderá sem contradicção alguma requerer ao Juiz, que lh'a arbitre — *pro modo facultatum defuncti, et ad loci consuetudinem*. — Pinheiro, de testam. Append. n.º 258. — Mell. Fr, L. 3, tit. 6, § 15. — Dig. Port., L. 3, art. 1847.

E esta opinião parece-nos digna de seguir-se, porque póde haver testamentarias muito trabalhosas; e se o testador, talvez por esquecimento, não deixou gratificação ao testamenteiro, este deve ter direito a exigil-a.

O Projecto esqueceu-se aqui do que estabelece em caso analogo no art. 252, aonde diz: — «O tutor tem direito a ser gratificado; e se esta gratificação não tiver sido fixada pelos paes do menor em seu testamento, será arbitrada pelo conselho de familia, comtanto que não exceda a vintena dos rendimentos liquidados dos bens do menor.»

Propomos portanto que se declare tambem, que o tes-

tamenteiro terá direito á gratificação, embora o testador lh'a não arbitrasse. É preciso haver coherencia nas disposições do Codigo, para que não pareça que se legislou sem systema.

Se o trabalho de tutor dá direito a uma remuneração, porque o não ha de dar tambem o de testamenteiro? E sem ella quem ha de querer encarregar-se de qualquer testamentaria, não sendo herdeiro ou legatario?

### Artigo 2036.º

«Sendo os herdeiros maiores, não procederá o testamenteiro a inventario judicial, salvo se assim o requererem os interessados.

§ unico. O testamenteiro não tomará comtudo conta dos bens do testador, sem que os faça relacionar por um escrivão ou tabellião, com citação dos interessados.»

Diz o artigo, que sendo os herdeiros maiores não procederá o testamenteiro a inventario judicial, salvo se assim o requererem os interessados. Mas determinando o § unico, que em todo o caso o testamenteiro não tomará conta dos bens, sem os fazer relacionar por um escrivão ou tabellião, com citação dos interessados; é pouco mais ou menos obrigar-o sempre a fazer inventario judicial!

E porque se não ha de acrescentar ao § unico a seguinte excepção: — *Salvo se o testador tiver nomeado pessoa da sua confiança para servir de escrivão do inventario?*

A Ord. L. 1, tit. 62, § 3, diz: — «Outrosi os testadores poderão dar auctoridade a qualquer pessoa de que confiem, para escrever a receita e despesa, que seus testamenteiros hão de fazer. E á escriptura de tal pessoa será dada fé, assim como aos tabelliães publicos, quando taes autos fazem.»

E parecia-nos que não deveria tirar-se aos testadores esta regalia: porque os ha taes, que tudo querem que seja desempenhado por pessoas da sua confiança, e escólha.

Votámos portanto pela doutrina do art. 1839, do L. 3.º do Dig. Port., que diz: — «O inventario deve ser feito com assistencia de um tabellião de notas do logar ou terreno. Porém o testador póde dar auctoridade a uma pessoa de sua confiança para servir de escrivão do inventario, e da receita e despesa da testamentaria; e ser-lhe-ha dada tanta fé, como a um tabellião público.» Ord. L. 1, tit. 62, § 3, e tit. 78, § 7.

#### Artigo 2041.º

«Sendo dois ou mais os testamenteiros nomeados, e não quizerem, ou não podérem intervir na gerencia conjunctamente, valerá o que um d'elles fizer sem o outro, mas serão todos solidariamente responsaveis pelos bens da herança de que hajam tomado conta.»

O artigo suppõem que todos os nomeados acceitaram, e que ao depois ou um ou outro não quizeram, ou não poderam intervir na gerencia, e 'neste caso declara-os

todos *solidariamente* responsaveis; e com razão, porque resultariam grandes embaraços e delongas, se qualquer acto da gestão não podesse ser executado, senão conjuntamente por todos. Presume-se por conseguinte, que segundo a intenção do testador, cada um dos executores tem, na falta dos outros, o poder de obrar, como se só elle tivesse sido o escolhido: mas todos os que acceitaram, são responsaveis.

E esta é também a decisão do art. 1033 do Cod. Civ. Fr.; excepto se o testador tiver dividido as funcções d'elles, e cada um se restringir á parte que lhe couber na distribuição; o que nos parece deverá também declarar-se no artigo do Projecto. Mas o Cod. Civ. Fr. falla sómente da responsabilidade pelos moveis, e 'nesta parte julgámos melhor o Projecto, porque comprehende na responsabilidade *solidaria* todos os bens da herança.

Mas figure-se agora a hypothese de que algum ou alguns não quizeram acceitar a testamentária, *quid juris?*

Delvincourt e Duranton dizem, que a recusa de um impedirá os outros de obrar, porque deve suppor-se que a mente do testador era que todos acceitassem, por haver contado com a capacidade de todos. Porém Marcadé achando exacta esta opinião até certo ponto; entende todavia, que é preciso, que conste claramente dos termos do testamento, que essa era a vontade do testador, aliás os que acceitaram poderão obrar simultaneamente. :

E porque não ha de o Projecto resolver todas estas difficuldades, emquanto é tempo?



#### Artigo 2048.º

«Testamento público diz-se o escripto por tabellião na sua nota, ou livro de registro.»

#### Artigo 2049.º

«O testador, que quizer fazer testamento por esta fórma, declarará sua última vontade perante qualquer tabellião, e quatro testemunhas idóneas.»

Tanto aqui como no art. 2058, em que se tracta da approvação do testamento cerrado, emprega o Projecto as expressões — *perante qualquer tabellião*; mas como é necessario que em ambos os casos o tabellião tenha o character de *official público* no lugar, aonde esses actos se practicarem; para evitar dúvidas, parecia-nos, que melhor fôra supprimir a palavra — *qualquer*; ou aliás accrescentar — *do lugar ou termo*. Vej. Ord. L. 1, tit. 80, § 3.

#### Artigo 2057.º

«O testamento cerrado pôde ser escripto pelo testador, ou por outra pessoa a seu rogo, mas será sempre rubricado, numerado, e assignado pela pessoa que o escrever.»

#### Artigo 2058.º

«O testador apresentará a qualquer tabellião a sobredicta disposição, perante duas testemunhas sendo escripto por elle, e perante quatro sendo escripto por outrem, declarando como aquella é a sua última vontade.»

Artigo 2059.º

«Em seguida, e sempre na presença das sobreditas testemunhas e do testador, coserá e sellará o tabellião o testamento, e lavrará sôbre a face exterior da folha, que servir de involucro, termo, em que se declare, como o testamento fôra apresentado na fórma sobredicta, etc.»  
Veja-se no Projecto o resto do artigo.

No testamento *público* exige o Projecto quatro testemunhas, e o tabellião; ou cinco além do tabellião, se o testador não podér, ou não souber escrever, devendo a quinta assignar a seu rogo, artt. 2049 e 2053.

Mas na approvação do testamento cerrado exige sómente duas e o tabellião, se o testamento fôr escripto pelo testador; e quatro, sendo escripto por outrem; devendo perante ellas declarar o testador como aquella é a sua última vontade, etc.

Não sabemos porém que razão teve o Projecto para exigir, na approvação d'este, menor numero de testemunhas do que 'naquelle; porque é o inverso do que em todas as Legislações se observa, desde os mais remotos tempos. Ahi ou o numero de testemunhas é igual para todas as especies de testamentos; ou se se estabelece differença para mais, é sempre na approvação do testamento cerrado, como mais sujeito a fraudes.

Os Romanos requeriam o numero de sete em todos elles, ás quaes devia accrescer mais uma, se o testador

não soubesse, ou não pudesse assignar. L. 21, L. 28, § 1.º  
Cod. de testam., L. 23, D. qui testam. fac. poss.

A Nov. 41 do Imperador Leão não exigiu mais de cinco; mas essa Nov. não foi adoptada senão no Imperio do Oriente, como observa Vinnio: ainda que foi esta disposição a que seguiram os nossos Legisladores, como se vê da Ord. L. 4, tit. 80 pr., § 1 e 3.º, que requer o n.º de cinco, tanto no testamento *público*, feito nas notas por tabellião, como no testamento *cerrado* com approvação nas costas, e no *aberto* por escripto particular; além da pessoa que escrever o testamento, ou seja o tabellião, ou uma pessoa particular (nas duas últimas especies); devendo uma d'ellas assignar a rogo do testador, se este não souber, ou não poder escrever.

Os Codigos modernos, porém, tem-se desviado um pouco d'esta uniformidade numerica. O Cod. Civ. Fr. no art. 969, admitte tres especies de testamento—o olographo, o feito por acto público, e o celebrado em fórma mystica. E nos artigos seguintes apresenta os requisitos de cada um d'elles.

O primeiro é escripto, datado, e assignado pelo testador, sem precisar de alguma outra formalidade para a sua validade: no que é feito por acto público, bastam só duas testemunhas, assistindo dois Notarios, ou quatro, se assiste só um: mas se o testamento é mystico ou secreto, então são necessarias seis testemunhas, além do Notario: e se o testador não sabe ou não póde assignar, exige-se ainda mais uma, que assigne e declare a causa, porque

o testador não assigna, e ella fôra chamada. Artt. 971, 976 e 977.

Vê-se por conseguinte, que o Legislador francez não querendo adoptar, como os Romanos, o mesmo numero de testemunhas para todos, estabeleceu a differença para mais no testamento *cerrado*, aonde exige quasi um numero duplo, em relação ao testamento público.

O Codigo da Sardenha seguiu tambem o mesmo systema: no testamento público exige quatro testemunhas além do Notario: e no secreto, quando se tracta da sua approvação, além do Notario requer cinco testemunhas, artt. 745 e 751.

O da Hollanda, no *público* exige sómente duas testemunhas, e o Notario, art. 985; e no *mystico*, além do Notario, seis testemunhas pelo menos, art. 987.

O da Bolivia, no primeiro, além do Notario, tres testemunhas, art. 668; e no segundo sete, além do Notario, ou d'outro official público da localidade, na falta d'aquelle art. 673.

O da Luisiana requer no testamento público, fôra o tabellião tres testemunhas, sendo residentes no mesmo lugar, ou cinco residindo ellas em outra parte, art. 1571; e no secreto, exige ou cinco ou sete, nos termos da referida distincção, etc.

E geralmente em todos os Codigos, quando se não requer maior numero de testemunhas no testamento *cerrado* que no público, pelo menos nunca se exige menor.

Propomos portanto que se adopte no nosso Codigo o

mesmo principio, pelo risco que corre o testamento secreto de ser falsificado, quando não é escripto pelo proprio punho do testador.

#### Artigo 2092.º

«Se quatro testemunhas, pelo menos, fôrem maiores de toda a excepção, e perfeitamente conformes sôbre todas, e cada uma das circumstancias declaradas no artigo precedente, haver-se-hão por sufficientes para o effeito da redução: de contrário será declarada improcedente e nulla.»

#### Artigo 2093.º

«Se, entre o fallecimento do testador e a redução do testamento, se finar alguma ou algumas das testemunhas, será o testamento reduzido com as restantes, comtanto que não sejam menos de tres, perfeitamente contestes, e maiores de toda a excepção.

§ 1.º A mesma disposição terá logar em caso de ausencia ou desaparecimento de alguma, ou de algumas das testemunhas, de fórma que d'ellas se não saiba parte, não havendo dolo no seu desaparecimento.

§ 2.º Sabendo-se do logar, em que existem, serão inquiridas por deprecada.»

*Cùm res per testium solemnitate ostenditur:  
tunc et numerus testium, et nimia subtilitas re-  
quirenda est.*

O Projecto no art. 2085 exige, como necessarias no testamento *nuncupativo* seis testemunhas idoneas, as quaes na *reducção* devem depôr sôbre todas as circumstancias estabelecidas no art. 2091.

1.º No art. 2092, suppondo-as todas presentes ao acto da *reducção*, admite que este possa effectuar-se, ainda que duas d'ellas discrepem das outras, ou contestem aquellas circumstancias; uma vez que quatro, maiores de toda a excepção, sejam conformes:

2.º No art. 2093, admite igualmente, que, morrendo alguma ou algumas no intervallo entre o fallecimento do testador e a *reducção*, esta possa ainda verificar-se com as restantes, comtanto que não sejam menos de tres contestes, e maiores de toda excepção:

3.º E finalmente applica esta mesma disposição ao caso de ausencia, ou desaparecimento de alguma ou de algumas, de fórma que d'ellas se não saiba parte, não havendo dolo no seu desaparecimento.

Quando no art. 2085 vimos estabelecida a regra, contámos logo que a *guillotine* não estaria longe d'ahi!

E com effeito não nos enganámos.

Mas se o Projecto, exigindo nos outros testamentos menor numero de testemunhas, neste julgou necessarias não menos de seis, e todas *idoneas*, de fórma que se uma o não fôr, já o testamento não poderá *reduzir-se*; parece que em caso nenhum deveria admittir menor numero, e que, faltando alguma das seis, a *reducção* ficaria improcedente!

Com effeito, esta é a opinião mais geralmente seguida (Vej. Lobão, Not. a Mell. Supplem. Dissert. 3.<sup>a</sup>); porque o grande numero de testemunhas, e solemnidades que nos testamentos se exige, é para occorrer a falsidades, como diz o Assento de 17 de Agosto de 1811.

E a L. final, Cod. de *fideicom.* diz da mesma fórma: — «*Cum res per testium solemnitate ostenditur: tunc et numerus testium, et nimia subtilitas requirenda est. Lex enim, ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum, majorem numerum testium expostulat: ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur.*»

E no testamento *nuncupativo*, ainda mais que nos outros, é indispensavel um avultado numero d'ellas; porque ahi servem não só para solemnidade, mas tambem para prova da vontade do testador, visto não constar ella por escripto: é sem dúvida ' neste que é maior o perigo das falsidades, e que porisso deve ser tambem maior o numero das testemunhas.

Mas julgar sufficientes para a redução sómente quatro, quando duas discordarem ou contestarem a disposição no todo ou em parte — ou admitir só tres, quando as outras tiverem morrido ou desaparecido; é em última analyse exigir, para a prova e substancia d'este testamento, menor numero d'ellas que nos testamentos escriptos; e por consequente augmentar os perigos, a que elle já estava exposto, mesmo com as seis testemunhas.

Votâmos, portanto, que o numero das seis seja *taxativo*, e que, quando alguma morrer ou desaparecer sem

se saber aonde está, o testamento fique sem effeito; porque é melhor que o defuncto morra *ab intestato*, do que poder-se-lhe attribuir uma disposição que elle não fez; o que tanto mais facil será, quanto menor fôr o numero das testemunhas que se exigir para a prova.

No Cod. Civ. Fr., no da Sardenha, e em outros, não foi admittido o testamento *nuncupativo* á hora da morte, pelos riscos a que está sujeito: nós porém, queriamol-o, mas acompanhado de todas as garantias necessarias para evitar as fraudes, e insidias dos *herediptas*, que tão variadas são, como diz *Petronio*.

#### Artigo 2094.º

« Se o testador tiver o seu testamento escripto e assignado por seu proprio punho, poderá apresental-o, e declarar, na presença de tres testemunhas idoneas, como aquella é a sua última vontade, e valerá como se a disposição fôsse approvada por official público, com tanto que uma das testemunhas lance por termo a data, e declaração do testador, e todas assignem por extenso.

§. *unico*. « Esta disposição não carece de ser reduzida a pública fórma, e produzirá o seu effeito, em quanto não fôr convencida de falsidade, ou não fôr annullada segundo os principios geraes.»

Este testamento, que impropriamente se denomina *nuncupativo* no art. 2084, e que é escripto e assignado pelo testador, e apresentado fechado perante tres testemunhas,



declarando simplesmente o testador, que é a sua última vontade, sem ser necessaria a sua leitura, e a *reducção* posterior; nunca foi admittido entre nós, nem approvâmos que o seja.

O facto de lançar uma das tres testemunhas, por termo, a data e declaração do testador, e de o assignarem todas tres por extenso; não pôde certamente dar ao acto a mesma força, que se a disposição fôsse approvada por official público; aliás seria inutil a doutrina do art. 2058 na parte, em que exige o tabellião, e duas testemunhas para a approvação do testamento cerrado, escripto pelo testador; porque por mais uma testemunha que servisse de official público, nunca se chamaria tabellião; e poupavam-se assim tambem alguns vintens!

A Ord. L. 4, tit. 80, §. 3, fallando do testamento aberto, por escripto particular, que deve ser lido na presença de cinco testemunhas, diz, é verdade, que o testador que escrever o testamento, ou a pessoa privada que lh'o escrever, seja havida em lugar de tabellião; mas é para o effeito sómente de com ella se completar o numero das seis pessoas, e não porque essa, que escreveu a disposição, tenha a mesma fé, que o tabellião; de outro modo, não seria o testamento mandado reduzir a pública fórma, depois da morte do testador.

Parece-nos comtudo que esse testamento *olographo* de que falla o artigo, poderá converter-se em *nuncupativo*, se o testador proximo á morte o ler, ou mandar ler perante seis testemunhas, e declarar que aquella é a sua

derradeira vontade; comtanto que depois da sua morte seja reduzido a pública fórma. Vej. Dig. Port. L. 3, art. 1802.

O Projecto, entre os testamentos privilegiados, conta o militar, o marítimo, e o testamento externo ou feito em paiz estrangeiro; e não falla do que é feito em tempo de peste.

O Cod. Civ. Fr. porém, excluindo outros, admittiu comtudo, no art. 985, o que é feito em logar, cuja comunicação esteja interrompida por causa de peste, ou molestia contagiosa; permittindo fazel-o ahi perante o juiz de paz, ou qualquer official municipal, com duas testemunhas sómente. E este privilegio é concedido não só aos que estão atacados da molestia, mas até mesmo aos que o não estão, e ahi residem, como declara o artigo immediato.

O Cod. da Sardenha adoptou a mesma disposição, dando-lhe ainda maior desinvolvimento.

O da Austria admittie tambem este testamento nos artt. 597 e 598; o da Hollanda, no art. 995; o da Saxonia, no art. 151, etc. E outros mais Codigos o têm igualmente auctorisado.

E a nós parece-nos, que se não deverá omittir no nosso Codigo; porque infelizmente por experiencia propria temos por vezes já visto a necessidade que d'elle havia 'nesses tempos de calamidade pública, por que havemos passado, em que o terror para nada dava logar:

*Nec poterat quisquam reperiri, quem neque morbus,  
Nec mors, nec luctus tentaret tempore tali.*

LUCRET. L. 6.

### Artigo 2121.º

«A successão legitima defere-se na ordem seguinte:

- 1.º Aos descendentes;
- 2.º Aos paes;
- 3.º Aos irmãos e seus descendentes;
- 4.º Aos ascendentes não comprehendidos no numero 2.º;
- 5.º Aos transversaes não comprehendidos no numero 3.º;
- 6.º Ao conjuge sobrevivivo;
- 7.º À fazenda nacional.»

As disposições d'este artigo vêm trazer ao nosso direito estabelecido graves alterações: o objecto é importante, e merece séria meditação.

Nós confrontaremos o artigo com o nosso direito, com o direito romano, com o Código da Prussia, e com o Cod. Civ. Fr., que nos parecem ter-lhe servido de base; e, depois de havermos notado os pontos de contacto e as discrepancias entre elle, e estas differentes legislações, daremos em poucas palavras o nosso parecer, já que não podemos esquivar-nos a isso.

Justiniano na Novella 118, estabeleceu as tres ordens de successão — dos descendentes — ascendentes — e collateraes, as quaes foram depois adoptadas, como base

d'esta doutrina, por todas as legislações posteriores, com mais ou menos modificações.

Porém ainda que o direito romano, e as legislações subsequentes concordem todas em chamar primeiramente os descendentes; todavia, em quanto aos ascendentes e collateraes, apresentam muitas variações.

Deixaremos porém de fallar dos descendentes, visto que o Projecto, 'nessa parte, está conforme com o nosso direito, e com todos os Codigos; e vamos á segunda ordem de successão — a dos ascendentes.

O Projecto, na falta de posteridade, faz passar inteira a herança do defuncto para o pae e mãe, ou para aquelle dos dous, que lhe sobreviver, sem admittir o concurso de outros parentes: e 'neste ponto conformou-se com a nossa Ord. L. 4, Tit. 96 pr.—e com o Codigo da Prussia, P. 2, Tit. 2, Secç. 6, artt. 489 até 491, que adoptou a mesma regra, e excluiu os irmãos e irmãs do defuncto; mandando dividir a herança em partes eguaes, entre o pae e mãe, se ambos são vivos, ou dando-a inteira ao que dentre elles sobreviver.

Porém o Cod. Civ. Fr. afastou-se d'esta doutrina, e aproximou-se um pouco mais da do direito romano; — porque determina no art. 748, que se o defuncto morrer sem descendentes, e deixar pae e mãe, irmãos e irmãs, ou descendentes d'estes; a herança se dividirá em duas partes eguaes, metade para o pae e mãe, e a outra metade pertencerá aos irmãos e irmãs, ou seus descendentes.

Era esta, com effeito, tambem a regra do direito romano novissimo, mas com algumas differenças.

Este, na falta de posteridade, fazia passar a herança *ab intestato* para os ascendentes, metade para os da linha paterna, e metade para os da materna; e da mesma fórma, que no Codigo da Prussia, se só existia pae ou mãe, esse recebia toda a herança, e excluia os outros ascendentes; porque 'nesta ordem não se admittia o direito de representação, assim como se não admitte nas legislações modernas; e por conseguinte o mais proximo em gráu em qualquer das linhas, excluia sempre os mais remotos de ambas ellas.

Mas se o defuncto deixava, ao mesmo tempo, irmãos e irmãs *germanos*, estes e os filhos dos predefunctos eram chamados tambem a succeder com os ascendentes, quer estes fossem do primeiro, quer de graus ulteriores. Mas não entravam ahi os irmãos e irmãs unilateraes — nem tambem os descendentes dos *germanos* além do 1.º grau (como aliás determina o Codigo Francez); porque na linha transversal o direito de representação não passava dos filhos de irmãos. E até nem Justiniano fallou em sobrinhos no cap. 2.º da Nov. 118, posto que depois os admittisse pela Nov. 127, cap. 1.º

Eis aqui os principios d'estas differentes legislações, ácerca da 2.ª ordem de successão marcada no artigo; e é facil de ver, que o Projecto em nada alterou, 'nesta parte, o direito estabelecido entre nós. Vamos á 3.ª ordem: —

Na falta de pae e mãe, o Projecto chama os irmãos do defuncto, sem distincção entre *germanos* e *unilateraes*, e os descendentes d'elles, sem limitação de grau.

'Neste ponto porém desviou-se inteiramente da citada Ord. L. 4, tit. 96 pr., que exclue da successão todos os collateraes, emquanto houver ascendentes: — e tambem se afastou do direito romano, porque este chamava os irmãos e irmãs *germanos*, e os filhos dos predefunctos, não para *excluir*, mas para *concorrer* com os ascendentes; e não admittia a este concurso irmãos unilateraes.

Seguiu por conseguinte o Cod. Civ. Fr., que no art. 750, determina, que na falta de posteridade e de pae e mãe, sejam chamados á successão os irmãos, irmãs e seus descendentes, com exclusão dos ascendentes, e dos outros collateraes: — «*En cas (diz o art.) de prédécés des père et mère d'une personne morte sans postérité, ses frères, soeurs ou leurs descendants sont appelés à la succession, à l'exclusion des ascendants et des autres collatéraux.*»

O Cod. da Prussia, P. 2, Tit. 2, Secç. 6, art. 492, tinha já adoptado tambem o mesmo principio, mas com alguma differença; porque esse chama, para excluir os avós, sómente os irmãos *germanos* do defuncto e seus descendentes; ao passo que o Cod. Civ. Fr., sem fazer distincção entre irmãos *germanos* e unilateraes, chama-os a todos; e'nisto foi seguido pelo Projecto.

Adiante faremos algumas observações, a respeito d'esta ordem de successão, e vamos á 4.<sup>a</sup>:

Na falta de irmãos e de descendentes d'estes, chama o Projecto os ascendentes não comprehendidos no número 2.º, isto é, os avós (com exclusão dos outros collateraes); — e 'nesta parte desvairou de ambos aquelles Codigos. Porque o da Prussia chamando, como dissémos, sómente os irmãos *germanos* do defuncto para excluir os avós, admite depois os *unilateraes* a concorrer com estes; e na falta de irmãos unilateraes, defere a herança só aos avós, com exclusão dos restantes collateraes; é expresso o art. 493 da referida P. 2, Tit. 2, Secç. 6.º

E o Cod. Civ. Fr., se ha só ascendentes em uma das linhas, manda dar-lhes metade da herança, e a outra metade passa para os collateraes mais proximos da outra linha; — de fórma que só havendo ascendentes em ambas ellas, é que não são chamados collateraes a concorrer; — tal é a disposição do art. 753.

E finalmente discrepou tambem do Direito Romano, como temos visto; constituiu *direito novo*.

Vamos ás outras ordens de successão. Na falta de avós, o Projecto chama em 5.ª ordem os transversaes, não comprehendidos na 3.ª Na 6.ª o conjuge sobrevivente: e finalmente na 7.ª a fazenda nacional.

Mas esqueceu resalvar aos religiosos secularisados, e egressos das extinctas Ordens o direito, que, pelo art. 3.º da Lei de 13 de Julho de 1855, adquiriram de preferir ao Fisco nas heranças de seus parentes. E convirá consignal-o no Codigo, para que não pareça que fica revogada a lei 'nesta parte. *A cada um o que é seu!*

Temos rapidamente notado os pontos de contacto, e as discrepancias entre o art. 2121 do Projecto, e o nosso direito estabelecido: temos visto tambem em que elle concorda, e em que discrepa do direito romano, do Codigo da Prussia, e do Cod. Civ. Fr.

Mas com quanto possa dizer-se, que em geral cada uma das suas disposições tem um *typo* 'nesta, ou 'naquelle das referidas legislações; comtudo o nosso actual systema de successão *ab intestato* parece-nos mais bem concebido.

