

RESPOSTA

DO AUCTOR

DO

PROJECTO DO CODIGO CIVIL

ÁS

OBSERVAÇÕES

DO SR. DOUTOR

JOAQUIM JOSÉ PAES DA SILVA.



COIMBRA

IMPRESSA DA UNIVERSIDADE

1859.

RESPOSTA ÀS OBSERVAÇÕES

DO SR. DOUTOR

Joaquim José Paes da Silva.

Mostrar, que nada escrevemos em nosso Projecto sem maduro exame e reflectido estudo, sem uma razão sufficiente em fim, é um dever imposto pela mesma natureza do encargo que nos foi commettido. As nossas razões poderão talvez parecer menos concludentes: pertence á illustrada Commissão resolver. Não disputamos por obstinação, por capricho, mas só com o intuito de que se apure o melhor, com pleno conhecimento de causa. Sentimos comtudo não poder concordar em tudo com o nosso douto Revisor; mas confiamos da sua alta intelligencia, que não ha de levar-nos a mal nossa franqueza, assim como nós muito folgámos com

a sua; pois, ainda mesmo 'naquelles pontos em que discordámos, achámos occasião de rectificar idéas, e de aprender.

Reparo geral. *Nota-se que o Codigo está mui doutrinal tanto em definições e classificações, como em principios geraes.*

O nosso judicioso Revisor deixa ao parecer da Commisão a decisão d'este ponto. Esta materia foi já tractada por nós na primeira e segunda Apostilla, e accrescentaremos sómente duas palavras.

O methodo é em todo o caso uma questão de doutrina. Se entendemos, que é necessario em um Codigo, não pôde deixar de ser regulado pelos principios geraes da methodologia applicada ao assumpto. Nenhum systema de Legislação ou Corpo de Direito, pôde deixar de obtemperar, 'nesta parte, á doutrina, sob pena de tornar-se um *monstro informe ingens cui lumen ademptum*. Se o perfeito conhecimento da Lei, a sua facil comprehensão é uma das primeiras necessidades em qualquer Legislação, fica evidente, que será impossivel conseguil-o, arredando o luminar da doutrina. A critica só pôde recair sobre a proficuidade do methodo adoptado, sobre a deducção das materias, sobre a justeza das classificações, exactidão das definições em particular, ou sobre a verdade ou necessidade dos principios. Mas cumpre não perder de vista, que, ou o nosso plano geral ha de ser adoptado como está, e foi já approved pela Commissão primitiva, ou ha de ser regeitado com todo o Projecto, por isso que difficilmente as materias, como estão redigidas, se poderão accomodar a qualquer outro systema. Pelo menos não seremos nós, que nos encarregaremos d'esse trabalho: sobejo tem sido já o que imprudentemente tomámos sobre nossos debeis hombros. Em quanto ás de-

finições, talvez algumas possam ser supprimidas, e outras devam ser reformadas; mas acêrca dos principios geraes será necessaria a maior circumspecção, para que não aconteça, que se ache a final truncada a ordem e filiação das disposições, de fórma que a emenda seja, como se costuma dizer, *peior que o soneto*. Ha certos palavrões, certos prologuios, que adquirem celebridade e imperio irresistivel sómente á força de serem repetidos, posto que não tenham solidez alguma, ou não possam acceitar-se sem grandes restricções. Não ha cousa mais commoda que um axioma, porque nos dispensa do trabalho de reflectir e demonstrar. Entra 'neste numero a celebre sentença de Javoleno — *omnis definitio in jure periculosa*. Já dissémos alguma cousa a este respeito; mas não podemos deixar de accrescentar aqui algumas palavras extraídas d'um livro recentemente publicado em França, e que não é ainda vulgar entre nós. — Não são precisamente as definições (diz Rousset, *de la redaction et de la codification rationnelles des Lois*, p. 294), que são perigosas; mas as definições varias 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; de feito funesto, que se não poderá exconjurар senão pela fixação authentica do sentido juridico das expressões da Lei. É preciso definir se nos queremos entender. — O mesmo sentia Bentham.

A verdade é, pois, que esta questão não pôde ser resolvida em these geral: talvez serão inuteis, talvez perigosas. É na sua especialidade, que devem ser consideradas.