Elle foi deduzido, em parte, do Direito Romano, e em parte, do Codigo Wisigothico: ahi os *herdeiros necessarios* ou *legitimarios* são, da mesma fórma que no Projecto, os descendentes e ascendentes, os quaes em suas disposições devem sempre deixar salva a *legítima* uns aos outros, não podendo reciprocamente privar-se d'ella, se não por alguma causa legal, e apenas lhes é livre dispôr da terça.

Se morrem *ab intestato*, a terça acompanha a legítima, e a herança passa inteira para os referidos herdeiros legitimarios. E só na falta d'estes é que se devolve para a linha collateral, isto é, para os que não são legitimarios.

A legítima, além d'isso, é sempre igual entre elles, e em todo o systema ha reciprocidade e harmonia.

Mas voltemo-nos agora para o Projecto; e veremos que as cousas ahi vão muito longe do preceito de Horacio, na arte de compôr: —

*Denique sit quodvis, simplex duntaxat et unum.*

Supponhâmos, que um individuo não tem posterida-



de, e que também já lhe tem morrido pae e mãe; mas tem ainda vivos irmãos e avós, e quer dispôr de seus bens: poderá elle, sem causa legal, excluir da legítima seus avós, para instituir os irmãos? O Projecto responde negativamente no art. 1915, aonde diz: — «Legítima é a porção de bens, destinada pela Lei aos herdeiros em linha recta ascendente ou descendente, *de que o testador não póde dispôr.*» — E nos artt. 2013 e 2016, aponta as causas de ingratidão, por que os ascendentes e descendentes se podem reciprocamente desherdar; e fóra d'esses casos, a *legítima* é sagrada e inviolavel entre elles.

Mas imaginemos agora, que esse individuo, 'nessas mesmas circumstancias morre *ab intestato*: para quem passará, pelo Projecto, a sua herança inteira? Diz o art. 2121, n.º 3.º — *Para os irmãos e seus descendentes!*»

Por conseguinte vêm d'esta sorte os ascendentes a ser espoliados pelo proprio Projecto da *legítima*, de que aliás os não poderia privar o defuncto, se tivera testado!

E o que mais é — ficarão excluidos por aquelles, a quem o Projecto não concedêra *legítima*, nem considerára até ahi como herdeiros necessarios para effeito algum!

*Si quid inexpertum scenae committis, et audes  
Personam formare novam, servetur ad inum  
Qualis ab incaepo processerit, et sibi constet.  
Difficile est propriè communia dicere, tuque  
Rectius iliacum carmen deducis in actus,  
Quam si proferres ignota indictaque primus.*

HORAT.

A doutrina do Projecto, na verdade, não nos parece coherente, e está muito longe, a nosso ver, da harmonia, que offerece o nosso actual systema sôbre legítimas, e sôbre successões tanto testamentárias, como *ab intestato*; de que o Projecto não quiz inteiramente desviar-se, e que desconcertou com as innovações, que ahí introduziu.

Mas não será possível, modificando-a, combinar a nova doutrina de modo, que se removam as suas durezas? Parece-nos que sim.

Diz o art. 1919: — «Se o testador só tiver ao tempo da sua morte outros ascendentes, que não seja pae e mãe, consistirá a sua legítima em *metade* dos bens da herança.»

Não sabemos se este princípio passará; mas se vingar, será facil então salvar a *legítima* dos ascendentes, e remover a contradicção de serem d'ella excluidos por herdeiros, que o Projecto não considera legitimarios. Porque na hypothese ultimamente figurada, metade da herança deverá dar-se aos ascendentes, que é a sua *legítima*, nos termos do citado artigo; — e a outra metade ficará pertencendo aos irmãos do defuncto, ou seus representantes: e d'esta sorte ficam aplanadas as difficuldades. Mas então será necessario declarar tambem os irmãos herdeiros legitimarios.

É verdade, que assim não recebem elles tudo o que o Projecto lhes queria dar; mas tenham paciencia, contentem-se com a sua sorte, que já ficam de muito melhor condição do que estavam, e os ascendentes muito dete-

riorados. Os bens d'estes lá lhes irão ter um dia a casa tambem.

*Inter utrumque tene.... medio tutissimus ibis.*

E, se quizerem, até o arbitrio indicado poderá mesmo applicar-se ao caso de deixar o defuncto, por sua morte, pae, mãe e irmãos. E tambem assim ficará mais regular o systema de successão *ab intestato*, porque 'nelle se attenderá sempre, não só ao interesse dos ascendentes, mas tambem ao dos irmãos do defuncto.

Este era o systema dos romanos; e o Cod. Civ. Fr. no art. 748, o applicou tambem ao caso, de que acabâmos de fallar.

Com estas modificações ainda votariamos pelo artigo do Projecto; mas sem ellas, preferimos a doutrina da Ord. L. 4, tit. 96 pr.

#### Artigo 2133.º

«Na linha transversal sómente terá logar o direito de representação em favor dos filhos e descendentes de irmãos do fallecido, ou seja por pae e mãe, ou sómente por um d'elles, concorrendo com outros irmãos do dicto fallecido ou seus descendentes.»

Justiniano admittindo pelas Novellas 118, cap. 3.º e 127, cap. 1.º o direito de representação na linha collateral, não lhe deu ahi todavia a extensão indefinida, que elle tinha na linha recta descendente.

Limitou-o apenas a dous casos : o 1.º verificava-se quando o defuncto deixava irmãos ou irmãs, e sobrinhos, filhos d'outros irmãos já fallecidos; os quaes, ainda que mais remotos um grau, eram por este direito chamados a succeder junctamente com os tios. E com effeito, a não virem elles representar seus paes, seriam sem dúvida excluidos por aquelles, como herdeiros mais proximos do defuncto.

O 2.º caso tinha logar, quando o fallecido deixava sobrinhos e tios; porque ainda que uns e outros estivessem em egual grau, que era o 3.º, preferiam comtudo os sobrinhos, visto que, representando seu pae ou mãe, entravam na successão como herdeiros do 2.º grau; e portanto excluam os tios do defuncto, que estavam no 3.º

É esta a opinião mais commum dos interpretes, e que, na verdade, parece deduzir-se do proprio texto da Nov. 118 nas palavras—*Quandoquidem igitur*, etc., e da Auth. — *Post fratres*; — ainda que alguns a contestam.

Por consequente, na linha collateral, o beneficio da representação sómente aproveitava aos filhos de irmãos. E a razão d'isto, segundo parece, foi porque, tomando Justiniano por fundamento a vontade presumida do defuncto, e deduzindo esta da affeição, que o homem naturalmente tem aos seus mais proximos parentes; entendeu que essa affeição na linha collateral não passaria além dos sobrinhos; e porisso não quiz levar ahi mais longe a ficção: o que não deixa de parecer razoavel.

É porém questão muito antiga: — Se elle concedeu o

direito de representação sómente no caso de concorrerem sobrinhos com tios, ou se tambem concorrendo só sobrinhos entre si?

Mas ainda que muito se tenha dicto *pro et contra*, parece mais natural, que só o concedesse no primeiro caso, a fim de obstar a que os sobrinhos fôsem excluidos pelos tios; circumstancia esta que não podia dar-se no segundo, e por consequinte era ahi desnecessario tal beneficio!

Além d'isso: as proprias expressões de Justiniano parece, que nem podem admittir outra interpretação.

É sabido que, antes da Nov. 118, não havia tal direito de representação na linha transversal; os tios excluam sempre os sobrinhos; e quando na falta de irmãos do defuncto concorriam só estes ultimos entre si, succediam *in capita* por direito proprio. L. 2, §. 2, D. *de suis et legit. hered.* L. 14, §. 1, Cod. *de legit. hered.* Instit. §. 4, *de legit. adgnat. success.*

Foi Justiniano, por consequinte, o primeiro legislador, que na cit. Nov. concedeu esse direito' nesta linha; mas se elle ahi só fallou do caso de concorrerem sobrinhos com tios — «*Tunc hoc beneficium conferimus quando cum propriis vocantur tiis*—» não será razoavel concluir, que no caso (omisso) de concorrerem só sobrinhos entre si, elle quizera deixar em vigor a precedente legislação?

Demais: o proprio fundamento, que elle adoptou para fazer esta concessão — *a vontade presumida do defuncto*

— não auxiliará também esta interpretação, sendo certo que, estando os sobrinhos todos no mesmo gráu, deve presumir-se que o defuncto a todos teria equal affeição, e que portanto a sua vontade sería, que herdassem por equal, isto é, *in capita*?

Alguns dos Codigos modernos têm seguido o direito romano; taes, entre outros, o da Baviera, o da Bolivia, o Direito Commum Allemão, etc.

Porém o da Prussia, P. 2, Tit. 2, art. 37, o Francez, art. 742, e outros, adoptaram a mesma doutrina do art. 2133 do Projecto, admittindo o direito de representação a favor dos descendentes de irmãos, com a mesma *indefinida* extensão, que na linha recta descendente; — e quer concorram com tios, quer concorram sós; e sejam mesmo entre si de gráus eguaes, ou deseguaes.

No entretanto, se passar no Codigo o principio, de que os irmãos do defuncto excluirão absolutamente os ascendentes, além de pae e mãe; então votámos para que sómente sejam admittidos a concorrer com os irmãos do fallecido os filhos dos irmãos predefunctos, nos termos do direito romano; — e que, na falta de irmãos e filhos de irmãos, a herança se devolva aos ascendentes, a fim de que estes não fiquem perpetuamente privados da *legítima*, e de succeder *ab intestato*.

#### Artigo 2139.º

«Se os filhos ou descendentes se acharem todos em primeiro gráu, succederão por cabeça, ou dividindo-se

a herança em tantas partes, quantos forem os herdeiros.»

O primeiro periodo — *Se os filhos ou descendentes se acharem todos em primeiro gráu* — precisa de melhor redacção; porque os filhos nunca podem deixar de ser descendentes do primeiro gráu; mas bastará talvez eliminar a palavra — *filhos*.

Este artigo, com o antecedente, que diz: — «Os filhos legítimos, e seus descendentes, succedem a seus paes e demais ascendentes, sem distincção de sexo, ou de idade, posto que procedentes de casamentos diversos» — formam ambos elles no Cod. Civ. Fr. o art. 745, que estøbelece o seguinte:

*«Les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère, aïeuls, aïeules, ou autres ascendants, sans distinction de sexe ni de primogéniture, et encore qu'ils soient issus de differents mariages.*

*Ils succèdent par égales portions et par tête, quand ils sont tous au premier degré et appelés de leur chef: ils succèdent par souche lorsqu'ils viennent tous ou en partie par représentation.»*

E é claro, que no 2.º periodo as expressões — *quand ils sont tous au premier degré* — referem-se, sem dúvida, a descendentes em geral, e não precisamente a *filhos*.

#### Artigo 2154.º

«Se o fallecido não deixar nem pae, nem mãe vivos,

e não dispor de seus bens, herdarão os irmãos legítimos e seus descendentes.»

#### Artigo 2155.º

«Mas se o fallecido deixasse ao mesmo tempo irmãos inteiros, e meios irmãos, haverão os irmãos inteiros dobrada parte da herança.»

O Projecto 'neste artigo chama os meios irmãos a concorrer á successão com os irmãos inteiros, dando comtudo a estes dobrada parte da herança.

Mas, tendo estabelecido no art. 175 que a obrigação dos alimentos será regulada, segundo o direito successorio; — e chamando, no art. 176, primeiramente os irmãos germanos a prestal-os, e, só na falta d'estes, os unilateraes, parece que aqui se esqueceu do que ahí deixou escripto; aliás chamaria primeiramente á successão os irmãos inteiros, e só depois os unilateraes ou meios irmãos.

Já, quando passámos por aquelles artigos, notámos esta incoherencia.

Os romanos, só na falta dos germanos e de filhos d'estes, é que chamavam á successão os irmãos unilateraes: é expressa a Nov. 118, no cap. 3.º — «*Si defunctus neque descendentes, neque ascendentes reliquerit, primos ad hereditatem vocamus fratres, et sorores ex eodem patre, et ex eadem matre natos..... His autem non existentibus, in secundo ordine illos fratres ad hereditatem vo-*



*camus, qui ex uno parente conjuncti sunt defuncto sive per patrem, sive per matrem.»*

Justiniano deu portanto preferencia ao sangue inteiro sôbre o meio sangue: considerou o duplicado vinculo, que liga os *germanos*, como um penhor de mais viva afecção; e, presumindo que se testassem, se instituiriam reciprocamente, com preferencia aos unilateraes, só chamou estes, na falta d'aquelles ou de filhos d'elles.

Este principio foi tambem adoptado pelo Codigo da Prussia, P. 2, Tit. 3, artt. 35—45; porém o Cod. Civ. Fr. desviou-se d'elle, e seguiu a doutrina do artigo do Projecto.

No entretanto alguns Codigos posteriores ao francez têm preferido a disposição do Direito Romano, e do Codigo da Prussia; taes são: — o da Sardenha, artt. 938 e 939; — o da Baviera — Successão dos collateraes, n.º 1 a 5; — o da Russia, art. 954; — o do Cantão de Berne, artt. 622 e 623; — o de Fribourg, artt. 735 e 736; — o do Wurtemberg, artt. 111, n.º 1.º; — o Manual do Direito da America do Sul, art. 134; — o Direito Commum Allemão, art. 285, etc.

#### Artigo 2160.º

«É applicavel aos ascendentes do 2.º gráu e seguintes o disposto no art. 2149.»

Diz este artigo: — «O pae ou mãe recolherá comtudo exclusivamente os bens, que por elles houverem sido

doados a seus filhos fallecidos, se os dictos bens se encontrarem ainda na herança.

§. 1.º Se os bens mencionados tiverem sido alienados, haverá o doador o preço que por ventura se esteja devendo, e succederá no direito de reversão, se a alienação tiver sido feita com essa condição.

§. 2.º O disposto 'neste artigo não eximirá comtudo o doador de contribuir para os encargos da herança em proporção dos sobredictos bens. nem se entenderá em prejuizo de qualquer estipulação em contrário, que tivesse logar no acto da doação.»

A fonte d'estes dous artigos parece ter sido o art. 937 do Codigo da Sardenha, que foi com effeito mais explicito, que o art. 747 do Cod. Civ. Fr.

No entretanto, os artigos do Projecto não exprimem todo o pensamento d'aquelle Codigo; porque elle quer que, mesmo quando o ascendente doador *não entre na successão ordinaria*, seja todavia chamado sempre a succeder nos bens por elle doados, com exclusão de toda a outra pessoa.

E como julgâmos, que o Projecto não quereria desviar-se d'esta ideia, e ella involva alguma importancia, passando o principio — de que os irmãos do defuncto e seus descendentes preferirão, *na successão ordinaria*, aos ascendentes: — propômos a eliminação do art. 2160; e que se addicione ao art. 2149 a parte que ahi se omitiu do art. 937 do Codigo da Sardenha.

Diz este artigo na sua integra: — «O pae e mãe, as-

*sim como os outros ascendentes sobrevivivos, recolherão exclusivamente os bens, que por elles houverem sido doados a seus filhos ou descendentes, fallecidos sem posteridade e sem dispôr, se os dictos bens se encontrarem ainda na herança.*

«Este direito pertencerá ao pae, á mãe, e aos outros ascendentes, *ainda quando não sejam chamados a succeder aos donatarios, ou que tenham renunciado á sua successão.*

«§. 1.º Se os bens mencionados tiverem sido alienados, haverão os doadores o preço, que por ventura se esteja devendo; — e succederão no direito de reversão, se a alienação tiver sido feita com essa condição.

«§. 2.º O disposto 'neste artigo não eximirá comtudo os doadores de contribuir para os encargos da herança em proporção dos sobredictos bens; nem se entenderá em prejuizo de qualquer estipulação em contrário, que tivesse logar no acto da doação; — nem da parte que aos doadores possa pertencer nos outros bens da herança.»

*«Le père et la mère, ainsi que les autres ascendants survivants, recueillent, à l'exclusion de tous autres, les biens par eux donnés à leurs enfants ou descendants décédés sans postérité, lorsque ceux-ci n'en ont pas disposé, et que les objets donnés se retrouvent en nature dans la succession. Ce droit appartient au père, à la mère et aux autres ascendants, lors même qu'ils ne seraient pas appelés à succeder aux donataires, ou qu'ils auraient renoncé à la succession.*

*Si ces biens ont été aliénés, les ascendants recueillent le prix qui peut en être dû. Ils succèdent aussi à l'action en reprise que pouvait avoir l'enfant ou le descendant donataire. Ils seront cependant tenus de concourir au paiement des dettes et charges de la succession, en proportion des biens recueillis.*

*Les dispositions de cet article ne feront point obstacle à l'exécution des conventions contraires portées par l'acte de donation, et elles auront lieu sans prejudice de la part qui pourrait appartenir à l'ascendant donateur dans les autres biens de la succession.»*

D'esta maneira ficar-se-ha entendendo que, quando mesmo os ascendentes não sejam chamados á successão ordinaria, ou tenham renunciado a ella, serão comtudo sempre chamados *exclusivamente* a esta, que os escriptores chamam successão *anormal*, por sair das regras ordinarias; — o que certamente não poderia deduzir-se da simples referencia, que faz o art. 2160 do Projecto ao art. 2149.

#### Artigo 2185.º

«A mulher casada não póde validamente] acceitar ou repudiar a herança, sem auctorisação de seu marido, ou supprimento judicial, nem o marido casado por carta de ametade, sem annuencia da mulher.»

A última clausula — *casado por carta de ametade* — parece-nos, que deverá eliminar-se; — porque a *contrario sensu* será forçoso concluir o inverso no casamento

dotal; isto é, que 'nesse poderá o marido validamente repudiar a herança, sem annuencia da mulher.

Mas este principio não é exacto; nem mesmo está em harmonia com a propria doutrina do Projecto; porque este diz no art. 1201: — «Os bens do marido, casado segundo o regimen dotal, serão considerados como proprios, e d'elles poderá dispôr livremente, *excepto dos immoveis*, que não poderá alhear, nem obrigar, *sem consentimento da mulher.*» E o mesmo estabelece a Ord. L. 4, tit. 48 pr. e §. 8.

Mas é certo que a repudição da herança é uma verdadeira alienação; porque o art. 2169 declara que, tanto os herdeiros instituidos, como os legitimos succedem no dominio e posse da herança, *desde o momento da morte do seu author*; — e o mesmo determinava já tambem o Alv. de 9 de Novembro de 1754: — E, sendo isto assim, claro está que o marido, repudiando, aliena o que já estava no seu dominio e posse.

No entretanto para a acceitação, embora a herança contenha encargos e dividas, julgâmos que não será necessario o consentimento da mulher, visto que, sem elle, o marido pôde obrigar-se, art. 1156.

#### Artigo 2190.º

«Os actos puramente conservatorios, ou de administração, e guarda provisoria da herança, não importarão acceitação da herança.»

Na verdade, os actos de pura administração e guarda provisoria da herança, parece que não bastam para provar a acceitação; mas como tambem elles podem ser praticados com essa intenção: para tirar dúvidas, e se saber, quando importam acceitação, ou não, julgámos conveniente, que se accrescente a clausula, que se encontra na fonte do artigo, e que foi omittida.

Diz o art. 779 do Cod. Civ. Fr. — «*Les actes purement conservatoires, de surveillance et administration provisoire, ne sont pas des actes d'addition d'héritité, si l'on n'y a pas pris le titre ou la qualité d'héritier.*»

É por esta última clausula, que deverá aferir-se a intenção do herdeiro, e resolver-se a questão.

#### Artigo 2270.º

Diz-se collação a restituição, que os herdeiros legitimarios, que pretendem entrar na successão, devem fazer á massa da herança dos valores, que lhes houverem sido doados pelo seu author, para o cálculo da terça e egualação da partilha.»

Quando lemos este artigo, pareceu-nos ver sanccionada no Projecto uma nossa antiga opinião; porém a illusão foi curta, porque depressa nos desenganámos, que a definição que aqui se dá, nada mais é, que um êrro, em relação á doutrina do Projecto.

Por esta definição, devia concluir-se, que todos os herdeiros *legitimarios*, sem excepção, ficavam sujeitos á

collação; mas essa não é a regra do Projecto, porque adiante o art. 2275, diz terminantemente, que os ascendentes, que concorrerem á successão do descendente doador, não serão obrigados a ella: e os ascendentes são effectivamente herdeiros *legitimarios*, art. 1915.

Logo a definição não é exacta, e deverá restringir-se sómente aos descendentes, a não ser eliminado o art. 2275.

As nossas Ordd., com effecto, não obrigam os ascendentes á collação: é verdade, que não são muito claras a este respeito, mas assim têm sido sempre entendidas, em conformidade com o direito romano, por todos os Praxistas; que por isso a definem só em relação aos descendentes.

O Sr. Rocha, Inst. de Dir. Civ. §. 478, diz: — «Collação é a reposição, que os filhos fazem á massa da herança, dos bens que receberam de seus paes, em vida d'estes, para entrarem em cúmulo nas partilhas.» E o Sr. Mell. Fr. L. 3, tit. 12, §. 12, ainda com mais precisão (porque comprehendeu na definição todos os descendentes), tinha já dicto tambem: — «*Est collatio lucri a vivo parente suscepti in communem hereditatem a liberis facta illatio.*»

Valasco — *Prax. Partit. et Collat.* cap. 12, n.º 4, concorda da mesma fórma em declarar só os descendentes sujeitos a ella: e assim todos os mais Praxistas, etc.

Mas, pondo de parte as Ordd., o direito romano, e os Praxistas, não será mais razoavel sujeitar á collação, pelo menos, todos os herdeiros legitimarios?

Parece-nos, que sim; porque se as razões que fizeram estabelecer a collação, foram: 1.º o favor da *egualdade*, entre certas pessoas, chamadas, por um titulo *commum*, á mesma herança; 2.º e a *presumpção*, de que as vantagens, que em sua vida lhes fez o author d'ella, foram á conta d'aquillo, que cada uma podesse um dia obter em sua successão: não serão estas razões applicaveis a todos os herdeiros legitimarios?

Mas, voltando ao que já pozemos de parte, é certo, que o Direito Romano não submetteu á necessidade da collação os ascendentes. Porém com que fundamento se legislou por este modo?

Dizem os interpretes, que é por ser mais rigoroso o direito dos descendentes á legitima. Mas seja muito embora mais rigoroso: concedâmol-o de barato. No entanto será elle por isso *menos equal* entre os ascendentes, que entre os descendentes?

De certo que não: logo, se elle é da mesma fórma equal, porque não hão de os ascendentes conferir também, entre si, o que houverem recebido dos descendentes para a egualdade da partilha?

O Cod. Civ. Fr., sem embargo da doutrina do Direito Romano, estabeleceu a necessidade da collação entre *todos os* herdeiros; e talvez com razão; porque, sendo uma disposição favoravel, não deve restringir-se. Ulp. na L. 1, D. *de collat.* confessa que ella é fundada na equidade, e realmente não póde duvidar-se d'isso: — « *hic titulus (diz elle) manifestam habet aequitatem.* »



Mas vamos á doutrina do Cod. Civ. Fr.: diz elle no art. 843 — «*Tout héritier, même bénéficiaire, venant à une succession, doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt, par donation entre vifs, directement ou indirectement: il ne peut retenir les dons ni réclamer les legs à lui faits par le défunt, à moins que les dons et legs ne lui aient été faits expressement par préciput et hors part, ou avec dispense du rapport.*»

Eis ahí pois a collação decretada na sua maior amplitude; porém quando mesmo no Código se lhe não dê tanta extensão, ao menos parece-nos que deverá estender-se a todos os herdeiros *legitimarios*.

#### Artigo 2284.º

«Quando o valor dos bens doados exceder a porção legitimária do donatario, será o excesso imputado na terça dos doadores; e se ainda assim houver excesso da legitima e terça, será o donatario obrigado a repôr esse excesso.

§. 1.º Mas se houverem diversos donatarios, e a terça não chegar para os inteirar a todos, será rateada entre elles.»

Tracta-se aqui de preencher as doações que os paes, durante sua vida, fazem algumas vezes a seus filhos; e determina o §. 1.º que se houverem diversos donatarios, e a terça não chegar para os inteirar a todos, será rateada entre elles.

Porém tal doutrina não póde admittir-se, á vista da regra estabelecida no art. 1557; porque, tractando-se ahi da *reducção* d'essas doações, se por morte do doador se conhece que excederam a sua terça, e por conseguinte offenderam as legítimas dos outros filhos, diz-se: — «Se fôr necessario recorrer ás doações entre vivos, começar-se-ha pela última em todo, ou em parte; e se não bastar, passar-se-ha á immediata, e assim por diante, em quanto doações houver.» E o mesmo determina tambem o Cod. Civ. Fr. no art. 923.

Se pois, a *reducção* para preencher as legítimas, se manda fazer não *rateadamente*, mas sim que comece pela doação mais moderna até a absorver, e que se esta não bastar, se passe á immediata, e assim por diante, segundo a ordem das datas, deixando-se todavia salva aos donatarios a legitima; — é claro que, quando a terça não chegar para inteirar todas as doações, tambem não deve ser rateada, mas sim applicada successivamente, e na ordem inversa da *reducção*; isto é, deve por ella preencher-se primeiramente a doação mais antiga, depois a immediata, e assim por diante, caminhando sempre das mais antigas para as mais modernas, até onde chegarem as suas forças; e as doações, que por ella não podérem satisfazer-se, ficarão sem effeito.

Esta é, na verdade, a práctica, e a razão d'ella é clara: a terça está obrigada a essas doações, e não ha outro recurso para ellas; por conseguinte, as que se fizerem, já depois de esgotada aquella, são nullas. — Ord. L. 4,

tit. 65, §. 1 e 3, tit. 97, §. 3 e seg. — Lobão Obrig. recipr. Guerr. for. Quaest. 48.

O rateio da terça, portanto, só póde applicar-se aos legados d'um testamento, ou ás doações feitas em um mesmo acto, ou com a mesma data; porque, assim como 'nestas a *reducção* deve fazer-se rateadamente, como manda o art. 1558, que diz: — «Havendo diversas doações no mesmo acto, ou da mesma data, far-se-ha a *reducção* entre ellas rateadamente,» assim tambem a terça lhes será applicada rateadamente, quando não chegar para as inteirar a todas.

Em termos mais breves: — O rateio da terça não póde ter logar, senão quando a *reducção* dos legados ou doações tiver tambem de ser rateada.

Deverá portanto ser eliminado, ou emendado, o §. 1 do art. 2284.

#### Artigo 2192.º

«Se os herdeiros se não accordarem sôbre a accettazione ou repudio, poderão uns accetal-a, e rejeital-a outros. Mas, se uns quizerem accetal-a simplesmente, e outros a beneficio, haver-se-ha por accetada beneficiariamente.»

#### Artigo 2193.º

«Se o herdeiro fallecer sem accetar, ou repudiar a herança, passará a seus herdeiros o direito de accetar ou repudiar.»

Na collocação d'estes dous artigos houve transposição

em relação á sua fonte, e fez-se tambem grande alteração á doutrina d'esta.

Segundo o Cod. Civ. Fr. os herdeiros, de que tracta o Projecto no art. 2192, não são os herdeiros immediatos do author da herança, mas sim d'aquelle herdeiro, que morreu sem acceitar ou repudiar; e por isso o Codigo Francez falla primeiramente d'este, e depois d'aquelles.

Diz o art. 781:—*«Lorsque celui à qui une succession est échue est décédé sans l'avoir répudiée ou sans l'avoir acceptée expressement ou tacitement, ses héritiers peuvent l'accepter ou la répudier de son chef.»*

Art. 782—*«Si ces héritiers ne sont pas d'accord pour accepter ou pour répudier la succession, elle doit être acceptée sous bénéfice d'inventaire.»*

Vê-se, portanto, d'este último artigo, que, se os herdeiros do herdeiro fallecido se não accordarem, entre si, para acceitar ou para repudiar, deverá a herança entender-se accetada a beneficio de inventario;— que é o mesmo que dizer, que elles ou devem todos acceitar, ou todos repudiar; porque o herdeiro, que elles representam, tambem não podia fazer, senão uma das cousas. Mas, havendo entre elles divergencia, manda o Cod. consideral-a, como accetada a beneficio; fazendo 'neste caso uma excepção á regra do art. 775, que diz:—*«Nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue»*— porisso que de tal accetação nenhum prejuizo póde resultar para aquelles, que não queriam a herança.

Mas o Projecto inverteu toda esta doutrina: considerou estes ultimos como herdeiros immediatos do author da herança: e na primeira parte do art. 2192 permitiu a uns acceital-a, e a outros repudial-a.

Porém na segunda parte diz, que se uns quizerem acceital-a simplesmente, e outros a beneficio, haver-se-ha por acceitada beneficiariamente. E aqui parece querer cingir-se á doutrina do Codigo Francez, considerando-os, não como herdeiros immediatos do author da herança, mas sim de algum herdeiro que fallecesse, sem haver acceitado ou repudiado, — o qual não podendo acceitar senão puramente, ou a beneficio, não podia transmittir a seus successores, senão o direito a uma das cousas; porque, a não os considerar aqui debaixo d'este ponto de vista, que implicancia poderia haver para que uns a acceitassem simplesmente, e os outros a beneficio; assim como na primeira parte do artigo se concede a uns acceital-a, e a outros rejeital-a?

Não nos parecendo pois harmonica esta doutrina, entendemos, que ou deverá adoptar-se toda a disposição do Codigo Francez 'neste ponto; ou aliás conceder-se tambem aos herdeiros, de que falla o art. 2192 o direito de podêrem acceitar a herança, uns a beneficio e outros puramente, como bem quizerem; porque d'ahi nenhum inconveniente resultará, os beneficiarios só ficarão obrigados até onde chegarem as suas quotas hereditarias, e os outros ainda além d'ellas.

*Publica materies privati juris erit, si  
Nec circa vilem patulumque moraberis orbem;  
Nec verbum verbo curabis reddere fidus  
Interpres; nec desilies imitator in arctum,  
Unde pedem referre pudor vetet, aut operis lex.*

HORAT.

### Artigo 2297.º

«O coherdeiro, que por effeito de hypotheca, cujo en-  
cargos não fôsse descontado, pagar mais do que a parte  
que lhe competir na divida commum, só terá regresso  
contra os outros coherdeiros, pela parte que a cada um  
d'elles competir, em proporção da sua quota hereditaria;  
e isto ainda no caso, em que o coherdeiro, que houver  
pago, se fizesse subrogar nos direitos do credor.»

Esta doutrina foi vertida do art. 875 do Cod. Civ.  
Fr., omittindo-se todavia a última clausula d'elle.

Diz o Codigo Francez: — «*Le cohéritier ou successeur  
à titre universel, qui, par l'effet de l'hypothèque, a payé  
au-delà de sa part de la dette commune, n'a de recours  
contre les autres cohéritiers ou successeurs à titre univer-  
sel, que pour la part que chacun d'eux doit personnelle-  
ment en supporter, même dans le cas où le cohéritier qui  
a payé la dette se serait fait subroger aux droits des  
créanciers, sans préjudice néanmoins des droits d'un co-  
héritier qui, par l'effet du bénéfice d'inventaire, aurait  
conservé la faculté de réclamer le paiement de sa créance  
personnelle, comme tout autre créancier.*»

Esta última clausula, porém, não parece indifferente;

porque, em virtude d'ella, o coherdeiro beneficiario, se fôr crêdor hypothecario da herança, poderá exigir a sua divida por inteiro de qualquer dos coherdeiros, em cujo lote cahir o prédio hypothecado: e da mesma fórma, se fôr obrigado a pagar por inteiro a divida a que um prédio do seu lote esteja sujeito, poderá, fazendo-se subrogar nos direitos do crêdor, exigir só de um outro coherdeiro, que tambem tenha algum prédio obrigado á mesma divida, tudo o que tiver pago, além da sua respectiva parte; sem precisar, em qualquer dos referidos casos, de demandar a cada coherdeiro pela sua quota: o que aliás lhe não serfa possível, se tivera acceitado a herança puramente. Veja-se Rogron ao citado artigo; ainda que outros commentadores contestam os effeitos da referida clausula: — *Sed ita lex scripta est.* L. 12, §. 1, D. *Qui et a quib. man.*

Talvez porém que o Projecto julgasse desnecessario mencionar aqui tal clausula, por se haverem já exposto, no art. 2181, os effeitos da acceitação da herança a beneficio; mas tambem o Cod. Civ. Fr. os expôz no art. 802, e comtudo não julgou inutil esta clausula no art. 875.

#### Artigo 2302.º

«Se algum coherdeiro tiver a maior parte na coisa indivisivel, ou tiver direito a ser encabeçado nella, póde impugnar a licitação, e requerer que a avaliação seja ratificada.»

Pela doutrina do artigo o coherdeiro, que tiver a maior parte na cousa indivisivel, ou direito a ser encabeçado 'nella, póde impugnar a licitação, e requerer que seja ratificada a avaliação dos louvados. Mas se por estas expressões se pretende indicar, que elle tem direito de impedir a licitação, então resultará da doutrina do artigo, que nos casamentos, por carta de metade, o conjuge sobrevivivo poderá sempre levantar todos os predios indivisiveis do casal, pela *simples avaliação*: e quem sabe? talvez mesmo outros, que lhe façam conta, com o fundamento ou pretexto de que soffrerão detrimento na divisão, porque, como diz *La Fontaine*,

*La raison du plus fort est toujours la meilleure.*

O mesmo poderá conseguir qualquer outro coherdeiro, que pretenda ter direito a ser encabeçado 'neste, ou 'naquelle: e os mais coherdeiros só virão, por conseguinte, a ficar com os bens, que aquelles não quizerem, e pelo preço que der a licitação; e esta doutrina não nos parece justa!

Além d'isso, impedida assim a licitação nos melhores predios, talvez do casal, ficará quasi destruido o seu fim, que é o augmento da massa partivel.

O artigo do Projecto parece ter sido extrahido do Dig. Port., que no L. 2, art. 1103 estabelece tambem o principio, de que a licitação não póde ter logar, quando um coherdeiro tem a maior parte na cousa indivisivel, ou



quando tem direito a ser encabeçado 'nella; mas elle refere-se sómente á licitação feita em praça, de que tinha fallado no artigo antecedente, e não á que é feita entre coherdeiros.

Diz elle: — «Art. 1102. Esta licitação quando ha menores deve ser feita em hasta pública e pregões com todas as solemnidades, com que devem ser vendidos sempre os bens dos menores.»

« Art. 1103. Esta *especie* de licitação não pôde ter logar quando um coherdeiro tem a maior parte na cousa indivisivel, ou quando tem direito a ser encabeçado 'nella.

« Em *taes casos*, se os outros coherdeiros a licitam sôbre a avaliação, o herdeiro do maior monte pôde convir na licitação, ou requerer nova avaliação na fôrma do art. 1096.»

Esta redacção é clara: e ella deixa ver que, segundo a mente do auctor do Digesto, a licitação entre coherdeiros em caso nenhum pôde ser impedida; mas do artigo do Projecto não se collige isso.

E nós votâmos para que nenhum d'elles tenha direito de obstar ao seu effeito, seja qual fôr o pretexto; ou que aliás sejam eliminadas as licitações fóra da hasta pública, como fomentadoras de emulações e mal querenças.

#### Artigo 2304.º

« Nos inventarios de menores ou semelhantes serão admittidos a licitar quaesquer pessoas estranhas.»

O Projecto, tão fecundo em definições, não nos diz todavia o que seja licitação, nem tambem quando esta pôde ter lugar, para sabermos, se os estranhos devem ou não ser admittidos a ella. E parece-nos que devia fazel-o, porque é este um dos pontos mais escuros da nossa Jurisprudencia.

Pereira e Sousa, *Linh. Civ. not. 1021*, diz que licitação é o acto pelo qual algum dos coherdeiros offerece o justo augmento do preço dos bens da herança, que se lhe deitarem em sorte. E diz que não tem lugar: — 1.º quando as cousas receberem commoda divisão; — 2.º quando se licitar por emulação; — 3.º depois de concluida a partilha; — 4.º e quando o licitante fôr estranho.

Não dando, porém, o Projecto uma outra ideia do que seja licitação, parece haver concordado na definição que fica apontada, que é tambem a de todos os Praxistas.

Mas, se um coherdeiro só pôde licitar os bens, que provavelmente couberem em seu lote ou legítima, nos termos da citada definição, e da *Ref. Jud. art. 411, § 3.º*, como quer o Projecto admittir á licitação pessoas estranhas? Que lote se ha de assignar a estas, além do qual não possam licitar? Ou poderá qualquer pessoa estranha licitar todos os bens d'uma herança, que não admittam commoda divisão, em caso de haver menores, ou semelhantes? Isto é inadmissivel, porque será dar mais direito aos estranhos, que aos coherdeiros.

Com Pereira e Sousa concorda tambem o Sr. Coelho da Rocha, *§. 485, nota*, aonde depois de referir o abuso, que os Praxistas fizeram do direito romano 'nesta mate-

ria, e de tocar nas disposições do Decreto de 18 de Maio de 1832, e da Refórma, conclue:

«Pelo nosso direito não são admittidos licitantes estranhos; apenas, quando a propriedade não couber no lote de cada um, e nenhum dos coherdeiros a quizer, tem logar a venda em hasta, partindo-se o preço. Arg. da Ord. L. 4, tit. 36, §. 1, e tit. 96, §. 23.» E esta é a doutrina que nos parece deveria seguir-se.

É verdade, que o Dig. Port. no L. 2.º, art. 1102, referiu-se, na hypothese do Projecto, a licitantes estranhos, apoiando-se no Cod. Civ. Fr.; mas elle verdadeiramente fallaahi só da venda em hasta, e não da licitação entre coherdeiros: e que dúvida póde haver em serem admittidos aquella quaesquer pessoas estranhas?

Diz elle: — «Art. 1101. Se os coherdeiros forem todos maiores e convierem em não ser admittido licitador estranho, assim se faz; mas, havendo algum menor, devem ser admittidos os estranhos a licitar, ainda que os mais herdeiros 'nisso não convenham.»

«Art. 1102. Esta licitação quando ha menores deve ser feita em hasta pública e pregões com todas as solemnidades, com que devem ser vendidos sempre os bens dos menores.»

E esta é tambem a doutrina do Cod. Civ. Fr., que, nos artt. 1686 e 1687, sanciona o principio de que sendo maiores todos os coherdeiros, ser-lhes-ha livre admitir ou não licitador estranho; mas que deverão ser sempre admittidos os estranhos a licitar, se entre os coher-

deiros ou consocios da cousa commum houver algum menor.

E diz depois no art. 839: — «*S'il y a lieu à licitation, dans le cas du précédent article (havendo coherdeiros ausentes, interdictos, ou menores), elle ne peut être faite qu'en justice avec les formalités prescrites pour l'alienation des biens des mineurs. Les étrangers y sont toujours admis.*»

Por conseguinte, tanto aqui como no citado art. 1102 do Dig., nada mais temos, que a venda em hasta, de que falla o Sr. Rocha, embora se empregue, em logar de venda, a palavra *licitação*.

Parece-nos, portanto, que deverá declarar-se: 1.º em que cousas ou objectos poderá ter logar a licitação; 2.º que, sendo os coherdeiros ou compartilhantes todos maiores, só poderão ser admittidos a licitar pessoas estranhas, convindo 'nisso a maior parte; 3.º e que, havendo menores ou semelhantes, então só poderá ter logar a venda em hasta dos predios, em que couber a licitação.

O Cod. da Sardenha, art. 1062, em caso de haver menores, excluiu tambem a *simples licitação*, e o mesmo fez o da Hollanda, art. 1122, substituindo-a pela venda em praça, quando os immoveis forem indivisiveis, ou não admittam commoda divisão. E a maioria dos outros Codigos modernos tem adoptado o mesmo principio, que é verdadeiramente a regra geral, seguida pelas nossas Ordd., tanto havendo menores, como no caso de os não haver.

Artigo 2369.º

«Os fructos naturaes ou industriaes, pendentes ao tempo em que o usufructo começa, pertencerão ao usufructuario. Os pendentes ao tempo da extincção do usufructo pertencerão ao proprietario.

«§. 1.º Nem o usufructuario, nem o proprietario são obrigados, nos casos sobredictos, a abonar as despesas de cultura, sementes e outras semelhantes.

«§. 2.º A disposição do § precedente não prejudicará os direitos de terceiro, adquiridos ao começar ou terminar do usufructo.»

Esta doutrina foi extrahida do art. 585 do Cod. Civ. Fr., que diz: — «*Les fruits naturels et industriels, pendants par branches ou par racines, du moment où l'usufruit est ouvert, appartiennent à l'usufruitier.*

*Ceux qui sont dans le même état au moment où finit l'usufruit, appartiennent au propriétaire, sans recompense de part ni d'autre des labours et des semences, mais aussi sans préjudice de la portion des fruits qui pourrait être acquise au colon partiaire, s'il en existait un au commencement ou à la cessation de l'usufruit.»*

Porém julgamos melhor a que adoptou o Dig. Port. L. 3.º, artt. 513—516.

Diz elle: — «Os fructos pendentes no momento, em que começou o usufructo, pertencem ao usufructuario, mas deve pagar as despesas da cultura d'elles a quem as fez, ou a seus herdeiros.

Os pendentes no momento, em que acaba o usufructo, pertencem ao proprietario, com obrigação de pagar a cultura ao usufructuario, ou a seus herdeiros.»

E a razão, que da última clausula dá em ambos os casos, é — porque debaixo do nome de fructos entende-se sómente o *residuo*, depois de pagas as despesas da cultura, — princípio que se acha consignado em todos os textos do *Corpo de Direito*.

Diz a L. 1, Cod. *de fruct. et lit. exp.* — «*Hoc fructuum nomine continetur quod justis sumptibus deductis superest.*»

A L. 36, §. ult. D. *de hered. pet.* — «*Fructus intelliguntur deductis impensis, quae quaerendorum, cogendorum, conservandorumque eorum gratiâ fiunt.*»

A L. 46, D. *de usur.* — «*Quod in fructus redigendos impensum est, non ambigitur ipsos fructus diminuere debere.*» E a L. 7 princ. D. *solut. matrim.* — «*Fructus... esse constat, qui deducta impensa supererunt.*»

Vej. Voët, *ad Pand.* L. 7, tit. 1, n.º 28 *in fine*.

Sendo pois esta a doutrina corrente em Direito, nós votámos tambem por ella; porque pôde acontecer, que aquelle que fôr proprietario quando acabar o usufructo, até nem seja herdeiro d'aquelle, que fez as despesas da cultura, quando elle começou, o qual pôde ter vendido a propriedade; e porque pôde mesmo haver discrepancia entre o valor respectivo das despesas, sementes, e fructos nas duas epochas oppostas.

E portanto, quem colhêr os fructos, pague as despesas da respectiva cultura: nem ficará por isso mais desigual a condição do proprietario, que a do usufructuario.

### Artigo 2390.º

« O usufructuario deve fazer as reparações ordinarias exigidas pela conservação da cousa.

§. 1.º Serão consideradas como reparações ordinarias as que não excederem dous terços do rendimento liquido annual.»

*Quod favore quorundam constitutum est,  
quibusdam casibus ad laesionem eorum  
nolumus inventum videri.*

L. 6, Cod. de Legib.

O usufructuario deve fazer as reparações exigidas pela conservação da cousa; mas como ellas podem ser grandes ou pequenas, o Projecto só o obriga ás pequenas ou ordinarias; e essa é com effeito a doutrina geralmente seguida.

Mas quaes são as que devem considerar-se grossas reparações a cargo do proprietario?

O Cod. Civ. Fr. artt. 605 e 606, diz que são: nos edificios, as paredes mestras, as abobedas, os travejamentos, as armações e tectos; e nos predios de lavoura, os diques, paredões, muros, etc. Todas as outras portanto são reputadas ordinarias, e a cargo do usufructuario.

Mas o Codigo da Prussia, P. 1, Tit. 21, art. 52, seguiu diverso systema, e considerou como reparos ordi-

narios todos os que não chegarem a importar a quarta parte do rendimento d'um anno; devendo por conseguinte entender-se, que todos os outros são da obrigação do proprietario.

*«Sont (diz elle) considérées comme grosses réparations celles dont les frais, y compris les matériaux évalués en argent, surpassent le quart des revenus de l'année où est arrivé l'accident.»*

E este arbitrio, adoptado tambem pelo Projecto, parece-nos na realidade melhor, que o do Cod. Civ. Fr. Mas queriamos, que o Projecto não elevasse os reparos, a cargo do usufructuario, ao valor dos dous terços do rendimento annual; porque nos annos, em que se houverem de fazer, não lhe ficará quasi com que sustentar-se e á sua familia, não tendo outros rendimentos. Votâmos antes pelo arbitrio do Codigo da Prussia.

#### Artigo 2405.º

«O usufructo acaba: — 1.º Por morte do usufructuario, ou expiração do termo por que foi conferido; etc.»

Todos os Codigos, que admittem a morte civil, não se esquecem nunca de declarar, que por ella acaba tambem o usufructo, porque este é um dos direitos introduzidos pelas Leis civis. O Cod. Civ. Fr., dizia no art. 617: — *«L'usufruit s'eteint: Par la mort naturelle et par la mort civile de l'usufruitier.»* O da Hollanda, no art. 854 repete o mesmo. O da Baviera, no L. 2, cap. 9, diz: — *«L'usu-*



*fruit prend fin.; — 7.º Par la mort de l'usufruitier; — 8.º Mais jamais par la mort du propriétaire. La mort civile est assimilée à la mort naturelle.»* E assim os de mais Codigos.

Mas o Projecto, para não estar com estas miudezas, declarou, por uma só vez no art. 362, que o morto civilmente fica privado de todos os seus *direitos civis*; e por conseguinte entendeu, que este ficou ahí comprehendido tambem.

Uma pennada d'estas, com effeito, poupa muito trabalho, e evita declarações enfadonhas! Depois d'ella ficou só restando o pequeno incommodo de dizer no art. 1895, n.º 2.º, que elle póde todavia dispôr da terça de seus bens.

#### Artigo 2409.º

«O usufructo, concedido até certa idade d'uma terceira pessoa, durará pelos annos prefixos, ainda que essa terceira pessoa falleça antes, salvo se o dicto usufructo foi concedido sómente em consideração da dicta pessoa.»

A excepção, que fórma a segunda parte do artigo, está um pouco enigmatica.

O art. 620 do Cod. Civ. Fr., que parece ter sido a fonte d'este artigo do Projecto, diz sómente:—

*«L'usufruit accordé jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint un âge fixé, dure jusqu'à cette époque, encore que le tiers soit mort avant l'âge fixé.»*

E na L. 12 Cod. de usufr., de que foi deduzido o ci-

tado artigo do Código Francez, Justiniano só diz também: — «*Antiquitatem antiqui juris decidentes, sancimus, sive quis uxori suae, sive alii cuicumque usumfructum reliquerit sub certo tempore, in quod vel filius ejus, vel quisquam alius pervenerit, stare usumfructum in annos (singulos), in quos testator statuit: sive persona, de cujus aetate compositum est, ad eam pervenerit, sive non. Neque enim ad vitam hominis respexit, sed ad certa curricula...*»

Em nenhum d'estes logares, portanto, se menciona a excepção, que apresenta o artigo do Projecto.

Porém diz Rogron ao referido art. 620, que da sua disposição deverá exceptuar-se o usufructo legal do pae e mãe; porque como este lhes não é concedido pela lei, senão em compensação dos cuidados por elles prodigalisados a seus filhos e como um attributo do poder paternal, extinguir-se-ha pela morte dos filhos antes de tocarem a idade de 18 annos; ou por sua emancipação, como determina o art. 384 do citado Código.

E será isto o que quer dizer o artigo do Projecto nas palavras — salvo se o dicto usufructo foi concedido sómente em consideração da dicta pessoa?

Se assim é, precisa de mais clareza na redacção; aliás será mister um commentario.

# PARTE III

## LIVRO UNICO, TITULO IV.

•••

### CAPITULO IV

#### DAS SERVIDÕES.

#### SECÇÃO I

#### DISPOSIÇÕES GERAES.

#### Artigo 2444.º

«Servidão é um encargo imposto em qualquer prédio em proveito ou serviço de outro prédio, pertencente a dono differente. O prédio sujeito á servidão diz-se *serviente*, e o que d'ella se utiliza *dominante*.»

As servidões podem ser constituidas ou por vontade e facto do homem, ou pela natureza das cousas, ou podem

dimanar das obrigações impostas pela lei, diz o art. 2445, último d'esta secção.

No entretanto, o Projecto faz distincção entre *servidões* e *restricções* do direito de propriedade; e, collocando 'neste capitulo, debaixo da denominação de *servidões*, só as disposições geraes sôbre a materia, diz no art. 2462, último do cap. — «Todas as mais servidões, denominadas de interesse público ou particular, são *verdadeiras restricções* do direito de propriedade, e serão reguladas no seu logar competente.»

E arroja as especialidades, debaixo do nome de *restricções*, já por motivo de utilidade pública, já por utilidade reciproca dos proprietarios, para o titulo 6.º d'este livro, em que tracta do — Direito de transformação.

E é ahi que se encontram: — a plantação das arvores e arbustos, as escavações, as construcções e edificações, muros e paredes-meias, canos de despejo, depositos de materias nocivas, e finalmente todas as particularidades das servidões.

Porém, esta distincção nem nos parece razoavel, nem os Codigos a admittem. Elles consideram as servidões, quer na generalidade, quer na especialidade, como outras tantas restricções ao exercicio do direito de propriedade; e tractam de toda a materia debaixo do mesmo nome, e no mesmo titulo, posto que em capitulos diferentes.

O Cod. Civ. Fr. começa no titulo 4.º do liv. 2.º a tractar das servidões.

No primeiro artigo (637) dá a seguinte definição de servidão:— *Une servitude est une charge imposée sur un héritage, pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire.*»

É a mesma definição que dá o Projecto.

E depois continúa no art. 639:— *«Elle derive ou de la situation naturelle des lieux, ou des obligations imposées par la loi, ou des conventions entre les propriétaires.»*

É a doutrina consignada pelo Projecto no art. 2445. E, seguindo esta mesma ordem, o Codigo Francez tracta depois no cap. 1.º — das servidões constituídas pela natureza das cousas (*Des servitudes qui derivent de la situation des lieux*).

No 2.º — das impostas pela Lei (*Des servitudes établies par la loi*); e fallando perfunctoriamente das que têm por fundamento a utilidade pública ou communal, porque o desinvolvimento d'estas pertence mais ao Direito Administrativo, ou á policia rural, — dá ás constituídas por utilidade dos particulares toda a extensão compativel com o systema do Codigo. Ahi tracta — dos muros e paredes-meias — dos fossos ou escavações — da plantação das arvores e arbustos — das construcções e edificações — dos canos de despêjo, etc.

E no cap. 3.º finalmente tracta — *Des servitudes établies par le fait de l'homme* — e dos modos por que ellas acabam.

E este mesmo methodo foi seguido pelos Codigos —

da Sardenha, da Luiziana, da Bolivia, e dos Cantões, de Vaud, de Lucerna, do Tessino, do Valais, de Neufchatel, etc.

É verdade, que o Codigo da Polonia no Cap. 4 doTitulo dos privilegios e hypothecas, fallando do registro, faz tambem distincção entre restricções da propriedade immovel, encargos perpetuos e servidões. Mas elle chama *restricções* a toda a limitação imposta ao direito de alienar ou de dispôr livremente da propriedade, como v. g. um arrendamento perpétuo, o pacto *de retro vendendo*, a constituição d'usufructo, a hypotheca, etc.

E o Projecto pelo contrario dá o nome de *restricções* a todas as servidões, consideradas na sua especialidade, como são: — as plantações d'arvores, construcções e edificações, paredes-meias, canos de despêjo, etc.

Delvincour, Cours de Code Civil, L. 2, Tit. 4, cap. 2, por occasião de tractar das servidões legaes, em relação ao Cod. Civ. Fr., parece querer transitoriamente distinguir tambem entre restricções, e servidões, mas afinal abandona a distincção.