Ao artigo 8.º *As leis interpretativas devem ter effeito retroactivo.*

Esta questão foi já tractada por nós na Apostilla n.º 2. Diremos aqui sómente, que não podemos conformar-nos com a doutrina de nosso illustre Revisor. A Carta, declarando, que as Leis não podem ter effeito retroactivo, não distingue, e portanto também nós não podemos distinguir, e nem o deveríamos fazer, ainda que nos fosse licito. Se a Lei, chamada interpretativa, contém disposições novas, não pôde ser retroactiva, porque é uma Lei nova, e se não contém disposições novas, é uma Lei inutil, que nada accrescenta á Lei existente. Se ha controversia sobre a intelligencia da Lei, é porque a Lei não é clara; e se o não é, deve ser o seu sentido fixado por uma Lei, que é nova, e que não pôde retroagir sobre os direitos adquiridos; e não só por *casos julgados, e transacções*, mas por todo e qualquer modo legitimo. A mesma promulgação da Lei nova demonstra, que a Lei anterior não era clara, e como tal carecia da primeira condição da Lei.

Ao artigo 12.º *Não deve admittir-se nullidade, que não seja expressamente decretada.*

Esta questão está largamente tractada na Apostilla n.º 2, e temos por ocioso addicionar cousa alguma. Parece-nos contudo, que a nossa divergencia não é grande, e acabará logo que se advirta, que o principio, que estabelecemos, não rege as Leis formularias ou de processo, pois 'nesta parte sômos inteiramente da opinião do nosso illustre Revisor. Entretanto, para maior clareza, não será inutil accrescentar ao artigo 12.º o seguinte:

§ unico. *A Lei formularia não importará contudo nullidade não sendo esta expressamente irrogada.*

E sômos levados a propôr este additamento, por isso que nos vimos obrigados a dar cabimento no Codigo a certas fórmulas. 'Neste presuppuesto deve pôr-se todo o cuidado na revisão, para que não escape algum caso sem providencia, e assim obteremos aquella perfeição, a que com muita razão dizia Toullier, nenhum Codigo havia ainda chegado. As excepções, que, em Direito Civil propriamente dicto, podem ter logar, vão comprehendidas no § unico do artigo 14.º

Ao artigo 14.º *Deve accrescentar-se, que o Direito superveniente, depois da contestação da lide, aproveita a qualquer dos contendores, segundo Corrêa Telles.*

Este principio, quando houvesse de ser adoptado, teria o seu assento proprio na Parte 4.ª; entendemos, porém, que não deve ser admittido, pois não está em harmonia com as regras geraes do Direito. A causa define-se e determina-se pela proposição ou pedido. Os direitos, que sobrevêm depois, não podem ser tomados 'nella em consideração, visto que a sentença deve regular-se pelo petitorio (Proj. art. 2968.º, Ord. Liv. 3.º, tit. 66, pr.). O mesmo Corrêa Telles tanto reconhece o vicio da regra proposta, que pretende modificá-la, accrescentando que a parte, que litigar temerariamente antes de lhe sobrevir o direito (art. 13.º) deve ser condemnada nas custas inuteis. Esta doutrina é expressamente regeitada pela nossa Ordenação, em quanto determina, que os que pedem antes de tempo, sejam condemnados nas custas em dôbro, *salvo a intentar a acção de novo*, mostrando haverem pago as dictas custas; e além d'isso concede ao réu todo o tempo, que faltasse, para haver de ser demandado, quando o auctor primeiramente o demandou, com outro tanto (Ord. Liv. 3.º, tit. 35): doutrina, que é conforme com a Constituição primeira de Zenão

(Cod. 3, 10, *plus-petit*, Inst. 4, 3). No mesmo sentido são repellidos quaesquer pedidos indevidamente, *re, loco, tempore, et causa* (Ord. Liv. 3.º, tit. 34; Liv. 4.º, tit. 23, § 3; Liv. 3.º, tit. 35 e 36) (a).

Ao artigo 41.º *Deve conservar-se ao Estado, Corporações, e menores, a restituição in integrum.*

Começa o nosso illustre Revisor por estranhar, que não façamos differença entre *acção de rescisão, e nullidade*, como sempre se tem feito — Que acção de rescisão tinha lugar, quando o acto havia sido celebrado com as solemnidades legais; mas podia ser invalidado excepcionalmente por lesão, ou por outras causas, e a acção de nullidade se intentava, quando o acto havia sido celebrado nullamente. Isto é exacto, mas esta distincção não tem para nós importancia alguma (b).