Diz o illustre professor:

*«La servitude légale est celle qui est établie par la loi seule, et indépendamment de toute convention. Il y en a de deux espèces: les unes ont pour objet l'utilité publique ou communale; et les autres celle des particuliers. Celles de la première espèce sont: par ex., le marchepied ou chemin de halage, le long des rivières navigables ou flottables; la construction ou réparation des chemins, et autres*

*ouvrages publics ou communaux. Tout ce qui concerne cette espèce de servitude, est déterminé par des lois et règlements particuliers.*

*Quant à celles de la seconde espèce, plusieurs d'entr'elles sont réglées par la police rurale. Celles dont il est question dans le Code Civil, sont au nombre de six: droit d'indivision, de bornage, de passage, de clôture, de mitoyenneté, et de vue.*

*Ce ne sont pas à proprement parler, des servitudes; ce sont plutôt des effets du quasi-contrat de comonunauté, ou de celui de voisinage.*

*Mais comme il en résulte néanmoins des assujettissemens respectifs des propriétaires les uns à l'égard des autres, on peut sans inconvénient, ranger le tout dans la classe des servitudes.»*

Vê-se, portanto, que Delvincourt convém afinal, que esses effeitos e restricções, ou provenham do quasi-tracto, ou da immediata disposição da Lei, podem não obstante arranjar-se todos na classe das servidões; porque todos elles trazem sujeição dos proprietarios, uns a respeito dos outros, e por conseguinte restricções ao livre exercicio do direito de propriedade.

O Sr. Coelho da Rocha, na nota ao § 587 das Instit. de Cir. Civ. parece querer tambem distinguir entre servidões e restricções; mas a sua opinião está egualmente longe de favorecer o methodo, que o Projecto adoptou; diz elle: — «Em direito romano fazia-se dintincção entre servidões *reaes* ou *prediaes*, e *personaes*. As primeiras

cram aquellas, em que o predio serve a outro predio (*res servit rei*): as segundas aquellas, em que o predio serve a pessoa (*res personae*). A esta última classe pertenciam as tres, do *usufructo*, do *uso*, e da *habitação*. Alguns dos Codigos modernos têm abandonado aquella classificação, e conservado o nome de servidões tão sómente ás *reaes*, contando as *pessoaes* entre as especiaes de propriedade limitada.

Adoptamos este methodo (accrescenta elle), porque na nossa linguagem forense não se costumam designar as *pessoaes* pelo nome de servidões.»

É claro portanto que esta nova classificação colloca entre as servidões as *restricções* do Projecto; e sómente dá o nome de restricções ou de propriedade limitada ao que os romanos chamavam servidões *pessoaes*.

Porém seja qual fôr o logar, que serviu de fundamento á distincção do Projecto, tornâmos a dizer, que não a julgâmos razoavel, nem a separação, que em virtude d'ella fez de uma materia, que é toda a mesma.

E porisso votâmos, que debaixo do titulo das servidões se tracte sucessivamente das *generalidades*, e das *especialidades*, começando-se por aquellas: e afim tambem de que a pretendida differença entre servidões e restricções não venha ainda augmentar as difficuldades da materia, que já não são ellas poucas!



*Le peuple n'a pas le loisir d'en faire une étude approfondie: il n'a pas la capacité de rapprocher des dispositions éloignées: il n'entendrait pas les termes techniques d'une méthode arbitraire et artificielle.*

BENTHAM.

### Artigo 1574.º

«As servidões podem ser contínuas ou descontínuas, apparentes, ou não apparentes. Contínuas são aquellas cujo uso é, ou póde ser incessante, independentemente de facto do homem. Descontínuas são aquellas, que dependem de facto do homem. Apparentes são aquellas, que se revelam por obras, ou signaes exteriores; não apparentes as que não apresentam indicio algum exterior.»

Parecia-nos conveniente, que se exemplificassem estas servidões, para facilitar a intelligencia do artigo, como fez o Cod. Civ. Fr., d'onde se extrahiram as definições, omittindo-se os exemplos.

Diz elle no art. 688: — *Les servitudes sont ou continues ou discontinues.*

*Les servitudes continues sont celles dont l'usage est ou peut être continuel, sans avoir besoin du fait actuel de l'homme: tels sont les conduites d'eau, les égoûts, les rues et autres de cette espèce.*

*Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées: tels sont les droits de passage, puisage, pacage, et autres semblables.*

Art. 689 — *Les servitudes sont apparentes, ou non apparentes.*

*Les servitudes apparentes sont celles qui s'annocent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc.*

*Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme, par exemple, la prohibition de bâtir sur un fonds, ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée.»*

Além d'isso, julgavamos tambem que para maior clareza da materia, as servidões fôsem primeiramente classificadas, emquanto ao seu objecto, em *affirmativas*, ou *negativas*; porque o artigo sómente as classifica emquanto á fórma.

As *affirmativas* são as que constituem o proprietario na necessidade de consentir, que no seu predio outrem practique algum acto, ou use d'elle, como v. g. a servidão de passagem.

As *negativas* consistem em não poder elle practicar certos actos, que aliás poderia fazer na qualidade de proprietario, como por exemplo, não poder abrir janellas no seu predio, não poder levantar a casa para cima de certa altura, etc.

Umas e outras é que depois costumam classificar-se, em quanto á fórma, em contínuas ou descontínuas, apparentes ou não apparentes.

O Cod. Civ. Fr. não as clássificou, é verdade, emquanto ao seu objecto, mas nem porisso os commentadores têm abandonado essa classificação, porque facilita a intelligencia da doutrina; e uma materia d'estas precisa de toda a clareza.

Artigo 1452.º

«Se o dono do prédio serviente se houver obrigado no respectivo titulo a custear as obras necessarias, poderá eximir-se d'este encargo, abandonando o seu predio ao dono do predio dominante.»

Falla-se aqui das obras necessarias para o uso, e conservação da servidão.

A fonte do Projecto 'neste ponto foi, ao que parece, o art. 699 do Cod. Civ. Fr., que diz: — *«Dans le cas même où le propriétaire du fonds assujetti est chargé par le titre de faire à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude, il peut toujours s'affranchir de la charge, en abandonnant le fonds assujetti au propriétaire du fonds auquel la servitude est due.»*

Mas parecia-nos, que seria sufficiente abandonar sómente a parte do prédio, por onde se exerce a servidão; porque não podia ser intenção das partes, quando ella foi constituida, que todo o predio lhe ficasse sujeito, quando para o seu exercicio bastasse só uma parte, como v. g. na servidão de passagem.

Esta é tambem o opinião d'alguns Jurisconsultos francezes, sem embargo da letra do citado artigo do seu Codigo.

E para que ao depois entre nós se não suscitem as mesmas dúvidas, entendiamos que, em logar das expressões—abandonando o seu predio—se dissesse—*abandonando a parte do predio, por onde se exerce a servidão.*

Vejam-se Rogron, Marcadé, e os mais commentadores ao citado art. 699 do Cod. Civ. Fr.

Artigo 2454.º

«As servidões acabam: 1.º Pela reunião dos dois predios dominante e serviente no dominio da mesma pessoa, salvo no caso da última clausula do art. 2448.»

*Nulli res sua servit.*

*L. 26, D. de servit. praed.*

*urb.*

Parece-nos que deverão ser eliminadas as expressões — *salvo no caso da última clausula do art. 2448.*

Porque diz este artigo — «A existencia de um signal apparente de servidão entre dois predios, estabelecido pelo proprietario de ambos, será considerado como titulo, a fim de que a servidão possa continuar activa e passivamente; *salvo se ao tempo da separação da propriedade dos dois predios outra cousa se declarasse no respectivo documento.*»

E é claro que esta última clausula só póde ter logar quando houver separação, e não quando ambos os predios estiverem reunidos no dominio da mesma pessoa, que é o caso, de que aqui tractámos.

No entretanto cumpre-nos dar mais desinvolvimento á materia. O Projecto no art. 2448 tractou do destino do pae de familias, de que falla o Cod. Civ. Fr., cuja doutrina transcreveu; diz este Codigo:

Art. 692 — « *La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes.* »

Art. 693 — « *Il n'y a destination du père de famille que lorsqu'il est prouvé que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire, et que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude.* »

Art. 694 — « *Si le propriétaire de deux héritages, entre lesquels il existe un signe apparent de servitude, dispose de l'un des héritages sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné.* »

Portanto, se o proprietario de dois predios estabelecer entre elles certo signal apparente de servidão, como v. g. um canal para conduzir agua de um para outro, determina o Codigo Francez, que esse destino do pae de familias sirva de titulo de servidão, se os dois predios chegarem um dia a pertencer a differentes proprietarios, quando ao tempo da separação outra cousa se não declare no contracto.

Mas é evidente, que emquanto o proprietario os possuir ambos, ou quando ambos venham a pertencer depois a um só proprietario, não existe entre elles servidão — *nulli enim res sua servit*, L. 26, D. de *servit. praed. urb.*

Estamos então no caso do art. 705 do mesmo Codigo, que diz: — « *Toute servitude est éteinte lorsque le fonds*

*à qui elle est due et celui qui la doit sont réunis dans la même main.»*

Não podendo pois a última clausula do art. 2448 verificar-se, senão quando ha separação dos dois predios, e fallando o art. 2454, de que nos occupâmos, da reunião d'elles no dominio da mesma pessoa, não pôde deixar de ser eliminada a última linha do artigo, por invocar uma clausula, incompativel na hypothese figurada.

Veja. Marcadé aos citados artt. do Cod. Fr. e Lobão Tr. das Aguas.

#### Artigo 2506.º

As servidões de utilidade pública, geral, ou municipal, não comprehendidas 'neste titulo, serão reguladas por leis e regulamentos especiaes.»

Este é o Titulo 6.º do Livro unico, Parte 3.ª, o qual se inscreve—*Do direito de transformação*,—e o cap. 2.º do Titulo que termina por este artigo, inscreve-se—*Das restricções por motivo de utilidade pública*. 'Nelle copiou o Projecto, desde o art. 2498 até ao art. 2505, as providencias, que aliás debaixo do titulo de *servidões*, foram estabelecidas nos artigos 48 e 49 da Lei de 23 de Julho de 1850. E a final diz, como se vê, que todas as outras *servidões* de utilidade pública, geral ou municipal, não comprehendidas 'neste titulo, serão reguladas por leis e regulamentos especiaes.

Porém deve notar-se, que no cap. 4.º do Titulo ante-

cedente, é que o Projecto tractou das *servidões*; e ahí disse no art. 2462, que estas aqui não são *servidões*, mas *verdadeiras restricções* do direito de propriedade: no entretanto, sem advertir 'nessa distincção que fez, chama agora a estas também *servidões* !

Estas distincções metaphysicas e estas contradicções são improprias de um Codigo: e porisso aqui repetimos, que é preciso acabar com ellas.

A Lei de 23 de Julho não lhes chama *restricções*, dá-lhes o nome de *servidões*: entrem. por tanto na doutrina geral das *servidões*, que todas ellas *restricções* são.

Mas deixando agora estas miudezas escholasticas, perguntaremos: porque não havia o Projecto de omittir toda a materia, comprehendida nos artt. 2498 até 2505, remettendo-a para as leis e regulamentos administrativos, ou municipaes?

Este artigo, supprimidas as palavras — *não comprehendidas 'neste titulo* — é quanto bastaria a tal respeito; elle ficaria assim concebido:

*«As servidões de utilidade pública, geral ou municipal, serão reguladas por leis e regulamentos especiaes.*

É isto o que fez o Cod. Civ. Fr. — diz elle:

Art. 649 — *«Les servitudes établies par la loi ont pour objet l'utilité publique ou communale, ou l'utilité des particuliers.»*

Art. 650 — *Celles établies pour l'utilité publique ou communale, ont pour objet le marchepied le long des rivières navigables ou flottables, la construction ou repa-*

*ration des chemins, et autres ouvrages publics ou communaux.*

*Tout ce qui concerne cette espèce de servitude est déterminé par des lois ou des reglements particuliers.»*

E nada mais disse, porque entendeu que essa materia era menos propria d'um Codigo Civil, que de um Codigo administrativo, ou de regulamentos particulares.

O mesmo Projecto reconhece que aqui não fica dicto tudo, e que o resto tem de ser regulado por essas leis especiaes: por tanto, para onde vae a parte, vá o todo: e os artigos eliminados sejam substituidos por outros sôbre pontos de direito civil, que não faltará materia para elles.

Além d'isso: as disposições da citada Lei de 23 de Julho não são providencias secundarias, são 'nesta parte a base do nosso direito administrativo moderno; têm precisamente de ser collocadas nos novos regulamentos de policia administrativa e municipal, á testa das outras servidões, que o Projecto para ahi remette, e de que não quiz fallar no Codigo Civil: e para que consignar em dois diversos Codigos a mesma doutrina, por partes?

#### Artigo 2508.º

Mas, se assim mesmo a arvore plantada vier a assombrar e prejudicar o predio vizinho, em razão da situação respectiva dos predios, será o dono da arvore obrigado a rebaixal-a, ou a responder por perdas e damnos.»

Poderá o vizinho pedir as perdas resultantes da som-



bra, e d'outros effeitos das arvores,—ou que estas se correm ou rebaixem, quando estão nas distancias legaes, e não propendem sôbre o seu predio?

O Projecto resolve a questão pela affirmativa, e parece que o motivo foi o favor da agricultura.

No entretanto, deve confessar-se, que a cultura das arvores, tanto fructíferas, como silvestres proprias para construcção ou combustivel, não merece certamente menos favor. Alv. de 27 de Novembro de 1804, § 9; e que se o terreno, que se pretender desassombrar, fôr de pouca fertilidade ou importancia, a sentença contra as arvores não foi muito rasoavel.

*Ipsae Caucasio steriles in vertice silvae,  
Quas animosi Euri adsidue franguntque feruntque.  
Dant alios aliae fetus; dant utile lignum  
Navigiis pinos, domibus cedrumque cupressosque.  
Hinc radios trivere rotis, hinc tympana plaustris  
Agricolae, et pandas ratibus posuere carinas.*

VIRG. L. 2, GEORG.

Além d'isso: se o vizinho conserva a arvore na distancia legal, com que direito poderá exigir-se que a córte ou rebaixe, a não se provar servidão?

A Ord. L. 1, tit. 68, § 32, diz que cada um no seu predio é senhor do ar perpendicular, assim como do solo até ao centro.

E o Cod. Civ. Fr. no art. 552, diz da mesma fórma: — «*La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous.*

*Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il jugera à propos, sauf les exceptions établies au titre des servitudes ou services fonciers, etc.*

Sendo pois duvidosa não só a utilidade, senão também a justiça do principio estabelecido, parece-nos que deverá ser eliminado o artigo.

Os Codigos não fallam d'esta especie, fóra da materia das servidões. Veja-se o Tract. das Acç. de Corr. Tell. § 219.

#### Artigo 2520.º

«Nem mesmo no seu predio poderá abrir poços, fossos, vallas ou canos de despejo junto de muro, ou seja commum ou alheio, sem guardar a distancia, e fazer as obras necessarias para que d'esse factio não resulte prejuizo ao vizinho.

§ 1.º Observar-se-ha 'nesta parte o disposto nos regulamentos municipaes ou administrativos, e na sua falta, não se accordando as partes, o que fôr resolvido a arbitrio de bom varão.

§ 2. Mas em qualquer caso, se o vizinho vier a soffrer damno com as obras mencionadas, será indemnizado pelo seu author, salvo se houver accôrdo expresso em contrário.»

O Projecto 'neste artigo foi talvez menos explicito, do que convinha. Tendo sido no capitulo antecedente tão minucioso, a respeito das restricções por motivo de uti-

lidade pública, que se não esqueceu de marcar as distancias legaes para a edificação e plantação de arvores juncto das estradas e canaes, e de mencionar outras servidões ainda menos significantes: e tendo mesmo marcado já tambem, na secção que precedeu esta, os espaços legaes, que os particulares devem guardar juncto ás extremas dos predios, para a plantação das arvores, e arbustos: — é para sentir, que aqui nem uma só palavra dissesse relativamente ás distancias para a abertura de poços, fossos, vallas e canos de despêjo; — e que 'neste ponto, que é objecto de importancia, e que todos os dias suscita questões entre os vizinhos, se contentasse com uma simples remissão aos regulamentos municipaes ou administrativos!

Verdade seja que o Cod. Civ. Fr., no art. 674, fez o mesmo; mas esse não merece certamente um equal reparo, porque outro tanto tinha já feito, a respeito das servidões por utilidade pública; sendo o seu systema, como já dissemos, excluir sempre das materias do direito civil tudo o que pertencesse ao direito administrativo, ou municipal.

Parece-nos, portanto, que em logar d'essa remissão, deverá adoptar-se tambem uma providencia qualquer: e tanto mais necessaria ella é, quanto é certo, que 'nestes assumptos nada mais temos, que o antigo regimento dos almotacés na Ord. L. 1, tit. 68, que nada diz das distancias a guardar para estas obras, nem a respeito de outros pontos importantes.

Lembraremos porém que poderá adoptar-se, ou a disposição do art. 462 do Código do Cantão de Vaud, ou a do art. 597 do Código da Sardenha; porque com qualquer d'ellas ficará bem supprida a omissão do Projecto.

Diz o art. 462 do Cod. do Cantão de Vaud — «*Nul ne peut faire creuser un puits, une citerne, ou une fosse d'aisance près d'un mur mitoyen ou non, qu'à la distance de six pieds, à moins qu'il ne fasse du côté de son fonds un mur ou contre-mur suffisant pour empêcher que ces ouvrages ne nuisent au voisin.*»

E o art. 597 do Código da Sardenha: — «*Celui qui voudra faire creuser un puits, une citerne, un cloaque, une fosse d'aisance ou à fumier, près d'un mur appartenant à autrui, ou même près d'un mur mitoyen, devra, s'il n'y a pas de dispositions contraires dans les règlements locaux, laisser la distance d'un mètre soixante et onze centimètres entre les confins précis de la propriété voisine et le point du périmètre interne du puits, de la citerne, du cloaque ou de la fosse, le plus rapproché de ces confins.*»

#### Artigo 2526.º

«*Todo o proprietario confinante com muro alheio póde adquirir 'nelle communhão em-todo ou em parte, pagando metade do seu valor, e metade do valor do solo, em que estiver construido; com tanto que seja para edificação de casas.*

§ *unico.* Mas se 'neste muro ou parede existirem janelas ou varandas, ou quaesquer vistas, a que o proprie-

tario tenha direito, deverá igualmente ser indemnizado do prejuizo que soffrer, e mais um terço.»

A doutrina do artigo pouca difficuldade offerece: as leis civis afim de evitar desperdicio de terreno, e em favor da edificação, têm geralmente admittido que o proprietario, confinante com muro alheio, possa adquirir 'nelle communhão em todo ou em parte, pagando metade do seu valor, e metade do valor do solo, em que estiver construido: sómente observaremos que o Cod. Civ. Fr. e o da Sardenha, não estabelecem a clausula—*com tanto que seja para edificação de casas*; e por conseguinte dão mais extensão a este direito.

Diz o art. 661 do Cod. Civ. Fr. — «*Tout propriétaire joignant un mur, a de même la faculté de le rendre mitoyen en tout ou en partie, en remboursant au maître du mur la moitié de sa valeur, ou la moitié de la valeur de la portion qu'il veut rendre mitoyenne, et moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti.*

E o art. 578 do Codigo da Sardenha diz o mesmo; accrescentando sómente—que elle tem obrigação de fazer executar os trabalhos necessarios para não prejudicar o vizinho.

Porém a nossa Ord. L. 1, tit. 68, § 35, quando concedeu este direito, parece que com effeito teve em vista só a edificação, e é talvez fundado 'nella que o Projecto accrescentou a sobredicta clausula. Diz a Ord.:—«E ninguem poderá metter *trave* em parede, em que não tiver

parte: porém, se quizer pagar ametade do que a dicta parede custou ao senhor d'ella, poderá 'nella *madeirar*, sendo a parede para isso.»

Se exceptuarmos pois esta circumstancia, em que apparece discrepancia entre o Projecto e alguns Codigos, a doutrina do artigo é corrente.

Mas o que nos parece, que não póde admittir-se, é o § unico; porque se na parede existem janellas, varandas, ou outras quaesquer vistas, a que o proprietario tenha direito; — é claro, que ellas foram abertas sôbre o predio do vizinho, ou por direito de servidão, ou com o intervalo de seis pés (ou desenove decimetros) entre os dois predios, nos termos do art. 2522; — e em nenhum d'estes casos o vizinho póde ter direito a exigir communhão na parede para 'nella *madeirar*, nem a fazer tapar as janellas ou varandas.

Os Codigos fallam de muro ou parede confinante com o vizinho, mas não comprehendem a especie do § unico; porque realmente essa parede está *fóra do caso*. Antes, contra a doutrina do referido §, diz a nossa Ord. L. 1, tit. 68, § 33: — «E se alguem tiver janella sôbre quintal, ou campo de outrem, e o senhorio do quintal, ou campo quizer ahi fazer casa, não poderá fazer parede tão alta, que tape a janella, que antes ahi era feita, se passar de anno e dia que era feita: porém, se o que quizer fazer a dicta casa, quizer deixar azinhaga de largura de uma vara e quarta de medir, bem poderá fazer a casa, e alçar-se quanto quizer.»

Propomos, portanto, a eliminação do § unico.

Artigo 2529.º

«O consorte pôde alçar a parede commum, com tanto que o faça á sua custa, e indemnisse o consorte do valôr da sua respectiva parte.»

Este artigo precisa de mais clareza na redacção; porque não podendo as palavras — *e indemnisse o consorte da sua respectiva parte* — referir-se á despesa com o alçamento, a qual deve correr toda por conta d'aquelle, que o emprehender; será forçoso referil-as áquelle parte que o outro socio tinha já gasto com a parede commum; e a conclusão a tirar será que este perde então a sua respectiva parte da parede, ficando sómente com direito ao valôr da despesa d'ella.

Mas isto não é certamente o que o Projecto quer dizer, á vista do art. 2531, que declara que o consorte, que não tiver contribuido para o alçamento, pôde mesmo adquirir communhão na parede augmentada.

Porém de que indemnisação se fallará ahi? Pela redacção não será facil adivinhal-a; mas vâmos á fonte do artigo, para vêr se o podemos entender.

Se nos não enganâmos, a doutrina foi extrahida do Cod. Civ. Fr. que diz no art. 658:— «*Tout comproprietaire peut faire exhausser le mur mitoyen; mais il doit payer seul la dépense de l'exhaussement, les réparations d'entretien au-dessus de la hauteur de la clôture com-*

*mune, et en outre l'indemnité de la charge en raison de l'exhaussement et suivant la valeur.»*

Vê-se pois d'este artigo, que o consorte deve alçar a parede á sua custa, e que fica tambem exclusivamente obrigado ás despesas de reparação, ou conservação da parte alçada: mas como o outro por esse facto não perde o direito que tinha á meia-parede até esse ponto; deve o que a alçou, indemnisal-o do prejuizo que soffrer pelo maior pêso com que fica a parede commum, e que necessariamente ha de contribuir para ella se arruinar mais cedo.

E é essa a indemnisação de que falla o Codigo Francez; e que tambem suppomos ser aquella, a que se refere o artigo do Projecto. Mas quem ha de decifrar o *enigma*, sem ir folhear aquelle Codigo?

Seja porém esta ou não a mente do artigo, é incontestavel que elle precisa de nova redacção. Vej. Rogron ao citado artigo do Cod. Fr.

#### Artigo 2532.º

«A reparação e reconstrucção do muro commum será feita por conta dos consortes, em proporção da sua direita parte.

§ unico. O consorte pôde comtudo exinir-se de contribuir para as sobredictas despesas, se o muro ou parede commum não sustentar edificio que lhe pertença.»

Faltou declarar no § unico — *abandonando o seu di-*



*reito á meação do muro;* — porque sem essa renúncia o consorte não poderia razoavelmente eximir-se de contribuir para as despesas de reparação e reconstrucção, ainda quando o muro ou parede commum não sustentasse edificio, que lhe pertencesse.

A fonte do § unico parece ter sido o art. 656 do Cod. Civ. Fr., mas este diz expressamente, e a nosso ver com razão: — «*Tout coproprietaire d'un mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions en abandonant le droit de mitoyenneté, pourvu que le mur mitoyen ne soutienne pas un bâtiment qui lui appartienne.*»

Deve porém advertir-se, que pelo art. 663 do mesmo Codigo, se o muro servir, dentro de povoações, de dividir pateos, jardins ou quintaes, 'nesse caso não poderá algum dos com-proprietarios eximir-se da reparação d'elle, ainda que queira ceder do direito de ser quinhoeiro; mas adiante no art. 2560, tornaremos a fallar d'esta excepção.

## SECÇÃO V.

### DOS CANOS DE DESPEJO, E DEPÓSITO DE MATERIAES NOCIVOS, E OUTRAS OBRAS SIMILHANTES.

#### Artigo 2539.º

«*Todo aquelle que quizer abrir cloáca, fossos, ou canos de despêjo juncto de um muro, ou seja commum ou*

alheio, ou construir chaminé, lar, fogão ou forno, ou encostar ao dicto muro depositos de sal, ou de quaesquer substancias corrosivas, ou que produzam infiltrações nocivas, será obrigado a guardar as distancias e prevenções determinadas nos regulamentos administrativos locaes. Mas se taes regulamentos não houver, poderão os interessados requerer, que se tomem as necessarias cautellas por arbitrio de peritos, que serão nomeados pelos interessados.»

Tendo-se fallado já na secção 2.<sup>a</sup> d'este mesmo capitulo (artt. 2518 até 2520) das distancias, que devem guardar-se para a abertura de poços, fossos, vallas, ou canos de despêjo juncto de muro, ou seja commum ou alheio; parecia-nos desnecessario tornar a repetir agora o mesmo por occasião de se tractar da construcção de chaminés, fogões, fornos, ou de encostar ao dicto muro depositos de sal, ou de substancias corrosivas; — e que mais methodico seria junctar este art. 2539, que só por si constitue a secção 5.<sup>a</sup> do capitulo, á doutrina da secção 2.<sup>a</sup>, inscrevendo essa secção — *Da distancia das obras intermedias para certas construcções* — como fez o Cod. Civ. Fr., o qual debaixo d'esta epigraphe comprehendeu toda a doutrina das referidas duas secções do Projecto.

Diz elle no L. 2, tit. 4, cap. 2, Sect. 2: — «*De la distance des ouvrages intermediaires requis pour certaines constructions.*

Art. 674 — «*Celui qui fait creuser un puits ou une*

*fosse d'aisance près d'un mur mitoyen ou non; celui qui veut y construire cheminée ou âtre, forge, four ou fourneau; y adosser un étable; ou établir contre ce mur un magasin de sel ou amas de matières corrosives; — Est obligé à laisser la distance prescrite par les règlements et usages particuliers sur ces objets, ou à faire les ouvrages prescrits par les mêmes règlements et usages, pour éviter de nuire au voisin.»*

E o Cod. da Sardenha ainda fez mais; porque comprehendeu em uma só secção a materia toda das *construcções, escavações, e plantações*, que é a secção 2.<sup>a</sup> do cap. 2.<sup>o</sup>, tit. 4, liv. 2.<sup>o</sup>, aqual se inscreve:—*Da distancia, e das obras intermedias, requeridas para construcções, excavações, e plantações.*

Na verdade, não apresentando o Projecto providencias diversas nas duas secções, porque em ambas ellas não faz mais, que referir-se aos regulamentos administrativos ou municipaes, — parece que não valia a pena de separar as materias.

E além d'isso, da sua reunião poderá ainda resultar a vantagem de se marcar simultaneamente para todos esses casos o intervalo legal, sem necessidade de repetições inuteis, se por ventura parecer razoavel a reclamação, que fizemos na secção 2.<sup>a</sup>

#### Artigo 2560.<sup>o</sup>

«Nas povoações pôde cada proprietario constringer o seu vizinho á construcção em commum de qualquer muro

ou parede divisória, que separe os seus pateos ou jardins, na proporção do proveito que receberem d'esse tapume.

§ 1.º Na falta de convenção será esta proporção regulada a arbitrio de bom varão.

§ 2.º A altura e fôrma da construcção será regulada administrativamente, ou segundo o costume da terra.»

Já no § unico do art. 2532, tocámos 'nesta especie, que é uma excepção que o Cod. Civ. Fr fez á regra, que estabeleceu no art. 656.

A regra é, como vimos, que todo o com-proprietario de uma parede commum póde eximir-se de contribuir para a reparação e reconstrucção d'ella, se abandonar o direito á sua meação; excepto no caso em que a parede sustente edificio que lhe pertença; porque então não lhe será admittida a renúncia, e ha de forçosamente concorrer para a despesa.

Porém no art. 663, diz:— *«Chacun peut contraindre son voisin, dans les villes et faubourgs, à contribuer aux constructions et réparations de la clôture faisant séparation de leurs maisons, cours et jardins assis èsdites villes et faubourgs: la hauteur de la clôture sera fixée suivant les règlements particuliers ou les usages constants et reconnus; et, à défaut d'usage et de règlements, tout mur de separation entre voisins qui sera construit ou rétabli à l'avenir, doit avoir au moins trente-deux décimètres (dix pieds) de hauteur, compris le chaperon, dans les villes de cinquante mille âmes et au-dessus, et vingt-six décimètres (huit pieds) dans les autres.»*

Neste caso, portanto, o Cod. Civ. Fr. fazendo excepção á regra, determina que o vizinho possa ser compelido á construcção e reparação da parede commum, sem lhe admittir escusa.

E esta doutrina é na verdade mais razoavel, que a da Ord. liv. 1. tit. 68. § 37, *in fine*, que não obriga á construcção, e menos á reparação da parede commum, o vizinho que a isso não quer prestar-se; porque interessando a parede egualmente a ambos, a recusa de um á construcção d'ella, ou a renúncia ao seu direito de ser meeiro para fugir á despesa dos reparos, importaria o mesmo que querer ter o commodo, sem ter o incommodo, contra o sabido princípio de direito—*lucrum qui sentit, idem et damnum participare debet*. L. 29, *in fin. D. pro socio*.

O Projecto preferiu a doutrina do Cod. Civ. Fr., admittindo a regra e a excepção, e fez bem: mas o que nos parece é que a excepção fica muito desviada da regra, e que conviria aproximal-as mais.

A regra encontra-se no Titulo antecedente, entre as restricções por utilidade reciproca dos proprietarios, (secção — *dos muros e paredes meias*), e a excepção 'neste Titulo, que tracta do *direito de exclusão e defesa*.

O Cod. Civ. Fr. apresenta uma e outra no mesmo Capitulo, que é o—*Das servidões estabelecidas pela Lei*— uma no art. 656, e a outra no art. 663.

E o Projecto devia fazer o mesmo; porque quem quizer ao depois achar no Codigo esta excepção, provavel-

mente ha de dirigir-se á secção, em que se tracta dos muros e paredes meias; e não áquella, em que se tracta do direito de exclusão e defesa.

Mas dir-se-ha: — isso é uma questão de methodo, e o nosso foi este. — É verdade, mas o methodo não é tão arbitrario, que não tenha regras.

Bentham diz, em um sentido mais amplo, é verdade, mas que tambem pôde applicar-se ao Codigo Civil sómente: — *« Dans quel ordre convient-il d'arranger les diverses parties qui composent un corps complet de Legislation? »*

*Il y a des personnes qui ont besoin de connaître le système entier des lois: ce sont ceux qui sont chargés de les maintenir et de les appliquer. D'autres ont seulement besoin de connaître la partie qui les concerne et qu'il leur serait dangereux d'ignorer: ce sont les individus qui ne sont tenus qu'à leur obéir.*

*Ce qui est le plus convenable pour la généralité du peuple, voila ce qu'il faut considérer dans l'arrangement des lois. Le peuple n'a pas le loisir d'en faire une étude approfondie: il n'a pas la capacité de rapprocher des dispositions éloignées: il n'entendrait pas les termes techniques d'une méthode arbitraire et artificielle.*

*Il faut donc distribuer les matières dans l'ordre le plus facile pour des entendements peu exercés dans l'ordre le plus interessant par l'importance des sujets, en un mot, dans l'ordre le plus naturel.*

*Mais qu'est-ce ici que l'ordre le plus naturel?*

*C'est l'ordre selon lequel il sera le plus aisé de consulter la loi, de trouver le texte qui s'applique à un cas donné, et d'en saisir le véritable sens.*

*La meilleure méthode est celle qui donne la plus grande facilité de trouver ce qu'on cherche.»*

#### Artigo 2561.º

«Todo o proprietario tem direito a defender a sua propriedade, repellindo mesmo a fôrça pela fôrça, não lhe sendo possivel recorrer, sem prejuizo na demora, ás auctoridades competentes.»

#### Artigo 2562.º

«Se a violação provier de qualquer obra nova, que algum terceiro pretenda construir, poderá o offendido prevenir-se e assegurar o seu direito, embargando a obra, como se dirá no Codigo do Processo.»

O Projecto disse no principio do Titulo 7.º d'esta 3.ª parte (art. 2540), que o direito de exclusão e defesa, que ao proprietario compete, importa o de *demarcação*, *tapagem* e *desfôrço*. Nos dois primeiros capitulos tractou da demarcação e tapagem, e agora 'neste terceiro diz duas palavras sôbre o direito de desfôrço.

Porém, como este último direito compete tambem ao possuidor, ou a posse seja natural ou civil, e o Projecto já tractou d'elle amplamente no Titulo da *Posse*, desde o art. 576 até ao art. 594; parecia-nos, que para evitar

este 3.º capitulo tão insignificante, que nada accrescenta ao que já está profusamente dicto, conviria, ou reunir os tres capitulos em um só debaixo da epigraphe— *Do direito de demarcação, tapagem e desfórço*; ou aliás, que, antes de se começar a tractar da demarcação e tapagem (de que ainda até aqui se não havia fallado), se diga em um § ao artigo primeiro do Titulo, que o proprietario usará do direito de *desfórço* nos termos legislados no Titulo da *Posse* e no Codigo do Processo.





## CONTINÚA AINDA A TERCEIRA PARTE.

### TITULO IX.

#### *Do direito de alienação.*

### CAPITULO II.

#### DA EXPROPRIAÇÃO PREDIAL POR UTILIDADE PÚBLICA.

A base d'esta materia, hoje, são as duas leis regulamentares de 23 de Julho de 1850, e de 17 de Setembro de 1857.

O Projecto apoderou-se d'ellas com avidéz, e encheu com o seu objecto este capitulo e o seguinte, compondo-se este de quatro extensas secções, e comprehendendo ambos elles sessenta e quatro artigos. Transcreve a integra das duas leis na parte respectiva, e tracta tão miudamente de todas as particularidades e detalhes d'esta expropriação, que um Codigo Administrativo, e o seu respectivo processo não seriam certamente mais minuciosos e explicitos sôbre o objecto.

Mas, com quanto a materia esteja exposta com toda a claresa, parece-nos, que não era no Codigo Civil que cumpria dar-lhe tal desinvolvimento.

Que é o Direito Civil? Pergunta o nobre Auctor do Projecto na Apostilla n.º 1 a pag. 11.

E elle mesmo responde:—«É o complexo das regras ou disposições legais, que determinam e regem as relações privadas dos cidadãos entre si.»

Logo o Auctor do Projecto reconhece connosco, que aquellas que regerem as relações do Estado com os cidadãos, mesmo em questões de propriedade, devem pertencer, não ao Codigo Civil, como se diz no art. 3.º do Projecto, mas sim a outra parte, isto é, ao Codigo ou regulamentos administrativos.

E nós votámos, que para ahi seja remettida toda esta materia, com a das servidões por utilidade pública; para que se não faça depois ao Codigo Civil a mesma censura, que se faz ás velhas Ordenações, aonde o Civil e o Administrativo se acham em perpétua confusão.

Mas as Ordenações ainda merecem desculpa, porque esta distincção é posthuma, é filha dos tempos modernos: e quem ha de ter indulgencia com o Codigo?

*Incaeptis gravibus plerumque et magna professis  
Purpureus, laté qui splendeat, unus et alter  
Assuitur pannus; quum lucus et ara Dianae.  
Et properantis aquae per amoenos ambitus agros,  
Aut flumen Rhenum, aut pluvius describitur arcus;  
Sed nunc non erat his locus.*

HORAT.

# PARTE IV

## LIVRO II, TITULO XI.



### CAPITULO III

#### DAS VISTORIAS E EXAMES.

Em todo este capitulo, nem uma só palavra se diz sôbre a necessidade da assistencia d'alguns jurados ás vistorias, que depois possam informar os outros, no dia da discussão da causa.

A Ref. Jud. nos artt. 471—474, e 519, § 1, determina, que, se na causa houverem de intervir jurados, e a vistoria tiver por fim a averiguação de circumstancias locaes, que não possam ser devidamente apreciadas, sem a inspecção do terreno, as partes deverão louvar-se em quatro jurados do quartel, que procedam ás necessarias

averiguações; — os quaes, na conformidade do art. 519, § 1, ficam sendo membros do jury na causa, tendo só a sortear-se o resto. E no dia do julgamento devem elles fazer um relatorio circumstanciado do que observaram, para que os outros jurados possam melhor comprehender as provas que fôrem produzidas.

E esta disposição parece-nos não só razoavel, mas até em muitos casos um expediente indispensavel para os jurados podêrem julgar conscienciosamente. E votámos para que se não omitta no Codigo esta ideia.

#### Artigo 2802.º

«Os documentos particulares escriptos e assignados, que fôrem reconhecidos pelas partes, ou havidos judicialmente como reconhecidos, terão entre os signatarios e seus herdeiros e representantes, a mesma fôrça probatoria que os documentos publicos, excepto nos casos em que a Lei disponha outra cousa.»

Diz o artigo — Os documentos particulares *escriptos e assignados*, que fôrem reconhecidos pelas partes, etc. E esta redacção não está boa; porque qualquer documento não pôde deixar de ser sempre escripto e assignado, só com a differença, que sendo público ou autentico, deve ser escripto por tabellião, e assignado pela parte ou por uma das testemunhas, a seu rogo; e sendo particular, pôde ser escripto e assignado por ella mesma.

Quererá porém o artigo fallar só do documento par-

ticular, escripto e assignado pela propria parte, para distincção d'aquelle que é assignado, mas não escripto por ella? Parece-nos que não, porque o resto do artigo não dá importancia alguma á escripta, e só ás assignaturas — *terão entre os signatarios, etc.*

Mas pergunta-se: bastará só o reconhecimento das assignaturas, ou será necessario que os signatarios reconheçam tambem a obrigação?

O artigo do Projecto não é de tal fórma explicito, que tire a dúvida, e convinha que a tirasse; porque pôde haver quem pretenda, que é sufficiente o reconhecimento das assignaturas.

A sua fonte, que suppomos ter sido o art. 1322 do Cod. Civ. Fr., tambem a não tira; diz elle: — «*L'acte sous seing-privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayant-cause, la même foi que l'acte authentique.*»

A nossa Ord. L. 3, tit. 25, § 9, foi porém mais explicita: ella declara, que para o instrumento particular provar a obrigação que contém, não basta que o devedor reconheça a assignatura, quando a obrigação foi escripta por outro: 'nesse caso deve reconhecer tambem a propria obrigação. — «Se aquelle (diz ella) contra quem se apresenta algum alvará ou conhecimento reconhecer em juizo, que é por elle feito e assignado, ou assignado sómente, *reconhecendo elle haver feito a obrigação conteída no dicto alvará, lhe assignarão dez dias, etc.*»

E esta distincção parece-nos razoavel; porque, sendo o escripto só assignado pela parte, ha perigo de que ella por êrro subscrevesse a uma obrigação, que não tinha intenção de contrahir; e 'nesse caso deve reconhecer, além da assignatura, tambem a obrigação.

Mas não se dando esse risco, quando o documento é feito e assignado por ella, parece que então bastará reconhecer a letra, como indica a Ordenação.

Pothier, *Tract. des oblig.* P. 4, n.º 743, que serviu de fonte ao citado artigo do Cod. Fr., foi todavia mais claro, e parece exigir tambem o reconhecimento da obrigação, mas só quando o acto foi assignado, e não escripto pela propria parte: — «*Les actes (diz elle) sous signatures privées ordinaires font la même foi contre ceux qui les ont souscrits, leurs héritiers ou successeurs, que les actes authentiques: mais il y a cette différence entre ces actes et les actes authentiques, que ceux-ci non sont sujets à aucune reconnaissance; au lieu que le créancier ne peut, en vertu d'un acte sous signature privée, obtenir aucune condamnation contre celui qui l'a souscrit, ses héritiers ou successeurs, qu'il il n'ait préalablement conclu à la reconnaissance de l'acte, et fait statuer sur cette reconnaissance. Voyez l'Édit de decembre 1784.*»

Propomos portanto que se conserve a distincção da Ordenação.

#### Artigo 2812.º

«A nota escripta pelo crédor em seguimento, á margem, ou nas costas de qualquer escriptura ou obrigação,

ainda que não seja datada, nem firmada, faz prova em favor do devedor.»

### Artigo 2813.º

«A disposição do artigo antecedente terá igualmente lugar, ainda que a nota não seja escripta pelo crédor, se a escriptura ou obrigação tiver estado sempre em seu poder.»

A ampliação, que este artigo faz da disposição do antecedente ao caso, em que a nota não seja escripta pelo crédor, parece-nos um pouco arriscada; porque ainda que o crédor tenha o titulo ou escriptura em seu poder, será algumas vezes possível, e até facil ao devedor fazer lá escrever a nota por uma terceira pessoa, sem que o crédor por largos tempos dê no engano.

E este perigo ainda é mais para recear, por occasião d'uma prolongada enfermidade, que termine com a morte do crédor.

A doutrina é de Pothier, que no n.º 761 do logar acima citado, diz: — *«Ces quittances, quoique non signées ni datées, sont une pleine preuve du paiement, non seulement lorsqu'elles sont écrites de la main du créancier, mais même de quelque main qu'elles soient écrites, fût-ce même de celle du débiteur; parce qu'il est plus que probable que le créancier n'aurait pas laissé écrire ces reçus sur le billet qui était en sa possession, si les paiements ne lui avaient pas été faits effectivement.»*

Funda-se, por conseguinte, Pothier em uma presumpção, que é muito fallivel, como já dissemos. — Rogron segue a mesma opinião; mas o Cod. Civ. Fr. não quiz admittil-a; porque exige expressamente no art. 1332, que a nota seja escripta pela propria mão do crédor; diz elle: — *L'écriture mise par le créancier à la suite, en marge ou au dos d'un titre qui est toujours resté en sa possession, fait foi, quoique non signée ni datée par lui, lorsqu'elle tend à établir la liberation du debiteur. Il en est de même de l'écriture mise par le creancier au dos, ou en marge, ou à la suite du double d'un titre ou d'une quittance, pourvu que ce double soit entre les mains du debiteur.*»

E o nosso Cod. Comm. seguiu tambem o Cod. Civ. Fr. nesta parte, rejeitando a opinião de Pothier e Rogron; diz o art. 954—O que o *crédor escrever* em seguimento, á margem, ou nas costas de um crédito, que sempre conservou em seu poder, faz fé, posto que não assignado, nem datado por elle, tendendo a estabelecer a descarga do devedor.» E nada mais accrescenta.

Rejeitâmos, portanto, a doutrina do art. 2813 do Projecto: fujamos de franquear as portas á fraude!

*Magnum pauperis opprobrium jubet  
Quidvis et facere et pati,  
Virtutisque viam deserit arduae.*

HORAT.



# PARTE IV.

## LIVRO II. TITULO XI.

•••

### CAPITULO V

#### DO CASO JULGADO.

Os Codigos e os escriptores geralmente tractam do caso julgado na doutrina das provas, fundadas em presumpções; mas o Projecto só adiante no cap. 7 é que falla d'estas. Não seria melhor junctar este ao cap. 7?

O Cod. Civ. Fr. tractando das presumpções no liv. 3, tit. 3.º, cap. 6.º, secção 3.ª, inscreve o § 1.º da secção — *Des présomptions établies par la loi*; e diz no art. 1350, primeiro da secção: — «*La présomption legale est celle qui est attachée par une loi speciale à certains faits; tels sont..... 3.º L'autorité que la loi attribue à chose jugée.*»

E depois, no art. 1351, explica o que deve entender-se por *caso julgado*, nos mesmos termos que o Projecto. — «*L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait le jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité.*»

O Cod. da Sardenha tambem incluiu o caso julgado na doutrina das presumpções legais, artt. 1463—1465; o mesmo fez o da Luisiana, artt. 2264—2266; o da Hollanda, artt. 1952—1954; o da Bolivia, artt. 1401—1404, etc.

Vej. Per. e Sous., Linh. Civ., Not. 523; Sr. Mell. Fr., L. 4, tit. 16, § 9; Dig. Port., L. 1, artt. 1031 e seg.; Sr. Coelh. da Rocha, Instit. de Dir. Civ., § 194, etc.

#### Artigo 2900.º

«O juramento é um acto pessoal, que não póde ser prestado por procurador, nem sôbre factos de que aquelle que o presta, não possa ter conhecimento.»

A primeira parte foi certamente extrabida do art. 1472 do Codigo da Sardenha, que diz: — «*Le serment, de quelque espèce qu'il soit, doit être prêté par la personne même, et non par un fondé de pouvoir.*»

Por conseguinte, nem o Codigo da Sardenha, nem o Projecto, admittem juramento por procurador. Mas o contrario foi seguido pelo direito romano, pelas nossas Ordd.

e Codigo Commercial, e é doutrina corrente entre os nossos Praxistas, e escriptores estrangeiros.

*Heinec. ad Pandect.* Part. 3.<sup>a</sup>, § 14, n.º 4, fundado na L. 9, § 6, e na L. 42, § 2, *D. de jurejur.* diz, que qualquer pôde prestar juramento — *sive per se, sive per procuratorem speciali mandato instructum.*

A nossa Ord. L. 3, tit. 43, § 3, estabelece o mesmo princípio: — «E se as partes principaes (diz ella) não fôrem presentes, poderão os seus procuradores fazer os dictos juramentos em nome d'ellas, referindo a ellas as palavras do dicto juramento, como acima fica dicto, e para isto se fazer, é necessario que tenham especial mandado para jurar de calúmnia.»

O Codigo Commercial. no art. 980, diz tambem: — «O juramento não pôde ser deferido, referido, nem acceito, salvo pela parte em pessoa, ou por seu procurador especial e authenticico.

Pereira e Sousa, Pr. linh. Civ. not. 505, apoiando-se em Heinec. e nas leis por elle citadas, em Lauterbach. *disput. de juramentis, thes.* 5, e em Struv. *Exercit.* 17, *thes.* 17, diz, que sendo necessario ter conhecimento do facto, sôbre que se presta juramento, e ignorando-se provavelmente o facto alheio, nem mesmo o Procurador pôde ser obrigado a jurar sôbre o facto do constituinte, *salvo tendo para isso especial mandado.*

O auctor do Dig. Port., no L. 3, art. 607, referindo-se á L. 17, § 1, *D. de jurejur.* e á citada Ord. L. 3, tit. 42, § 3, concorda no mesmo, porque diz que o ju-

ramento do procurador em nome do constituinte, ou o deferir o juramento decisorio á parte contrária, exige poderes especiaes.

O Sr. Coelho da Rocha, no § 179 das suas *Instit.*, diz da mesma fórma, que ninguem póde ser admittido a jurar factos, de que não tenha conhecimento, ou de outrem, *excepto se para esse fim tiver procuração especial.*

Consequentemente, fóra do caso de mandar o juiz que a parte compareça em pessoa, Ord. L. 3, tit. 7, pr., ou d'algum outro, em que a Lei expressamente exija o juramento por ella mesma prestado; parece-nos que nenhuma dúvida póde haver em admittil-o por procurador, munido de poderes especiaes.

#### Artigo 2902.º

«O juramento decisorio é o que uma das partes refere a outra para decisão do pleito. Juramento suppletorio é o que é deferido officiosamente pelo juiz a alguma das partes.»

'Neste artigo ha certamente erro typographico. Entre as palavras — *partes e refere*, ou faltam as expressões — *defere ou* — ou aliás a palavra *refere* deve emendar-se para — *defere*.

Na primeira supposição, dirá o artigo:— *O juramento decisorio é o que uma das partes defere, ou refere á outra*, etc. E na segunda, dirá:— *O juramento decisorio é o que uma das partes defere á outra*, etc.

Esta última é a definição, que de juramento decisorio dá o Cod. Civ. Fr. no art. 1357: — «*Le serment judiciaire* (diz elle) *est de deux espèces: — 1.º Celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause, il est appelé decisoire; — 2.º Celui qui est déféré d'office par le juge à l'une ou à l'autre des parties.*»

E com ella se conformou o nosso Codigo Commercial, que no art. 976, diz: — «O juramento judicial é de duas especies: 1.º o que uma parte defere a outra em decisão da causa, e que se chama *decisorio*; 2.º o que o juiz defere d'officio a uma ou outra das partes.»

Mas tambem póde admittir-se a primeira definição; e pelos artigos seguintes do Projecto parece, com effeito, ser a que este adoptou, e com razão; porque, ou o juramento seja deferido ou referido, em qualquer dos casos é sempre *decisorio*, e produz por conseguinte os mesmos effeitos.

O Sr. Coelho da Rocha, diz no § 180 — «Juramento decisorio ou voluntario, é aquelle que uma das partes *defere* ou *refere* a outra, para por elle se decidir o litigio.»

#### Artigo 2903.º

«O juramento decisorio póde ter logar em toda e qualquer pendencia civil, mas não sôbre factos incriminados pela Lei, sôbre convenções que só podem ser provadas por instrumento público, ou sôbre questões em que as partes não podem transigir.»

O Projecto não admitte o juramento decisorio sobre convenções, que só podem ser provadas por instrumento público. Mas quaes são ellas?

Antigamente tinhamos na Ord. L. 3, tit. 59, pr. a norma geral do valor do contracto: se elle excedia a taxa da Ord., que foi triplicada pelo § 2.º do Alv. de 16 de Setembro de 1814, já se sabia, que não poderia provar-se senão por escriptura ou instrumento público, ou o seu objecto fôsem cousas moveis, ou cousas immoveis: mas essa Ord. foi revogada pela Ref. Jud., que no art. 463 admittiu a prova de testemunhas para qualquer quantia ou cousa que se peça, salvo se a escriptura fôr substancial do contracto.

Hoje porém volta-se ao antigo: o Projecto quer restabelecer a necessidade da escriptura para prova de certas convenções, e até ahi vamos bem. Mas que expediente adoptou elle para conseguir esse fim? O peor que era possivel, no nosso entender. Limita-se apenas a indicar occasionalmente 'neste ou 'naquelle contracto a necessidade da escriptura, como nas especies dos artigos 1521, 1669, 1673, 1748, 1753, e 2357; e fóra d'esses casos, deixa-nos inteiramente ás escuras, porque em parte nenhuma estabelece um principio, que sirva de norma para regular este ponto em geral, como fez a Ord.

Entendemos, todavia, que melhor fóra estabelecer a regra, e eliminar essas declarações parciaes, que, deixando-nos em dúvida, se são exemplificativas se taxativas, só servem para produzir confusão.

Em um Código tudo deve ser subordinado a regras geraes, e por estas é que se hão de resolver depois as hypotheses particulares, visto que não é possível comprehendel-as todas na letra da Lei. Um Código casuistico, e sem regras geraes, será o peor de todos os Códigos.

Propômos, porém, que a regra seja a mesma da antiga Ord. L. 3, tit. 59, pr., e que se lhe dê toda a extensão, que esta lhe dava.

Agora em quanto á questão—se nas convenções, que só podem provar-se por instrumento público, deverá, na falta d'elle, admittir-se ou não o juramento decisorio? O Projecto segue a negativa; mas desviou-se da citada Ord., que no § 5.º expressamente o permittia, salvo se a escriptura fôsse da substancia do contracto, como se infere da outra Ord. L. 4, tit. 19, § 2.

Porém, comquanto reconheçamos que a escriptura é um meio de prova superior á do juramento, com tudo julgâmos, que na falta d'ella, se não deverá negar ás partes este recurso, que lhes facultava a Ord., se acaso entenderem, que convém a seus interesses.