Primeiramente não admittimos, que a lesão em si mesma seja um principio rescisorio, tanto em relação aos menores,

(a) Esta questão foi tractada e resolvida 'neste sentido por Voet. L. 6.º, tit. 1, § 4. Gluck vol. 8.º p. 147 e 151, que cita com grande numero de AA. — Segundo o antigo Direito Rom. o direito novamente adquirido constituia uma *nova causa*, que não podia ser julgada na primeira: L. 11.º, § 4 e 5, etc. *de except. rei jud.* (44—2). Na Lei 23 de Judic. (5—1) diz o Jurisconsulto Paulo: — *Non potest videri venisse in iudicium id quod post iudicium acceptum accedisset, i'eoque alia interpolatione opus est.* Concorde Javoleno na L. 23—5 *de jud.* (5—1).

No Direito Canonico ha uma distincção — Se a demanda exprime claramente o direito, e sua origem, era precisa acção nova; se exprime sómente o direito, mas não a sua origem podia ser attendida na mesma causa. Cap. 3.º de Sent. in 8.º (11—14).

(b) Sic Duvergier a Toullier Liv. 3.º, tit. 3.º, n.º 521. Duranton, tom. 12, n.º 525. Delvincourt, tom. 2.º p. 180—158. Perrin, trait. des nullités, p. 49.

como em relação aos maiores. O brocardo *minor restituitur tamquam laesus non tamquam minor*, não auctorisa a rescisão dos actos celebrados legalmente: e a acção de lesão, em quanto aos maiores, é abolida. Em segundo logar, nos outros casos, em que os actos podem ser rescindidos, é sempre porque ha um vicio de nullidade fundado na Lei. Por exemplo. Ha erro, dolo, fraude, ou violencia em um contracto, ou em qualquer acto — a não ser nos casos exceptionaes, mui raros, em que a nullidade procede *pleno jure*, e não precisa de ser declarada judicialmente, é sempre necessaria uma acção, que annulle o acto ou contracto, que subsiste, em quanto se não provar o erro, dolo, fraude, ou violencia, que o vicia. A Lei diz, que são nullos os contractos, em que houver erro, dolo, fraude, ou violencia: e como se poderá dizer que a acção, que se intenta não seja de nullidade? A verdade é, que estas acções se podem dizer de nullidade ou de rescisão, segundo o ponto de vista, em que são encaradas. Se olharmos ao principio da acção, certamente será de nullidade; se olharmos ao modo, por que deve ser declarada, será de rescisão.

Ora, se as palavras *acção de rescisão ou de nullidade* já foram, por estas razões sem dúvida, empregadas indistinctamente no Codigo Civil Francez (Vejam-se os artigos 1117.º, 1304.º), com muita mais razão o poderão ser em o nosso Projecto, que não admite o principio rescisorio de lesão, em que fundam os partidarios d'esta doutrina a sobredicta distincção.

Se attendermos á forma e aos effeitos juridicos das duas acções, tambem não vemos fundamento práctico para semelhante distincção, pelo menos segundo a nossa doutrina.

A forma é a mesma. Os effeitos juridicos, em que os

nossos DD. achavam differença, vem a ser: 1.º em quanto á prescripção; 2.º em quanto á restituição dos fructos.

No tocante á prescripção, seguiam que a acção de nullidade sómente prescrevia por trinta annos; e a acção de rescisão tinha prazos mais curtos (Vej. Lobão, notas a Mello, Liv. 2.º, tit. 13, § 8, n.º 6. Rocha, § 109). Mas se advertirmos, que limitavam a acção de rescisão aos casos de *restituição in integrum e lesão*, fica evidente, que esta differença não é applicavel ao nosso Projecto (a).

No tocante á restituição dos fructos, escreve Lobão, seguindo Altimar, que a nullidade obrava os seus effeitos *ex tunc*, desde o dia do acto, e a rescisão *ex nunc* (Not. a Mello, Liv. 2.º, tit. 13, n.º 6); e o Doutor Rocha (§ 109, not.) explica o *ex nunc*, dizendo, que é desde a citação, ou contestação da lide, citando a Ord. Liv. 4.º, tit. 13, § 10 (b). Nesta distincção, como na antecedente, partia-se do mesmo presupposto — a rescisão em restituição ou lesão; porém, com muito menos fundamento, por isso que na restituição

(a) Por Direito francez, as acções de nullidade e rescisão tem a mesma prescripção de dez annos, salvas algumas excepções. Cod. Civ. Franc. art. 1304.º, Toull. tom. 7.º, n.º 597 e seg. Segundo o nosso Projecto, a prescripção é sujeita a regras geraes; e as excepções variam, segundo os casos, e não dependem de nenhum principio geral.