Se a parte disser ao julgador, que quer deixar no juramento do réu a cousa que entende demandar, porque se lhe não ha de conceder?

*Fiunt scripturae, ut, quod actum est, per eas facilius probari possit; et sine his autem valet, quod actum est, si habeat probationem. — L. 4 D. de fide instrument.*

Artigo 2907.º

«Depois de prestado o juramento deferido ou referido, não poderá a outra parte ser admittida á prova de falsidade.

§ unico. Mas se a falsidade do juramento fôr verificada por acção criminal, terá o lesado direito a perdas e damnos.»

A disposição do artigo é clara, e não admitte dúbida; mas a do § unico precisa d'alguma modificação, para não parecer que implica com a regra do artigo.

A fonte d'esta doutrina póde dizer-se, que foram dois Codigos.

O Cod. Civ. Fr. diz no art. 1363 :— *«Lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté.»*

Porém o da Sardenha, copiando isto mesmo no art. 1480, accrescentou-lhe a declaração, que se lê no § unico do artigo do Projecto.

Diz elle :— *«Lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté.»*

*Si cependant la fausseté en a été établie par un jugement criminel, les effets civils du serment n'en subsistent pas moins, sauf à celui au prejudice duquel il a été fait, à exercer l'action en dommages et intérêts qu'il peut avoir en vertu du jugement criminel.»*



Falla-se aqui, portanto, da verificação da falsidade do juramento, por meio d'uma acção criminal; mas quem é que ha de intental-a?

Nem o Codigo da Sardenha, nem o Projecto o diz; mas é necessario explicar isto, aliás pôde entender-se, que será a parte contrária, e 'nesse caso viria o § unico a ficar em contradicção com o artigo.

Rogron, commentando o artigo do Codigo Francez, que, como acabamos de vêr, não foi o que deu logar á questão, explica melhor o caso, do que o fez o Codigo da Sardenha. Diz elle, que prestado o juramento deferido ou referido, não poderá a outra parte ser admittida á prova de falsidade, e dá a seguinte razão:

*«Parce que celui qui a consenti à déférer le serment à son adversaire ou à le lui référer, a contracté l'engagement de s'en tenir irrévocablement à ce que l'autre affirmera. Mais (accrescenta depois) le ministère public n'aurait pas perdu le droit, si la découverte de quelque pièce, par exemple, attestait qu'un faux serment a été prété, de poursuivre le coupable, qui serait puni de la dégradation civique (art 366, Cod. Pen.)*

É pois o Ministerio Publico, que deverá intentar a querella de falsidade. Por consequente, ficarão removidas todas as dúvidas, se o § unico fôr redigido da maneira seguinte:

*«Mas se a falsidade do juramento fôr verificada por acção criminal, intentada pelo Ministerio Publico, terá o lesado direito a perdas e damnos.»*

De resto, é esta também, por outros termos, a doutrina da nossa Ord. L. 3, tit. 52, a qual, declarando no § 3, que prestado o juramento decisorio, deferido ou referido, se tem por tão indubitavel o facto jurado, que o adversario não é admittido a provar o contrário, nem a querelar de falso juramento: — acrescenta no § 4 — «Mas se depois se mostrar alguma escriptura pública sem vicio e sem suspeita, pela qual conhecidamente se mostre o juramento ser falso, os Juizes ou Desembargadores, que de tal feito conhecerem, façam-no saber a Nós, para, sabida a verdade, ordenarmos o que sôbre isso se haja de fazer por bem e justiça das partes.»

#### Artigo 2908.º

«A parte, que deferir, ou referir o juramento, não pôde retractar-se, depois que a parte se promptifique a paestalar-o; mas pôde dispensar a mesma parte de o prestar, se esta n'isso convier.»

Mas qual será o effeito d'essa dispensa, e do assentimento da outra parte? Haver-se-ha o juramento por não deferido ou referido, ou dever-se-ha reputar como prestado, e a parte quite da divida?

O artigo não o diz. A primeira interpretação parecia mais natural; mas vemos, que também se lhe pôde dar a segunda: porque foi precisamente 'neste sentido, que o Codigo da Sardenha resolveu a hypothese.

O Cod. Civ. Fr. no art. 1364, diz sómente: — «La

*partie qui a déféré ou référé le serment ne peut plus se retracter lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à faire ce serment.»*

Porém, o da Sardenha no art. 1482, que é d'onde parece ter sido extrahida a 2.<sup>a</sup> parte do artigo do Projecto, figurando a hypothese da dispensa do juramento, decide que 'neste caso o juramento se deverá reputar como prestado: diz elle — *«Celui qui a déféré ou référé le serment, peut en dispenser l'adversaire qui a déclaré être prêt à le faire; dans ce cas, le serment est censé fait.»*

Porém, como o Projecto deixa ficar o negocio em dúvida, convirá, para a remover, que declare tambem que em tal caso o juramento se reputará prestado.

Diz Bentham, fallando do estylo das leis: — *«La volonté du législateur ne sera point placée dans l'esprit du citoyen, ou n'y sera pas exactement: — 1.º lorsque les paroles de la loi ne présentent pas des propositions intelligibles; 2.º lorsqu'elles ne présentent qu'une partie de l'idée qu'on a voulu faire naître, etc.*

#### Artigo 2915.º

«O julgador não póde deferir officiosamente o juramento suppletorio, ou seja sôbre a acção, ou sôbre a defesa opposta, senão:

1.º Achando-se provada, e havendo sómente dúvida sôbre o quantitativo;

2.º Se este quantitativo se não poder provar de outro modo;

3.º Se a pessoa, a quem se defere o juramento não fôr digna de credito;

4.º Se o valor quantitativo não exceder a 50\$000 réis, excepto se a obrigação resultar de delicto, culpa ou dolo.

§. *unico*. Mas 'neste último caso poderá o julgador reduzir o arbitrio, se parecer excessivo, ouvidas as partes.»

O Projecto não admite o juramento suppletorio, senão quando, depois de provada a acção, ou a excepção, houver dúvida sôbre o quantitativo, e se não verifiquem as condições apontadas. Nega-o por conseguinte em supprimento de prova, quer na acção, quer na defesa.

Mas 'neste ponto afastou-se, não só da nossa Ord., do Codigo Commercial, e opinião commum dos Praxistas, mas até do Cod. Civ. Fr., e dos outros, que o seguiram.

Este admite o juramento suppletorio, não só no caso expresso no artigo, mas tambem quando a acção, ou excepção se não acharem plenamente justificadas, tendo contudo já algumas provas a seu favor; diz elle:

Art. 1366. — «*Le juge peut déférer à l'une des parties le serment, ou pour en faire dépendre la decision de la cause, ou seulement pour déterminer le montant de la condamnation.*»

Art. 1367. — «*Le juge ne peut déférer d'office le serment, soit sur la demande, soit sur l'exception qui y est opposée, que sous les deux conditions suivantes; il faut:*

1.º *Que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée;*

2.º *Qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves. Hors ces deux cas, le juge doit en adjuger ou rejeter purement et simplement la demande.»*

Art. 1369. — *«Le serment sur la valeur de la chose demandée ne peut être déféré par le juge au demandeur que lorsqu'il est d'ailleurs impossible de constater autrement cette valeur.*

*Le juge doit même, en ce cas, déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment.»*

E esta doutrina foi textualmente abraçada pelo nosso Código Commercial, que diz:

Art. 982. «O juiz póde deferir o juramento a uma das partes, ou em decisão do litigio, ou só para determinar a somma da condemnação. Mas o arbitrio prudente do juiz deve sempre regular-se pelo caracter e condição da pessoa, a quem se defere, e pelo valor do objecto em relação dos litigantes.»

Art. 983. «Nenhum juiz póde deferir de officio o juramento, quer sôbre o petitorio, quer sôbre excepção, salvo nos dous casos seguintes: — 1.º cumpre que o petitorio ou excepção não estejam plenamente provados; — 2.º que não estejam inteiramente despidos de provas. Fóra d'estes casos é dever seu condemnar ou absolver puramente.»

Art. 985. «O juiz não póde deferir o juramento á parte sôbre o valor do petitorio, salvo não havendo outro modo algum de proval-o. E 'neste mesmo caso o juiz

deve marcar uma somma, até cujo extremo sómente o juramento da parte será crido.»

Porém já quatro seculos antes o mesmo, com pequenas differenças, havia determinado tambem a nossa Ord. Affons. L. 3.º, tit. 119, e cuja doutrina passou depois successivamente para o titulo 85 da Manoel., e d'ahi para o titulo 52 do mesmo Livro da Philipp., a qual diz no § inicial:

«Se o auctor fez meia prova de sua acção, ou o réo de sua excepção, o julgador, sendo requerido, lhe dará juramento em ajuda de sua prova, e com seu juramento ficará a prova inteira. E isto ha lugar assim nos feitos civeis, como nos crimes civilmente intentados.»

Exceptua porém as questões de grande valor, em relação ás pessoas dos litigantes. Diz depois no §. 2.º que tambem não será deferido este juramento, quando o auctor ou o réo forem pessoas vis e torpes, posto que tenham feito meia prova da sua acção, ou excepção, etc. E no titulo 86, §. 16, manda finalmente ao juiz taxar a somma até onde a parte póde ser accreditada sobre seu juramento.

E a Ref. Jud. no art. 477, confirmando a legislação preexistente, manda que os juramentos suppletorio e *in litem* tenham lugar nos casos, em que o Direito os admitte.

E todos os nossos Praxistas estão de accôrdo ácerca d'este ponto do processo, embora tal juramento fôsse introduzido contra a regra ordinaria do direito romano, estabelecida na L. 4, Cod. *de edend.* L. 23, Cod. *de pro-*

bat. L. 9, §. 1, Cod. *de testib.*, pela má intelligencia dos glosadores á L. 3, Cod. *de reb. cred.*

Veja-se Pereira e Sousa, Prim. Linh. Civ. not. 515.

Achando-se pois esta doutrina admittida entre nós desde a Ord. Affons.; — tendo sido tambem ratificada pelo Codigo Commercial, e pela Ref.; — e vendo-a nós egualmente sanccionada nos Codigos das Nações civilisadas:

É nossa opinião, que se conserve o juramento suppletorio, em ajuda de prova, tanto na acção, como na excepção; — e que se não taxe, mas se deixe ao prudente arbitrio do julgador a importancia ou valor da demanda, para o deferir ou não, segundo as circumstancias dos litigantes, nos termos legislados no citado Cod. Civ. Fr. na nossa Ord., e Codigo Commercial; — porque póde em relação a uns ser muito elevada, e em relação a outros muito insignificante a taxa do Projecto.

#### Artigo 2922.º

«A transacção judicial sómente produzirá o seu effeito, desde que passar em julgado a sentença que julgar a acção extincta.»

*Non minorem auctoritatem transactionum,  
quam rerum judicatarum esse recta ra-  
tione placuit.*

L. 20, Cod. *de transact.*

Determina o artigo em geral, que para a transacção judicial produzir o seu effeito, é mister: — 1.º Senten-

ça, que a confirme, e declare a acção extincta; — 2.º e que essa sentença tenha passado em julgado.

No entretanto, parece-nos, que esta não deverá ser a regra, mas sómente a excepção em alguns casos.

«*La transaction* (diz o Codigo Civ. da Hollanda, art. 2888) *est un contrat par lequel les parties, moyennant une chose donnée, promise ou retenue, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.*

*Ce contrat n'est valable qu'autant qu'il est rédigé par écrit, encore qu'il s'agisse d'une chose pour laquelle la preuve testimoniale pourrait être admise.»*

E o Cod. Civ. Fr., definindo a transacção, no art. 2044, acrescenta tambem: — *Cet contrat doit être rédigé par écrit.*

Mas se exceptuarmos esta circumstancia, nem o Cod. Fr., nem os outros Codigos exigem na transacção, mesmo judicial, mais formalidades, que nas outras convenções ordinarias; salvo em um pequeno numero de casos.

E o Direito Romano até prescindia do requisito da escriptura; porque diz a L. 28, Cod. *de transact.*, que é indifferente, que a transacção se faça por escripto, ou perante testemunhas, e em Juizo, ou fóra d'elle: — «*Sive apud acta Rectoris Provinciae, sive sine actis scriptura intercedente vel non, transactio interposita est: hanc servari convenit.*»

Por consequinte, tanto por direito romano, como pelo direito dos Codigos modernos, celebrada a transacção quer em Juizo, quer extrajudicialmente, ella opéra o seu ef-



feito, independentemente de sentença que a confirme, e declare extinta a acção respectiva. E fica entre os transigentes com a força de cousa julgada em última instancia, como diz o art. 2052 do Cod. Civ. Fr., e a L. 20, Cod. de transact.

Sôbre tal questão, diz Merlin, *Repert. de Jurispr.* — «*Est il essentiel qu'une transaction soit homologuée par le juge saisi du procès qu'elle termine?*

*Non: la loi romaine qu'on vient de citer (é a L. 28, Cod. de transact. acima transcripta) décide assez clairement que cela est inutile; et tel est notre usage; sauf le petit nombre d'exceptions qu'on a rapportées ci-devant, §. 1 et 2.»* E menciona varios casos julgados 'neste sentido.

Agora, emquanto ás excepções, aponta elle a do art. 467 do Codigo Napoleão, o qual diz: — «*Le tuteur ne pourra transiger au nom du mineur qu'après y avoir été auctorisé par le conseil de famille, et de l'avis de trois jurisconsultes désignés par le procureur impérial près le tribunal de première instance.*

*La transaction ne sera valable qu'autant qu'elle aura été homologuée par le tribunal de première instance, après avoir entendu le procureur impérial.»*

Refere tambem a do art. 2045 do mesmo Codigo, que declara: — «*Les communes et établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'auctorisation expresse de l'empereur.»*

E acrescenta elle, que as formalidades, que tem de

observar-se nas transacções entre as municipalidades, ou esses estabelecimentos publicos, e as pessoas particulares, são as que se acham consignadas no decreto, *du 21 frimaire an 12*, concebido nos seguintes termos:

«Art. 1.<sup>o</sup> *Dans tous les procès nés ou à naître, qui auraient lieu, entre des communes et des particuliers, sur des droits de propriété, les communes ne pourront transiger qu'après une délibération du conseil municipal, prise sur la consultation de trois jurisconsultes désignés par le préfet du département, et sur auctorisation de ce même préfet, donnée d'après l'avis du conseil de prefecture.*

«Art. 2.<sup>o</sup> *Cette transaction, pour être définitivement valable, devra être homologuée par un arrêté du gouvernement, rendu dans la forme prescrite pour les règlements d'administration publique.»*

Esta disposição, como se vê, era portanto só para ás transacções entre os municipios e os particulares; mas, como depois o Codigo Civil comprehendeu na mesma regra tambem os estabelecimentos publicos, ficou da mesma fórma servindo para estes, e foi confirmada pelo art. 59 da Lei de 22 de Julho de 1837, com algumas modificações. Vejam-se Duranton, Bousquet, e os mais commentadores ao Cod. Civ., que todos concórdam no mesmo.

E aponta finalmente o caso especial do art. 249 do Cod. do Pr. Civ., que diz: — «*Aucune transaction sur la poursuite du faux incident ne pourra être exécutée, si elle n'a été homologuée en justice, après avoir été com-*

*muniquée au ministère public, lequel pourra faire, à ce sujet, telles requisitions qu'il jugera à propos.»*

E aqui a razão é porque á sociedade pertence a perseguição dos crimes, a qual não pôde ser impedida por uma transacção entre particulares; e sem a necessidade da homologação, poderiam facilmente escapar ao Ministério Público os traços do crime.

Por conseguinte, segundo Merlin, fóra d'estes casos excepcionaes, a regra é — que a transacção, mesmo judicial, não carece de sentença confirmatoria, para ficar extinta a acção respectiva.

Rogron, ao art. 2044 do Cod. Civ., concorda nas mesmas ideias; porque, ainda que elle chame transacção judicial a que os litigantes redigem em fórmula de sentença, fazendo-a sancionar pelo tribunal, — não declara todavia que isto seja formalidade essencial para a transacção podêr surtir o seu effeito; — é antes um expediente facultativo, de que as partes podem, ou não, fazer uso, segundo a sua vontade.

Diz elle: — «*La transaction est un contrat non solennel, pour laquelle il n'y a pas de formalités particulières. Elle est judiciaire ou extrajudiciaire. Judiciaire, lorsque dans le cours d'un procès les parties rédigent leur transaction en forme de jugement et le font sanctionner par le tribunal: on la nomme alors expédient; extrajudiciaire, lorsqu'elle est rédigée par acte sous seing-privé ou devant notaires.*

*La transaction pourrait même être faite verbalement,*

*mais alors elle n'aurait d'effet qu'autant que les deux parties la reconnaîtraient, et qu'aucune d'elles ne la contesterait.»*

Nós tambem não temos lei alguma, que em regra exija sentença que julgue a acção extincta, para a transacção judicial podêr produzir o seu effeito. Apenas em alguns casos especiaes se requer a sua confirmação, como nas transacções das Camaras Municipaes (e talvez das outras corporações públicas), as quaes devem ser confirmadas pelo Conselho de Districto, Cod. Adm. art. 124; — e nas celebradas sôbre bens vinculados, que devem ser julgadas por sentença judicial. Lob. *Morg.* Cap. 14, §. 27; Decr. de 4 de Abril de 1832; Sr. Coelho da Rocha, §. 519.

E as celebradas pelos tutores, em nome dos menores (visto que o Projecto as admite no art. 229, §. 17), tambem deverão ser julgadas por sentença, depois de ouvido o Ministerio Público, nos termos do art. 467 do Cod. Civ. Fr., cumprindo fazer no Codigo esta declaração.

Mas estas, ou ainda outras excepções, que por ventura appareçam, não provam senão que entre nós a regra é a mesma, que entre os Francezes, e que tambem se observava entre os Romanos.

Parece-nos, portanto, que a doutrina do artigo deverá applicar-se sómente ás excepções: aliás negar-se-ha á transacção em geral o effeito que todas as legislações lhe concedem, e que o proprio Projecto lhe não denega

*parce qu'on n'en a point appelé dans le temps, ou que l'appel a été déclaré péri. Voilà ce qu'on doit entendre (diz elle) par chose jugée, aux termes de l'art. 5 du tit. 27 de l'ordonnance de 1667.»*

Porém, ainda que algumas vezes possa haver sentenças, que passem em julgado na instancia inferior, como nos casos apontados por Merlin, e das quaes se não póde então appellar: comtudo é certo, que da sentença proferida em derradeira instancia é que nunca cabe appellação; e como é este sempre o effeito da transacção, Ord. L. 3, tit. 78, §. 1, Ref. Jud. art. 681, §. 13, e todos os Codigos geralmente concordam no mesmo, parecianos, que não sería inutil acrescentar ao artigo as expressões — *em última instancia*; ao menos para mais prompta e facilmente se comprehender toda a força da transacção.

Assim procedeu o Cod. Civ. Fr., que como já vimos, diz no art. 2052: — *Les transactions ont, entre les parties, l'auctorité de la chose jugée en dernier ressort.»*

E o auctor do Dig. Port. estabelece o mesmo principio, fundado na L. 20, Cod. de transact. Diz elle no L. 1.º, art. 1242: «A transacção tem o mesmo effeito, que o caso julgado em última instancia.»

As leis devem, com effeito, ser de tal modo claras, que offereçam logo ao espirito uma ideia, que represente exactamente a vontade do legislador.

Artigo 2932.º

«A descoberta de titulos novos não invalida a transacção, que fôr feita em boa fé, excepto provando-se que algum dos transigentes nenhum direito tinha sôbre o objecto da transacção.»

Artigo 2933.º

«A disposição da última parte do artigo precedente não terá comtudo logar nas transacções geraes, que comprehenderem diversos objectos, se a respeito de parte d'elles a transacção poder subsistir.»

Diz o art. 2932, que a descoberta de novos titulos não invalida a transacção, que fôr feita *em boa fé*, salvo se se provar, que algum dos transigentes nenhum direito tinha sôbre o objecto da transacção.

Mas o contrário decidiu o Codigo da Austria no artigo 1387: — «*La decouverte de titres nouveaux (diz elle), lors même qu'ils feraient découvrir l'absence de tout droit de la part d'une des parties, n'invalide pas la transaction, si elle est de bonne foi.*»

Qual das duas decisões será porém a melhor?

A nós parece-nos a do Codigo da Austria; porque, se a transacção, feita *em boa fé*, ha de vir a ter o mesmo resultado, que a transacção de má fé, para que é fazer então distincção entre uma e outra?

O Codigo da Prussia, P. 1, Tit. 16, art. 420, diz tambem, com effeito, que se pela descoberta de novos

documentos se provar, que a parte adversaria nenhum direito tinha ao objecto, a outra poderá impugnar a transacção. E o Cod. Civ. Fr. na 2.<sup>a</sup> parte do art. 2057, diz até — que 'neste caso a transacção será nulla. Mas nem um, nem outro admittiram sôbre este ponto a distincção do Cod. da Austria, entre transacção de boa fé e transacção de má fé; estabelecida a qual, forçoso seria sem dúvida decidir como este decidiu.

O Projecto quiz, portanto, amalgamar disposições inconciliaveis, e parece-nos que não foi bem succedido.

Agôra, em quanto ao art. 2933. — Este exclue nas transacções geraes o princípio adoptado na última parte do artigo antecedente, e declara subsistente a transacção, sem embargo dos titulos novamente achados, quando estes não dizem respeito a todos os objectos d'ella, mas só a alguns em especial.

A sua disposição foi extrahida do §. 747 das *Inst. de Dir. Civ.* do Sr. Coelho da Rocha, que diz:

«Póde rescindir-se a transacção, quando depois appareceram documentos, que convençam a falta de direito de alguma das partes ao objecto, sôbre que transigiram; *salvo se a transacção foi geral sôbre todas as questões, que entre si tinham, e o documento diz respeito não a todas, mas a alguma em especial.*»

Foi, quanto a nós, esta segunda parte do periodo, que serviu de fonte ao artigo do Projecto; mas aqui houve engano da parte do illustre Professor, porque elle aponta como fundamento d'esta doutrina o art. 2057 do Cod.

Civ. Fr., e todavia o artigo não diz isso. Eis o seu conteúdo :

*« Lorsque les parties ont transigé généralement sur toutes les affaires qu'elles pouvaient avoir ensemble, les titres qui leur étaient alors inconnus, et qui auraient été postérieurement découverts, ne sont point une cause de rescission, à moins qu'ils n'aient été retenus par le fait de l'une des parties.*

*Mais la transaction serait nulle, si elle n'avait qu'un objet sur lequel il serait constaté, par des titres nouvellement découverts, que l'une des parties n'avait aucun droit.»*

O auctor das *Inst. de Dir. Civ. Port.* verteu por consequinte com exactidão a segunda parte do artigo, mas não a primeira.

Se o illustrado Redactor do Projecto tivesse examinado a fonte da doutrina, evitaria abraçar um erro, por confiar nas palavras de outrem. Bem fazia Horacio, que diz nunca jurára nas palavras do mestre :

*Ac ne fortè roges quo me duce, quo lare tuter,  
Nullius addictus jurare in verba magistri;  
Quo me cumque rapit tempestas, deferor hospes.*

Porém será indifferente uma cousa, ou outra?

Parece-nos que não. Porque declarar, que os titulos novamente achados depois da transacção geral, não são motivo para á rescisão, excepto se tiverem sido retidos



por uma das partes, — não é certamente o mesmo que dizer — que a descoberta d'esses documentos não invalida a transacção geral, se ella podér subsistir a respeito de alguns de seus objectos.

Entendemos pois, que o melhor será restabelecer a verdade da doutrina, segundo a sua fonte; porque se, pela doutrina do Projecto, a descoberta de novos titulos invalida a transacção especial, mesmo feita em boa fé, provando-se por elles, que alguma das partes nenhum direito tinha ao objecto d'ella, parece que o mesmo deverá dizer-se na transacção geral, a respeito dos objectos, a que os novos documentos disserem respeito.

#### Artigo 2936.º

«Todos podem comprometter-se sôbre os direitos de que podem livremente dispôr.»

#### Artigo 2937.º

«O compromisso não póde ter logar senão sôbre objecto, em que póde haver transacção, sem que seja necessaria a intervenção do Ministerio Público.»

#### Artigo 2938.º

«O compromisso póde ser celebrado em acta exarada perante os arbitros nomeados, por escriptura pública, ou escripto particular, assignado pelas partes, com duas testemunhas ao menos.»

Estes tres artigos, ao que parece, foram extrahidos com pequenas alteraçõs, do Codigo do Processo Civ. Fr., que diz:

Art. 1003: — «*Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition.*»

Art. 1004: — «*On ne peut compromettre sur... ni sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public.*»

Art. 1005: — «*Le compromis pourra être fait par procès verbal devant les arbitres choisis, ou par acte devant notaire, ou sous signature privée.*»

Mas porque não repetiu aqui o Projecto, a respeito dos *compromissos*, as mesmas declarações, que fez ao art. 2923, relativamente ás transacções? Ahi disse — «que só podem transigir os que podem contractar e dispôr livremente do objecto sôbre que transigem.» — E nos dous artigos immediatos accrescentou, que — «Os tutores e curadores só podem transigir nos termos declarados no art. 229; e as Camaras Municipaes, Junctas de Parochia, e mais Estabelecimentos publicos, pelo modo prescripto nas leis respectivas.» E tendo estabelecido no art. 229, §. 17, que ao conselho de familia pertence auctorisar o tutor para fazer composições amigaveis, *transacções* ou *compromissos* em termos determinados: parece que aqui deveria tambem repetir, pelo menos, a respeito dos tutores e curadores, a mesma observação que acolá fez; ou aliás fazer referencia a ella, para se não reputar esquecimento, ou falta de coherencia.

Porém o que entendemos é, que o Projecto só agora cahiu na conta, e reconheceu a impropriedade de admitir *compromissos* em causas de menores ou semelhantes, que estão sujeitas á intervenção do Ministerio Público!

O Cod. do Pr. Civ. Fr., como acabamos de vêr, expressamente os exclue de taes causas; e o mesmo fez a nossa Refórma Jud., que diz no art. 150: — «Todas as causas civeis, ou crimes, civilmente intentadas, sôbre direitos, de que as partes interessadas tiverem a livre disposição, e em que não houver logar a intervenção do Ministerio Público, podem ser decididas por um, ou mais arbitros, nomeados voluntariamente pelas partes.»

Mas sendo isto assim, claro está, que deverá eliminar-se do art. 229, §. 17, a palavra — *compromissos*; — aliás dar-se-ha contradicção entre esse caso, e o art. 2937, acima transcripto.

Em França tem sido objecto de questão — se o tutor poderá comprometter-se, com auctorisação do conselho de familia, relativamente aos bens do pupillo?

Pela affirmativa tem-se dicto: — 1.º que se, em virtude do art. 467 do Codice Civil, elle pôde transigir, tambem deve poder comprometter-se; — 2.º que, de mais, o compromisso é um meio de economisar consideraveis despesas ao pupillo; — 3.º e finalmente, que se, pelo art. 457, o tutor pôde alienar em certos casos, com a sobre-dicta auctorisação, é consequente que possa da mesma fórma comprometter-se.

Mas pela negativa, tem-se argumentado: — 1.º com o art. 1004 do Código do Pr. Civ., que declara, que não pôde haver compromisso em causas, que tenham de ser submettidas ao Ministerio Público; e taes são, pelo art. 83, n.º 6.º do mesmo Código, as causas de *menores, interdictos*, etc., porque diz este artigo: — «*Seront communiquées au procureur du roi les causes suivantes: — .... 6.º Les causes des mineurs et généralement toutes celles où l'une des parties est défendue par un curateur, etc.*

2.º E que além d'isso, o podêr de transigir não inclue o de *comprometter-se*, como declara o artigo 1989 do Código Civil, que diz: — «*Le mandataire ne peut rien faire au delà de ce qui est porté dans son mandat; le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre.*»

Concluindo que não pôde, por conseguinte, argumentar-se d'um para outro caso.

E uma similhante questão seria tambem inevitavel entre nós, conservando-se o §. 17 do art. 229 do Projecto, tal qual está.

Portanto, — attendendo a que o compromisso em causas de menores será uma excepção á regra, que o exclue de todas aquellas, em que tem de ser ouvido o Ministerio Público; e que, sem a intervenção d'este, o compromisso, embora mais economico que o processo perante a jurisdicção ordinaria, poderá ser prejudicial aos menores, porque é possível, que os compromissarios nem sempre tenham os conhecimentos necessarios para dar uma sen-

tença justa, e ainda que se convencione a appellação, pelo menos serão inevitaveis despesas novas; — attendendo a que o Cod. Civ. Fr. e outros Codigos o excluíram d'estas causas, e que o mesmo fez entre nós a Ref. Judicial; — finalmente considerando, que o proprio Projecto se não atreveu, 'neste logar, a insistir na ideia, que inadvertidamente deixou escapar no citado §. 17 do artigo 229:

É nossa opinião, que se conserve a regra estabelecida na Refórma, e ratificada no art. 2937 do Projecto, e que esta excepção seja eliminada; permittindo-se sómente ao tutor ou curador fazer transacções, com auctorisação do conselho, mas sujeitas á *homologação* judicial.

#### Artigo 2943.º

«Os arbitros são juizes de facto e de direito, e o seu arbitrio não é sujeito a nenhuma alçada, nem recurso, salvo se as partes outra coisa convencionarem.

§. *unico*. «Mas o arbitramento em grau de appellação será em todo o caso definitivo.»

Deverá o compromisso, em falta de declaração das partes, importar renúncia da appellação?

O artigo decide affirmativamente; porque diz, que o arbitrio dos compromissarios não é sujeito a alguma alçada, nem *recurso*; salvo se as partes outra coisa contractarem.

Porém o contrário decidiu o direito francez, a nossa Ord., a Ref. Jud. e o direito romano.

O Código do Pr. Civ. Fr., diz no art. 1010: — «*Les parties pourront, lors et depuis le compromis, renoncer à l'appel. — Lorsque l'arbitrage sera sur appel ou sur requête civile, le jugement arbitral sera définitif et sans appel.*

Elle admittc, por conseguinte, a appellação sempre que as partes, antes ou depois do compromisso, a não tenham expressamente renunciado, — e exceptua sómente o caso do arbitramento em grau de appellação; e isto era natural, porque a haver ainda então recurso, a causa passaria indirectamente por tres instancias, visto que a sentença arbitral substitue a que o tribunal ordinario poderia dar.

E exclue tambem o recurso do arbitramento em caso de revista.

A nossa Ord. L. 3, tit. 16 pr. até nem permittia ás partes a renúncia, sob pena de nullidade.

«Posto que as partes (dizia ella) compromettam em algum juiz, ou juizes arbitros, e se obriguem no compromisso estar por sua determinação e sentença, e que d'ella não possam appellar, nem aggravar, e o que o contrario fizer pague á outra parte certa pena, e ainda que no compromisso se diga, que paga a pena, ou não pague, fique sempre a sentença dos arbitros firme e valiosa; poderá a parte que se sentir aggravada, sem embargo de tudo isto, appellar de sua sentença para os superiores, sem pagar a dicta pena; e se os arbitros lhe denegarem a appellação, façam-lh'a dar os juizes ordinarios...»

E posto que as partes renunciem o beneficio d'esta lei, tal renúncia será de nenhum effeito.»

A Ref. Jud. porém admittiu a renúncia, como fez o Cod. Civ. Fr.; mas não a havendo, a regra é ao inverso da do Projecto.

Diz ella no art. 155:— «Os arbitros são juizes de facto e de direito: quando julgam causas em primeira instancia, têm a alçada dos juizes ordinarios; e das suas decisões, se a excederem, haverá recurso de appellação para a respectiva Relação: quando julgam causas appelladas para a segunda instancia, ou 'nella pendentes, haverá das suas decisões o recurso de revista.

Em um e outro caso cessa o recurso se as partes o tiverem renunciado no compromisso.»

Vejam-se tambem os artt. 226, 232 e 233.

E o direito romano tinha seguido a mesma regra: diz Justiniano na L. 5, § 6, Cod. *de temporib. et reparationib. appellat.*— «*Sin autem partes inter se scriptura interveniente paciscendum esse crediderint, nemini parti licere ad provocationis auxilium pervenire, vel ullum fatale observare: eorum pactionem firmam esse censemus. Legum etenim austeritatem in hoc casu volumus pactis litigantium mitigari.*»

E a L. 1, §. 3. D. *a quib. appell. non licet*, diz da mesma fórma:— «*Si quis ante sententiam professus fuerit, se a iudice non provocaturum, indubitate provocandi auxilium perdidit.*

A Lei portanto nunca negava a appellação, ou recur-

so: as partes é que podiam renuncial-o, querendo. — E esta doutrina parece-nos melhor, que a do artigo do Projecto; porque a appellação contém defesa natural, foi introduzida no interesse d'ellas, e por conseguinte a ellas compete renuncial-a, se assim o entenderem, mas não ao legislador negar-lh'a.

Só em um caso julgâmos razoavel a regra do Projecto, e é quando as partes no compromisso auctorisam os arbitros para julgar *ex aequo et bono*, como diz a Ref. Jud. (ou em amigavel composição, na phrase do art. 2950 do Projecto); porque, sendo os Tribunaes ordinarios obrigados a conformar-se com as regras strictas do Direito, não poderiam apreciar uma decisão, fundada sómente em motivos de equidade. E é por isso talvez, que a Ref. no citado artigo exige que as partes, 'neste caso, renunciem á appellação.

#### Artigo 2953.º

«O terceiro nomeado será obrigado a julgar dentro de trinta dias da sua acceitação, se este praso não tiver sido prolongado na nomeação. O arbitro não poderá contudo julgar senão depois de haver conferido com os arbitros dissidentes, que serão para isso convocados; e, se não se reunirem todos, dará sempre o terceiro o seu arbitrio, que deve conformar-se com algum dos pareceres dissidentes, pois não é chamado senão a desempatar entre elles.»



Artigo 2954.º

Mas se o terceiro entender em sua consciencia, que todos os pareceres são injustos, e deve ter logar um novo arbitrio, 'neste caso o Juiz, que deveria executar o compromisso, convocará as partes para nomearem novos arbitrios.»

O primeiro artigo foi vertido do art. 1018 do Cod. do Pr. Civ. Fr., que diz: — *«Le tiers-arbitre sera tenu de juger dans le mois du jour de son acceptation, a moins que ce délai n'ait été prolongé par l'acte de la nomination: il ne pourra prononcer qu'après avoir conféré avec les arbitres divisés, qui seront sommés de se réunir à cet effet. — Si tous les arbitres ne se réunissent pas, le tiers-arbitre prononcera seul, et néanmoins il sera tenu de se conformer à l'un des avis des autres arbitres.»*

Porém o segundo artigo, seja qual fôr a sua origem, está discordante do primeiro; porque declarar em um — que o terceiro arbitro é chamado sómente para desempatar, e que por consequente deve conformar-se com um dos pareceres dissidentes, — e permittir-lhe no outro, poder dizer que em sua consciencia entende, que todos os pareceres são injustos, e que se não conforma com nenhum d'elles, é querer evidentemente que fique sem effeito o expediente adoptado para resolver a difficuldade; ou, por outras palavras — é fazer por um lado e desfazer pelo outro!

Dir-se-ha: mas seria injusto obrigar o terceiro no-

meado a votar algumas vezes contra a sua consciencia!  
— Assim é: no entretanto esse inconveniente poderia talvez remediar-se, sem necessidade de constituir os dois artigos em contradicção um com o outro.

Diz Rogron, que em França se tem julgado, que o 3.º chamado pôde adoptar em cada um dos pareceres dissidentes, se a questão constar de diversos pontos, só aquellas decisões, que julgar mais conformes com a justiça. E que d'esta sorte se tem conseguido preencher o fim da Lei, porque o 3.º nomeado vem a conformar-se sempre com a opinião de algum dos outros, sem contudo trahir a sua consciencia; applicando-se a este caso o principio — *tot capita, tot sententiae*.

E porque não ha de, entre nós, adoptar-se tambem este expediente, afim de desatar o nó, e de procurar uma sahida á disposição do art. 2953?

O meio de proceder a novo arbitrio, além de contradictorio com a solução que se quiz dar ao empate, pôde trazer tambem grandes delongas; porque o que aconteceu com os primeiros arbitros, poderá ainda acontecer com os segundos, com os terceiros, etc.

Por conseguinte, a disposição do art. 2954 apenas deveria proceder, quando o ponto da contestação fôsse um só, e nenhum dos pareceres anteriores se conformasse com a justiça. Mas 'nesse caso, o 3.º chamado deveria dar por escripto as razões da sua dissidencia, a fim de se evitar, que referindo-se sómente á sua consciencia, lhe fôsse facil o illudir a Lei.

Artigo 2980.º

«Não podem ser penhorados: 1.º O prêto dos soldados; 2.º o sôlido dos officiaes do exercito, e os ordenados e emolumentos dos empregados publicos de qualquer ordem ou jerarchia, excepto na sexta parte.....»

A Ref. Jud. diz no art. 590: — «Todos os bens do condemnado podem ser penhorados. § 1.º Exceptuam-se aquelles, em que a Lei prohibir a penhora por utilidade pública, como são: ... 2.º Os ordenados e rendimentos dos logares e officios de Justiça e Fazenda, e bem assim os soldos dos militares.»

E' nesta parte, a Ref. nada mais fez, que apresentar o resultado da legislação anterior, que era — a Ord. L. 1, tit. 1.º § 40, a Lei de 22 de Dezembro de 1761, Tit. 14, § 11, Alv. de 21 de Outubro de 1763, § 13, Lei de 17 de Janeiro de 1766, Lei de 25 de Janeiro de 1777, e outras a que estas se referem.

E esta excepção tem uma unica limitação no § 2.º do citado art. 590, aonde se diz — «que poderá todavia verificar-se a penhora até á 5.ª parte nos ordenados e rendimentos dos empregados publicos em execução por alimentos, devidos por vinculo de sangue.»

Mas o Projecto, sem fazer distincção de empregados, estabelece a mesma regra para todos, seja qual fôr a sua ordem ou jerarchia, e parece-nos que' nesta parte andou bem; porque é forçoso considerar os ordenados como ali-

mentos, não só para uns, mas também para os outros, e a Lei deve ser igual para todos, aliás será injusta.

E além disso, não são os militares sómente, e os empregados de Fazenda e Justiça, que podem prevaricar, por falta de alimentos e dos meios necessarios para a vida. A *Fome* é má conselheira para todos os homens, seja qual fôr a sua posição, e a todos pôde induzir ao crime e á prevaricação: e d'ahi o antigo adagio: — quando a *necessidade* entra pela porta, a virtude sáe pela janella.

Virgilio, e Lucrecio fazem entrar a *Fome* e a *Penuria* no cortejo da Morte, e o primeiro collóca seus terriveis simulacros ás portas do inferno, junctamente com o lucto, com os remorsos, com a triste velhice, e pallidas doenças:

*Vestibulum ante ipsum, primisque in faucibus Orci  
Luctus et ultrices posuere cubilia Curae;  
Pallentesque habitant Morbi, tristisque Senectus,  
Et Metus, et malesuada Fames, ac turpis Egestas,  
Terribiles visu formae!*

ENEID. L. 6.

No entretanto, o Projecto, ainda que amplie a todos os empregados a excepção, permite comtudo a penhora na 6.<sup>a</sup> parte dos ordenados e emolumentos, por toda e qualquer divida.

Mas se é verdade, que razões de interesse público é que moveram os nossos legisladores a não a admittirem em parte alguma d'esses rendimentos, como declaram todas as Leis citadas, inclusivamente a Ref. Jud., que

apenas faz a limitação acima referida, o negocio precisa de ser meditado;— porque, se não é justo que soffra o interesse privado, menos justo é, que por causa d'elle, soffra o interesse público.

Continúa o citado art. 2980 do Projecto:—«Não podem ser penhorados:— 3.º Os livros necessarios á profissão dos juizes, agentes do Ministerio Público, advogados, professores ou mestres publicos de quaesquer sciencias, ou artes até ao valor de 100\$000 réis, á sua escolha;— 4.º As máchinas e instrumentos destinados ao ensino práctico, ou exercicio das sciencias ou artes, com a sobredicta declaração.»

O Projecto, taxando o maximo do valor dos livros, máchinas e instrumentos, necessarios ás profissões litterarias e artisticas, que ficam preservados da penhora, seguiu o exemplo do Codigo do Pr. Civ. Fr., que no art. 592 diz:— «*Ne pourront être saisis:— 3.º Les livres relatifs à la profession du saisi, jusqu'à la somme de trois cents francs, à son choix;— 4.º Les machines et instruments servant à l'enseignement, pratique ou exercice des sciences et arts, jusqu'à concurrence de la même somme, et au choix du saisi, etc.*»

E desviou-se do direito romano, que não admittiu semelhante taxa, veja-se a L. *Advocatos. 2, Cod. de Advocat. diversor. jud.*, e a L. *Nepos Proculo. 125, D. de verb. signif.*— Desviou-se tambem da nossa Ord. L. 3.º tit. 86, § 23, e da Praxe do fôro, que seguiram o direito romano, e deixaram salvos aos magistrados, professores,

e advogados os livros respectivos á profissão de cada um, sem lhes limitar a importancia ou valor. Vej. Silva á citada Ord. n.ºs 5, 11 e 14; Mor. de Execut. L. 6, cap. 8, n.º 38 e seg.; Lob. Execuç. § 126, e *nota*; Pereira e Sousa, Pr. Linh. Civ. § 403, etc.

E finalmente afastou-se da Ref. Jud., a qual coherente com a Ord., e com a práctica do fôro, diz no citado art. 590, § 1.º «Exceptuam-se: 3.º Os livros necessarios á profissão dos juizes, agentes do ministerio público, advogados, professores das sciencias e artes;—4.º As machinas e instrumentos destinados ao ensino, practica ou exercicio das artes liberaes e das sciencias, etc.»

E esta doutrina parece-nos melhor, que a do artigo do Projecto: — 1.º porque, sendo a *taxa* do valôr preservado a *mesma* para profissões inteiramente diversas, pôde em relação a umas ser muito diminuta, e excessiva em relação a outras; e 2.º porque, se esta providencia foi adoptada para evitar questões ácêrca dos livros, máchinas e instrumentos, que podem ser necessarios para o exercicio de cada profissão, quem não vê, que as mesmas dúvidas ou questões poderão suscitar-se relativamente aos valôres dos objectos?

E se 'neste caso tem por fôrça de intervir peritos, porque não hão de elles intervir para resolver as que tiverem logar, sôbre os objectos indispensaveis ao exercicio de cada uma das profissões?

Podendo a taxa, portanto, ser relativamente desigual, como fica dicto; não podendo tambem por ella evitar-se

em alguns casos o arbitrio de peritos; e sendo estas talvez as razões por que a Ord. e a Refórma prescindiram d'ella, nós votámos pelo direito estabelecido, rejeitando a taxa.

Diz mais o art. 2980 do Projecto:—«Não podem ser penhorados;—6.º O vestuario, roupa de cama e utensilios de cozinha, de primeira necessidade, e as provisões alimenticias necessarias ao sustento do devedor e sua familia, por espaço de uma semana.»

A doutrina d'este número parece ter sido extrahida, com pequenas alterações, da Ref. Jud., a qual diz no mesmo art. 590, § 3, que não podem tambem ser objecto de penhora—«o que fôr indispensavel para cama, e vestuario do executado e sua familia, não sendo precioso,—nem as provisões de comida, que se acharem na casa do executado, e que lhe fõrem necessarias, e á sua familia, para o seu sustento por *uma semana.*»

Porém, tanto o redactor da Refórma, como o do Projecto foram neste ponto menos humanos, que os redactores do Cod. do Pr. Civ. Fr., os quaes, no já referido art. 592, declararam no n.º 7, que não podem ser penhoradas:—*Les farines et menues denrées necessaires à la consommation du saisi et de sa famille pendant un mois.*»

E nós votámos por esta disposição, com preferencia á do Projecto e á da Ref., como mais favoravel á humanidade em desgraça; parecendo-nos até cousa estranha que se tivesse menos dó dos homens, que dos irracionaes;

porque no n.º 8.º o Projecto resalva da penhora as palhas e fenos, necessarios para o sustento dos bois de lavoura *durante um mez!*

Devemos porém advertir, que 'nesta secção o Projecto foi ainda mais omisso, que a Ref. Jud. no art. 590.

Mas como a Refórma fallou exemplificativamente, e o Projecto, não; perguntaremos, se pelo Codigo ficará revogada toda a legislação, apontada por Pereira e Sousa, Linh. Civ. §§ 402 e 403, e respectivas notas, e a outra mencionada pelo Sr. Conselheiro, Castro Neto, nas notas á Refórma; ou se ainda ha de continuar em vigor?

Em caso affirmativo, parecia-nos que conviria incluil-a no Codigo, ou aquella parte sómente que houvesse de conservar-se, afim de nos vermos livres d'essa praga de extravagantes.

Diz o nosso particular amigo, o Sr. Conselheiro, Neto, na sua nota ao n.º 4 do § 3 do art. 590 da Refórma Judicial:

«Ácêrca dos bens que não podem absolutamente ser penhorados, e dos que só o podem ser na falta de outros, ou em certas circumstancias, deve consultar-se Pereira e Sousa, Civ. §§ 402 e 403, e as respectivas notas, porque a maxima parte da legislação 'nellas citada, reputa-se ainda vigorosa: de maneira, que ás excepções e limitações dos tres §§ d'este art. 590 da Ref. Jud., as quaes são exemplificativas e não taxativas, segundo se vê do § 1.º nas expressões — como são — parece deverem accrescentar-se ainda as seguintes:



«Os edificios e bens nacionaes—os bens de morgados ou capellas — os bens ou rendimentos dos beneficios ecclesiasticos — as soldadas vencidas no mar, nos arsenaes de marinha e obras públicas, e os vencimentos dos guardalivros, e caixeiros das casas de commercio—os patrimonios dos clerigos —os bens destinados para alimentos devidos pelo sangue—as tenças— os bens castrenses e quasi-castrenses — os teares das fábricas de seda —as embarcações de pescar no alto mar, nem mesmo por dividas da Fazenda, e só pelas da construcção—e os navios á carga tendo já dentro mais de vinte tonelladas, salvas as excepções e disposições do Cod. Comm. Port. nos artigos já apontados em a nota ao art. 298 d'esta Ref. Jud., aonde se referem tambem outras limitações á regra geral, de que todos os bens do devedor podem ser penhorados ou embargados, como são—a dos cereaes depositados no Terreiro Público de Lisboa — e a dos bens hypothecados á Misericordia de Lisboa para pagamento de capitaes e juro.

«Além d'estas limitações porém (continúa elle) deve ter-se em vista igualmente, que os Padrões de Juro Real e as Apolices da divida pública consolidada tambem não podem ser penhoradas, excepto por dividas de rendeiros da Fazenda, ou quando forem compradas em fraude dos crédores. Alv. de 13 de Março de 1797, § 5; e que de igual privilegio gosam as Acções do Banco de Lisboa. L. de 7 de Janeiro de 1824.»

Todas estas excepções se acham, com effeito, sancionadas, ou por Ordenações ou por extravagantes, que vêm

citadas no referido Pereira e Sousa, em Lob. Execuç. § 110 e seg., e nas notas á Ref.

E ainda outras ha, como a das sagradas imagens, ornamentos, e tudo o mais que serve ao ministerio do altar, que se não podem penhorar, excepto na falta total de outros bens, e quando sejam de grande valôr, e de que falla a Ref. Jud. no n.º 1.º do § 3.º, art. 590, a Ord. L. 2, tit. 7 pr., a L. de 22 de Fever., e Alv. de 2 de Março de 1779, § 5;—e a das mercadorias, que estiverem dentro das portas das alfandegas, as quaes antes de despachados, e pagos os respectivos direitos, tambem não podem ser embargadas ou penhoradas, a não ser por parte da Fazenda, etc.

É mister pois resolver no Codigo esta difficuldade, para se saber a Lei em que se ha de viver, depois do seu apparecimento.

#### Artigo 2975.º

«A penhora será feita nos bens, que o executado nomear.»

#### Artigo 2976.º

«Se o executado não nomear, ou nomear bens, que não sejam livres e desembargados, passará este direito ao exequente, nos termos declarados no Codigo do Processo.»

A regra do art. 2975, a nosso vêr, não está bem formulada. Da confrontação dos dous artigos facilmente se conhece, que no primeiro faltou accrescentar—*com tanto*

*que sejam livres e desembargados*;— porque é 'nestes termos, que o artigo seguinte suppõe estabelecida a regra precedente, dizendo:—«Se não nomear, ou nomear bens, que não sejam livres e desembargados.»

Ou por outras palavras, —' neste segundo artigo impõe-se ao executado a pena de perder o direito de nomear em dous casos: no primeiro ella recae, sem dúvida, sobre uma infracção, que é a violação da regra anterior; mas no segundo, não; porque essa regra, formulada como está, não comprehende a segunda hypothese, a que a pena se applica. E ninguem dirá que esta redacção está correcta.

No entretanto, parece-nos, que melhor seria substituir o primeiro artigo pelo art. 588 da Ref. Jud., que diz: — «A penhora se fará nos bens, que o executado nomear, com tanto que sejam alienaveis, e com relação á quantia por que a execução proceder» — e que no segundo, se applicasse tambem ao executado a mesma pena, quando os bens por elle nomeados, posto que livres e desembargados, não fôssem proporcionados á quantia da execução.

#### Artigo 2984.º

«Nas execuções contra menores, interdictos, ausentes ou contra quaesquer bens em administração, não terá lugar a penhora e arrematação, ou adjudicação, em immoveis, senão na falta de moveis disponiveis.

§ unico. Esta disposição não terá comtudo logar, se os immoveis forem possuidos indivisamente por maiores

e menores, ou interdictos, ou ausentes, e a divida fôr commum, ou se a execução tiver começado contra um maior, ou antes da interdicção ou da ausencia.»

Dizendo o artigo, que nas execuções contra menores, interdictos, ausentes, ou contra quaesquer bens em administração, não terá logar a penhora e arrematação, ou adjudicação, em immoveis, senão na falta de moveis disponiveis, parece indicar, que a regra é ao inverso; ou pelo menos, que fóra d'este caso, será cousa indifferente que a penhora comece pelos immoveis, ainda que haja bens moveis, ou que se faça promiscuamente em uns e outros; aliás a que proposito havia de vir aqui esta advertencia?

Porém, o que aqui se estabelece, como excepção em favor dos menores e de semelhantes, é precisamente o que o Projecto, no art. 1979, declarou regra geral para todos os casos; diz o artigo:

«A penhora será feita na ordem seguinte:

1.º Nos moveis;

2.º Nos immoveis allodiaes;

3.º Nos immoveis emphyteuticos, ou sujeitos a quaesquer prestações;

4.º Nos dominios directos, usufructos, ou quaesquer outros rendimentos ou pensões;

5.º Nos direitos e acções;

6.º Nos rendimentos de bens inalienaveis.»

E esta é a ordem que tambem, pouco mais ou menos, foi adoptada no Direito Romano, como se vê da L. 15,

§§ 2, 10, 11 e 12, D. *de re jud.*, d'onde passou para a nossa Ord. L. 3, tit. 86, §§ 7, 8, e seg., e L. de 20 de Junho de 1774, §§ 22 e 27.

Mas se d'esta graduação não ha de concluir-se, que em todo o caso, só na falta de moveis é que a penhora deverá passar para os immoveis, e d'ahi para os direitos e acções, de que serviu estabelecê-la como regra?

A repugnancia, que se nota entre os dous artigos, apenas poderia desvanecer-se, declarando-se, que a graduação, em relação ao executado é meramente facultativa, e que este, nomeando, poderá invertel-a se quizer; — mas que a inversão nunca será permittida em execução de menores, ou similhantes.

E é mesmo possível, que seja esta a mente do Projecto; mas então será forçoso concluir, que a sobredicta graduação só foi estabelecida em favor do executado, e que para a sua inversão não será necessario o accôrdo do exequente; o que de modo nenhum se conforma com a doutrina das Ordd. e da Ref. Jud., que a cada passo indicam, que a graduação fôra feita em contemplação de ambos os interessados.

Diz a Ord. L. 3, tit. 86, § 11:—«E posto que o condemnado queira fazer dos bens de raiz moveis, para sómente andarem em pregão os dias, que os moveis haviam de andar, e que lhe não sejam tomados os moveis, não será a isso recebido; salvo se a parte que requer a execução, for disso contente.»

E a Ref. no art. 594 n.º 2.º, diz tambem «que a no-

meação se devolverá ao exequente, se o executado nomear á penhora bens da segunda especie, tendo-os da primeira de mais facil excussão, que não sejam dos exceptuados nos termos do art. 590.»

O § unico do Projecto apresenta depois uma restricção á *pretendida* excepção, na hypothese de serem os immoveis possuidos indivisamente por maiores, e menores ou interdictos, e a divida ser commum entre elles; dando a entender, que 'neste caso a penhora poderá começar por elles (ainda na presuppоста errada ideia, de que é esta effectivamente a regra geral, na qual deverá tambem ficar comprehendida esta especie).

Porém tal restricção não nos parece justa, e ainda quando a outra doutrina passasse, deveria ser invertida a disposição do § unico, a fim de prevalecer o interesse dos menores; porque tendo-se-lhes tirado já a restituição *in integrum* por causa de lesão, e outras vantagens, que o direito actual lhes concede, não seria toleravel que até 'neste ponto se procurasse aggravar a sua condição, já tão mesquinha e desfavoravel.

Todavia entendemos, que o melhor seria eliminar todo o artigo e § unico, deixando ficar sómente no Codigo a regra do art. 2979.

Nem a Ord., nem a Ref. Jud. apresentam similhante doutrina, e a nosso vêr, com razão; porque, tornâmos a repetir, a excepção de que tracta o art. 2984 nada mais é que a regra geral.

Artigo 2998.º

«Os louvados são responsaveis por seu dolo ou malicia, e não tendo por onde paguem, poderão ser presos pelos dias correspondentes á quantia em que forem condemnados, na razão de mil réis por dia.

§ *unico*. A prisão porém, nunca poderá exceder a seis mezes, e cessará sempre que o pagamento se effectue »

No art. 2259, disse o Projecto:— «Os louvados darão os seus laudos debaixo de juramento; e sendo convencidos de dolo ou má fé, poderão ser condemnados a pagar o duplo do excesso ou diminuição, em proveito dos lesados.»

Naturalmente, ao tempo da redacção d'este último artigo, não lembrou que era possível os louvados não terem bens, por onde podessem pagar; e por conseguinte só contra elles se decretou, em proveito dos lesados, a pena pecuniaria do duplo do excesso, ou diminuição, depois de convencidos em juízo do seu dolo ou má fé.

Mas, como por occasião da redacção do art. 2998, de que nos occupâmos, é que provavelmente occorreu aquella ideia, decretou-se então contra elles a pena de prisão, na falta de bens; porém não se menciona ahí a quantidade da pena pecuniaria, em que devem ser condemnados, e que terão de expiar com algum tempo, mais ou menos prolongado, de prisão. De fórmula, que ha de ser necessario procurar uma das penas, a principal, no art. 2259, e no art. 2998 a outra, que deve substituil-a, na falta de bens.

E não nos parece, que haja 'nisto boa ordem, —sendo, como diz Bentham, uma das regras do estylo ou redacção das Leis—«*As mesmas ideias, sempre as mesmas palavras: as mesmas hypotheses, sempre as mesmas decisões.*» Porque a variedade de palavras, ou de disposições, sempre que a mesma ideia, ou hypothese se repete em diferentes logares, occasiona ordinariamente dúvidas e embaraços, e por vezes até *antinomias* absolutamente inconciliaveis, como já ponderámos no art. 6.º do Projecto e em outros logares.

Votamos, por tanto, que o art. 2259 seja completado por este, de que agora tractámos; e que aqui, ou se faça referencia a elle, ou seja repetido todo inteiro. Ideias connexas e subordinadas umas ás outras, não admittem separação.

#### Artigo 3000.º

«Se os bens penhorados valerem mais que a importancia da divida, e forem taes, que se não possam dividir sem detrimento, não serão arrematados, se o executado se oppozer, e a dicta divida podér ser amortisada com os seus juros pelos rendimentos no espaço de tres annos.

§ *unico*. Isto se entenderá, porém, não tendo o executado outros bens que possam ser arrematados, e constando por titulos authenticos, que os rendimentos liquidados e certos são bastantes para extinguir a divida no sobredicto tempo.»



*Haec mea sunt, veteres migrate coloni.*

VIRG.

Pela disposição do artigo, os bens penhorados ao devedor só poderão escapar á arrematação, concorrendo simultaneamente quatro circumstancias: — 1.º que valham mais que a importancia da divida; 2.º que não possam dividir-se sem detrimento; 3.º que o executado não tenha outros; 4.º e que conste por titulos authenticos, que os seus rendimentos são bastantes para extinguir a divida e seus juros, em tres annos.

Este artigo não é certamente tão duro, como eram as antigas leis das doze taboas dos Romanos, as quaes deshumanamente entregavam o devedor insolvente ás mãos do crédor, que podia atormental-o, ou tel-o a ferros em carcere privado até pagar; podia reduzil-o á escravidão, vendel-o, ou ainda fazel-o em pedaços, para serem distribuidos *pro rata*, se eram mais que um os seus crédores: — *At si plures erunt creditores, tertiis nundinis, id est 27 die, corpus Rei in partes secanto*, etc.

Não é tão duro!—nem tal era d'esperar da conhecida philantropia do nobre Author do Projecto. No entretanto —favorecer tão desmesuradamente o poderoso contra o fraco, auxiliar por tal modo a dureza d'um crédor inexoravel em desfavor d'um devedor, talvez só digno de compaixão, aggravar tanto a mesquinha sorte d'uma pobre familia, para coadjuvar a opulencia d'um homem favorecido da fortuna; em uma palavra—fazer dependente do concurso

de tantas condições a conservação da unica propriedade, que resta ao executado; parece-nos, que é ainda levar muito longe o rigor das leis civis, que devem respeitar as maximas do direito natural e da moral, e as conveniencias sociaes, sem já mais concorrer para a oppressão da humanidade.

Que a propriedade seja a unica que reste ao devedor, e que esta seja superior em valor á importancia da divida, nada haverá mais possivel; mas que seja ao mesmo tempo indivisivel sem detrimento, e que o seu rendimento baste para extinguir a divida com seus juros, em tres annos, — condições são estas que raras vezes se darão, e todavia faltando qualquer d'ellas, perdido está, sem remedio, o executado e sua familia!

Para com os rendimentos se podêr amortisar a divida e seus juros em tres annos, é mister que o predio valha sete vezes mais que a divida, segundo a regra que o Projecto estabeleceu, nos artigos 2262 e 2996, para a avaliação dos bens de raiz que é— a somma do seu rendimento liquido em vinte annos. — E d'esta sorte inevitavel será a completa ruina do devedor, na maior parte dos casos.

A Lei de 20 de Junho de 1774, foi indubitavelmente mais humana; diz ella no § 24:— «Item: Ordeno: Que se os bens valerem o dobro, tresdobro ou mais ainda do que a divida; como por exemplo, se a divida for de cinco, e os bens valerem dez, quinze ou ainda mais; o juiz da execução mandará avaliar os annuaes rendimen-

tos dos dictos bens pelos respectivos avaliadores, que o senado da camara tiver approved; e por uma sentença os adjudicará ao crédor *pelos annos que bastarem para o inteiro pagamento da divida*; e findos elles, entrará o senhor dos dictos bens pela mesma sentença na posse e fruição dos seus rendimentos:—Tendo advertido o mesmo juiz da execução, que depois de ter precedido aquella efectiva adjudicação, fica imputavel na divida do crédor o que deixar de cobrar por sua culpa, omissão ou negligencia.»

Aqui, ao inverso do Projecto, o Legislador tomou o partido do fraco contra o forte, do opprimido contra o oppressor. Aqui, nem se suppõe o caso extremo de não ter o executado outros bens, — nem se faz necessaria a circumstancia de ser indivisivel o predio; — imputa-se além d'isso á conta do crédor, depois da adjudicação, tudo o que este deixar de cobrar por sua omissão ou negligencia; — nem finalmente se exige que o rendimento dos bens chegue para pagar em tres annos; — basta que o seu valor exceda o dôbro da divida, para já se não podêr tirar a propriedade ao executado, mas só os rendimentos.

Votámos, portanto, pela doutrina do § 24, da Lei de 20 de Junho de 1774, e rejeitámos a do Projecto, que nos faz lembrar a fabula do lobo e do cordeiro.

#### Artigo 3001.º

«Se os bens penhorados forem rendimentos de propriedades inalienaveis, serão os dictos rendimentos adjudicados ao exequente de real a real, sendo certos e sabidos.

§ 1.º Se os rendimentos forem eventuaes e incertos, serão postos em praça, e será pago o exequente pelo preço que produzirem.

§ 2.º Mas se não houver lançador poderão ser adjudicados ao exequente se 'nisso convier, com o abatimento da quarta parte da avaliação.»

Aqui declaram-se *estimaveis* os rendimentos eventuaes e incertos, e effectivamente se mandam avaliar antes de irem á praça. Porém a 8.ª regra do art. 2996 diz: — Os *créditos* por cousas ou quantias eventuaes e incertas não são susceptiveis de avaliação.»

Que razão de differença poderá pois haver entre um e outro caso, para serem resolvidos diversamente?

Não podémos descobrir uma, que nos parecesse satisfatoria; e entendemos, que se não ha difficuldade em arbitrar aos rendimentos eventuaes e incertos um valor qualquer, tambem a não poderá haver em arbitral-o a *créditos* por cousas ou quantias da mesma natureza, que aquelles.

Alguns escriptores têm, com effeito, pretendido que direitos eventuaes não podem receber estimação, mas sem fundamento; porque o direito de uma esperanza provavel póde bem entrar em commercio, e em qualquer especie de contracto; e receber por conseguinte uma avaliação, calculada sôbre a importancia da cousa que se espera adquirir, e a probabilidade da sua aquisição.

E é esta tambem a decisão da L. 8, D. de *contrah.*

*empt.* — «*Nec emptio nec venditio sine re, quae veneat, potest intelligi: Et tamen fructus et partus futuri recte emuntur..... § 1.º Aliquando tamen et sine re venditio intelligitur, veluti cum quasi alea emitur: quod fit, cum captus piscium, vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur, etiamsi nihil inciderit: quia spei emptio est.*»

E Pothier, Tr. du contrat de vente, Sect. 2, art. 1, n.º 5 e 6, fundado 'nella, diz da mesma sorte: —

«*Il ne peut, à la vérité, y avoir de contrat de vente, sans qu'il y ait une chose vendue; mais il suffit que la chose vendue doive exister, quoiqu'elle n'existe pas encore. Par exemple, tous les jours nous vendons, avant la récolte, le vin que nous recueillerons: cette chose est valable, quoique la chose vendue n'existe pas encore; mais elle dépend de la condition de sa future existence; et si la chose vient à ne pas exister, si l'on ne recueille point de vin, il n'y aura point de vente.*

*Il n'est pas nécessaire que la chose vendue soit un être physique; on peut vendre une chose incorporelle, un être moral, une créance, un droit, etc.*

*Une simple espérance peut même être l'objet d'un contrat de vente: C'est pourquoi, si un pêcheur vend à quelqu'un son coup de filet pour certain prix, c'est un vrai contrat de vente, quand même il arriverait qu'il ne prit aucun poisson; car l'espérance des poissons, qui pourraient être pris, est un être moral, qui est appréciable, et qui peut faire l'objet d'un contrat.»*

Com esta doutrina se conformou também o nosso Cod. Commercial, que no art. 464, diz:— «Em regra a coisa objecto do contracto de compra e venda é certa: é todavia licita a compra da coisa incerta, e a compra da esperança.»

O Sr. Coelho da Rocha, no §. 807 das suas Instit. de Dir. Civ., escreveu igualmente, que podem vender-se (e por conseguinte avaliar-se) todas as cousas, de que se póde tirar utilidade, ou sejam existentes ou futuras; tanto certas, v. g., os fructos, como incertas, comtanto que se venham a verificar, como o lanço d'uma rêde.

E no § 93, nota, tinha já dicto, que os direitos ou accções, ou sejam certos ou eventuaes, são avaliados pelo prudente arbitrio dos avaliadores, attentas as circumstancias.

Vejam-se também Lobão, Exec. §§ 334 e 341 e notas, Aval. §§ 40, 79 e seg., Dig. Port. L. 3.º, art. 225, etc.

Parece-nos pois, que deverá eliminar-se, ou inverter-se em sentido contrário, a 8.ª regra do art. 2996.

### Artigo 3003.º

«O usufructo, censo, ou qualquer renda vitalicia não póde ser arrematada senão pelo seu rendimento annual, em quanto durar.»

Este artigo vae de accôrdo com a 6.ª regra do art. 2996, que diz:— «O usufructo, ou quaesquer censos ou rendas

vitalicias, não são susceptíveis de serem avaliados por peritos, salvo em quanto ao seu valor annual.»

O Projecto, talvez com o fim de evitar os inconvenientes, que podem resultar da avaliação do usufructo, censo ou qualquer renda vitalicia, feita segundo a norma da L. 68, D. *ad Leg. Falcid.*, e que foram ponderados pelo Sr. Coelho da Rocha, na nota ao §. 93, — não admitte que possam ser avaliados, senão anno por anno da sua duração.

Mas, com quanto não approvemos tambem a regra da referida lei em todo o seu conteúdo, entendemos todavia, que não deveria rejeitar-se a ideia principal da mesma lei, que é attender-se, para a avaliação, á duração provavel do usufructuario, ou censuista, segundo as suas circumstancias.

E parece-nos, que fôï esta, com effeito, a norma que o nosso legislador adoptou tambem como se deduz do *simile* da Ord. L. 4, tit. 11, §. 4 *ibi*: — «*Havendo respeito á sua idade, saude, disposição, etc.*, e que julgâmos razoavel e digna de conservar-se; porque casos hão de occorrer, que não poderão resolver-se pela regra do Projecto.

Imagine-se, por exemplo, que qualquer usufructuario, ou mesmo um legatario, a que foi deixada certa pensão annual vitalicia, querem vender, ou fazer com terceiro uma transacção ácerca da commodidade d'esse usufructo, ou legado vitalicio, — ou ainda, que se lhes quer fazer penhora 'nelles, durante a sua vida; — como ha de esti-

mar-se o justo preço da compra e venda, da transacção, ou da arrematação, sem admittir a regra da Ordenação?

Será pois indispensavel reconhecer como norma, 'nestes e em outros casos semelhantes, a geral e *commun* estimação dos homens — *attenta a qualidade, e idade das pessoas, e costume do paiz* — como dizem os escriptores, com cuja opinião parece haver-se conformado a citada Ordenação.

E nós votámos por ella, porque estamos convencidos, que quando mesmo o novo Codigo a não consagrasse, ella havia de prevalecer, mau grado seu, por ser a unica regra capaz de resolver todas as difficuldades.

#### Artigo 3004.º

«Não póde ser egualmente arrematada a parte indivisa de qualquer coherdeiro, ou *communario*, antes que esta parte seja determinada pela partilha ou divisão.»

Parece-nos, que o contrário d'isto se determinou no §. unico do art. 2984, aonde se permittiu a penhora e arrematação nos *immoveis* possuidos *indivisamente* por maiores e menores, ou *interdictos* ou *ausentes*. Porque a circumstancia, que ahi se accrescentou — *se a divida fór commun* — não destroe, a nosso ver, a *antinomia*; visto que, ou ella seja *commun* ou não, sempre vem a penhorar-se, e a arrematar-se a parte *indivisa* de qualquer coherdeiro ou *communario*, antes que essa parte seja determinada pela partilha, ou divisão.



Entendemos pois que o citado §. unico do art. 2984, ainda por esta nova razão deverá ser eliminado, quando mesmo o não seja por aquellas, que nos occorreram, quando por elle passámos.

Artigo 3009.º

«Os bens serão arrematados a quem por elles offerer maior preço. Em egualdade de lanços preferirá o primeiro.»

Os bens serão arrematados a quem por elles offerer maior preço, diz o artigo; mas faltou accrescentar — *com tanto que cubra o da avaliação*; — porque não suppômos, que o Projecto quizesse revogar o §. 7 da lei de 20 de Junho de 1774, que manda — «que ainda depois de andarem em praça os moveis e fazendas os dias da lei, e do estylo, se não possam arrematar, em quanto os lançadores não chegarem aos preços das avaliações, ou a outros maiores.»

Regra, que sómente foi exceptuada, se findos os dias dos pregões sem apparecer lançador, houver quem pelos dictos bens offereça mais das quatro partes, por que hão de ser adjudicados ao crédor exequente, como declarou a outra lei de 22 de fevereiro de 1797; e a nosso ver, com razão, porque sendo a sobredicta lei de 20 de junho de 1774 ordenada em beneficio, tanto dos crédores como dos devedores, não era justo, que fôsse maior o damno d'estes, do que a utilidade d'aquelles.

Agora, em quanto á segunda parte do artigo, parece-nos, que em egualdade de lanços, deverá preferir não o primeiro, mas sim aquelle, que offerecer melhor condição. L. 4, §. fin. D. *de in diem addict.*

#### Artigo 3016.º

«O arrematante, ou adjudicatario, adquire a cousa arrematada, ou adjudicada, com os mesmos direitos, que tinha o executado. As obrigações porém a que os dictos bens estiverem sujeitos por facto do executado, transferem-se para o preço da arrematação. Em caso de hypotheca só poderá comtudo considerar-se o prédio expurgado, se os crédores inscriptos tiverem sido citados para o dia da praça.»

No artigo 1024 e seg. determinou-se, que aquelle que adquirir ou pretender adquirir extrajudicialmente, por qualquer titulo translativo de propriedade, algum immovel obrigado a hypotheca especial, inscripta por crédito certo e determinado; para podêr expurgal-o, será obrigado a apresentar na conservatoria respectiva o titulo original do contracto, ou o seu transumpto legalizado, a fim de ser visto e examinado pelos interessados; — requerendo ao mesmo tempo, que os crédores inscriptos sejam notificados no domicilio averbado, com o praso de quarenta dias; — e declarará o preço estipulado, ou, se preço estipulado não houver, o valor em que o requerente reputa

o prédio, e como está prompto a satisfazer aos crédores aquella quantia.

Se dentro dos quarenta dias não houver opposição dos interessados, ficará definitivamente fixado o valor do prédio; e o acquirente poderá satisfazer aos crédores a divida hypothecaria, ou consignar o dicto valor em depósito, ficando o prédio livre e expurgado de pleno direito, etc.

Mas, com quanto esta disposição seja justa e necessaria para a expurgação das hypothecas na aquisição extrajudicial dos prédios obrigados, porque não se exigindo 'nella a notificação edictal, mal poderiam os interessados, sem intimação pessoal, oppôr-se a essa expurgação, e defender os seus direitos: — comtudo parece-nos, que outro tanto se não poderá dizer na arrematação ou aquisição judicial.

A Refórma, no art. 600 e seg. manda, que passados dez dias depois da avaliação, se assigne dia e hora para a arrematação, o qual deverá ser annunciado por editaes, em que se declarem as denominações, e confrontações dos bens. D'esses editaes um será affixado na porta da casa da Audiencia, outro no domicilio do executado, e outro se entregará ao pregoeiro, para lançar os pregões nos logares mais publicos.

Este annúncio deverá ser tambem feito em um dos periodicos da cidade ou villa, em que tiver logar a arrematação, e na falta d'elles, em algum da cabeça da comarca, havendo-o.

O dia da praça, fóra de Lisboa e Porto deverá além d'isso ser sempre um domingo, ou dia sancto de guarda. Podendo comtudo designar-se outro dia, sendo de feira ou de mercado, em que costume hayer concurrencia á hora, e no logar, em que tiver de fazer-se a arrematação.

Os moveis devem andar em pregão dez dias, e os de raiz vinte: e se por algum incidente se interromperem os pregões, no primeiro caso, tres dias seguidos, e no segundo, cinco, deverão começar de novo.

Se no dia da arrematação houver ainda algum impedimento, esta será transferida para outro dia, que se fará constar por novo edital, etc.

Ora, depois de empregados, por tão diuturno tempo, tantos e tão variados meios de publicidade, e que é de presumir se consignem no novo Codigo do Processo; não será na verdade bem superfluo, que para o prédio poder ser considerado expurgado das hypothecas, se exija ainda a citação pessoal dos crédores hypothecarios, para o dia da praça?

Pela Ord. L. 4, tit. 6.º, § 2.º, para ficar livre a propriedade, nem era mesmo necessario fazer citar os crédores, para disputarem o seu direito sôbre o preço depois de depositado, porque essa solemnidade só se requeria nas vendas extrajudiciaes; ainda que a Praxe, por abundancia, a admittiu tambem nas vendas judiciaes, ou arrematações.—Pereira e Sousa, Pr. Linh. Civ., not. 860 in fine.

Na lei de 20 de junho de 1774, tambem se não exigiu

a citação dos crédores para o dia da praça, nem na Ref. Jud., mas sómente para as preferencias sôbre o preço depositado, quando differentes pretendem ter direito a elle.

É portanto para o preço que passam os onus do prédio, o qual pela arrematação fica livre ao comprador, embora para ella não fôsem citados os crédores. Ord. L. 3, tit. 91, e cit. Ord. L. 4, tit. 6, § 2 e 3.

E sendo este o direito estabelecido entre nós, entendemos, que se deverá eliminar a última clausula do artigo 3016, porque fica demonstrado, além d'isso, que ella é desnecessaria, e superflua.

#### Artigo 3018.º

«Não se achando o prédio arrendado, pertencerão os fructos pendentes ao arrematante ou adjudicatario, que será obrigado a abonar ao executado o valor que tiverem ao tempo da arrematação ou da adjudicação, deduzidas as despesas da cultura por arbitrio de bom varão.

«§. unico. Isto porém só deve entender-se não tendo sido avaliado o prédio com os seus fructos pendentes.»

O artigo declára, que não se achando o prédio arrendado, pertencerão os fructos pendentes ao arrematante ou adjudicatario, o qual será obrigado a abonar ao executado o valor, que tiverem ao tempo da arrematação, ou da adjudicação.

Mas porque se mandarão deduzir as despesas da cultura, que aliás foram feitas á custa do executado?

Será por se entender, que ficam compensadas com o valor dos fructos?

Porém se ellas tiverem de ser abatidas no preço d'estes, a consequencia será, que o arrematante ou adjudicatario, longe de os pagar pelo seu valor ao tempo da arrematação, ou da adjudicação, como manda o artigo, virá a dar por elles muito menos, e a locupletar-se d'esta sorte com a jactura alheia, tirando lucro d'uma despesa, que não fizera.

Parece-nos, todavia, que segundo os principios da justiça, as despesas não podem deixar de ser abonadas ao executado, e que se alguma differença houver para mais no valor dos fructos sôbre o valor d'estas, deverá ceder em seu beneficio. E por isso propômos, que sejam eliminadas as palavras finaes do artigo — «*deduzidas as despesas da cultura por arbitrio de bom varão.*»

A doutrina até aqui seguida, era — que os fructos *pendentes* passavam para o arrematante, mas com a obrigação de indemnisar as despesas do fabrico; salvo no caso do § unico do artigo do Projecto.

Pereira e Sousa, *Linh. Civ.* not. 788; Lobão, *Acc. Summ. Suppl. Diss.* 10; Sr. Rocha, § 827, not.

FIM.

## ERRATAS

<i>Pag. do Prefacio</i>	<i>Lin.</i>	<i>Erros</i>	<i>Emendas</i>
XVII	"	15 quando	quanto
XXIII	"	3 fraqueza	fraqueza
<i>Pag. das Observações</i>			
3	"	3 entrenós,	entre nós,
11	"	12 discriminar-se	discriminar-se,
"	"	25 no L. 5,	na L. 5,
13	"	13 <i>ommiss</i> ,	<i>omisso</i> ,
14	"	13 (Cap. non solum de regular. in 6 °	(Cap. non solum De regular. in 6 °
15	"	20 causas	causas
16	"	18 ommissos,	omissos,
22	"	1 commissora	commissão
25	"	5 tutellas	tutelas
34	"	21 Orphil.	Orphit.
35	"	3 só aproveitar	só aproveitar
36	"	26 appresenta!	apresenta!
38	"	27 appresenta	apresenta
56	"	18 } appresenta	apresenta
60	"	7 recnsar	recusar
71	"	27 vemos	vemos,
76	"	17 nacional.	racional
79	"	5 nenessidade,	necessidade,
83	"	4 pento	ponto
84	"	4 <i>économique</i>	<i>économique</i> ,
"	"	20 nos	nas
90	"	5 coetera	caetera
92	"	16 isto é	isto é,
93	"	28 esta posse	este posse
98	"	13 necessarias	necessarios
110	"	6 censuista,	censuario,
117	"	3 do erro,	de erro,
121	"	11 os subrogar 'nelle	o subrogar 'nelles
124	"	17 mulher não tiver	mulher tiver
123	"	5 doações, entre conjuges	doações entre conjuges,
142	"	2 domno	dono. — N. B. Esta emenda deverá entender-se repetida sempre que se encontre a palavra — <i>domno</i>
167	"	11 qui l'usage	que l'usage

<i>Pag</i>	<i>das Observações</i>	<i>Lin.</i>	<i>Erros</i>	<i>Emendas</i>
170	"	19	causa	cousa
197	"	8	prixdu	prix du
219	"	5	predio	praso
227	"	23	civile	civil,
228	"	10	aquidir.	adquirir,
250	"	12	terreno	termo
276	"	19	arit.	art.
289	"	25	personelle,	personnelle,
291	"	20	predios,	predios
317	"	9	favor.	favor,
330	"	25	exercés	exercés,
334	"	22	Diana.	Diana.
350	"	12	pro	pro-
384	"	10	despachados.	despachadas,
396	"	10	os fructos,	os fructos; —