(b) A disposição da Ordenação Liv. 4.º, tit. 13, § 10, absolutamente restricta ao caso especial da acção por lesão, nas compras e vendas, não auctorisa a generalidade, que lhe attribue o Doutor Rocha no § 109.

Sobre as difficuldades, a que tem dado causa a miseravel redacção do § 10, accrescentado pelos Philippistas: veja-se a judiciosissima analyse de Egidio no seu commentario *in leg. ex hoc jure*, P. 1, cap. 9.

dos menores e semelhantes, os effeitos deviam começar *ex tunc*, e, no caso de lesão de maiores, os fructos eram mandados restituir desde a lide contestada; não, porque fosse este o effeito proprio e caracteristico da rescisão, mas porque antes se julgavam compensados reciprocamente em boa fé, começando a má fé sómente com a contestação da lide (a).

Mas esta disposição, relativa á restituição dos fructos, de nenhum modo impedia, que a rescisão produzisse outros effeitos *ex tunc*: assim, as hypothecas, as servidões, e quaesquer outros encargos impostos sobre o predio, ficavam inteiramente annullados (Codigo Francez, art. 2125.º, 2182.º; Toull. tom. 7.º, n.º 548).

A doutrina seguida, modernamente, ainda mesmo por aquelles, que, como Zachariae, mais se empenharam em sustentar a differença das suas acções, não deixa comtudo de reconhecer, que, tanto a nullidade, como a rescisão julgada, repõem as cousas, por via de regra, no mesmo estado, ou semelhante áquelle, em que se achavam antes da formação da obrigação annullada ou rescindida (Zachariae, tom. 1.º, § 336).

Demorámo-nos um pouco com este assumpto, para que se veja, que não, sem razão, deixámos de consagrar esta distincção, que aliás se abona com mui graves auctoridades.

Restituição in integrum. É conveniente, que comecemos recordando a historia d'esta instituição, porque muitas dis-

(a) Gomes, Var. C. 2.º, n.º 24, diz que antes não são restituiveis os fructos: 1.º porque ha posse com titulo e boa fé; 2.º porque se não pôde dizer, que haja mora; 3.º porque se um dos contrahentes tem a cousa, o outro tem o preço.

posições, que hoje existem, se não podem justificar d'outro modo. As razões, que as determinaram, sumiram-se na noite dos tempos, e comtudo continuam em vigor, não poucas vezes, á custa de importantes interesses sociaes.

A restituição *in integrum*, concedida aos menores, veio-nos do Direito Romano. Mas este favor foi alli determinado por circumstancias privativas da mocidade romana. Segundo o Direito antigo, os moços, que se não achavam debaixo do patrio poder, permaneciam em tutella até á idade de puberdade; mas d'esta epocha por diante ficavam entregues a si mesmo, e por consequencia expostos a todos os perigos da inexperiencia e leviandade juvenil. Procurou-se prover de remedio a isto. Primeiramente foram estabelecidas penas (pela Lei Plactoria) contra os que se enriquecessem deslealmente á custa do pubere menor de vinte e cinco annos. Depois, prometteu o Pretor aos menores restituição contra qualquer prejuizo causado pela sua pouca idade. E finalmente, estabeleceu-se para os menores uma curatella geral, similhante á tutella dos impuberes.

O pensamento fundamental d'esta instituição (diz Savigny) foi proteger os puberes menores de vinte e cinco annos, que outr'ora tinham a livre disposição de seus bens; mas successivamente se foi complicando este pensamento, concedendo-se aos menores restituição em casos, em que a necessidade indicada não existia.

Assim foi esta restituição ampliada aos impuberes, não por causa do prejuizo resultante de seus proprios actos, pois que estes actos eram nulos de pleno direito, mas contra o prejuizo resultante de omissões ou de fraudes de seus tutores (L. 29.º, pr. § 1. L. 38.º, pr. L. 47.º, pr. *de minor.* 4, L. 2.º, 3.º, 5.º, C. *si tutor* 2, 25). E do mesmo

modo foi concedida restituição aos puberes contra os actos de seus curadores.

Em tudo isto (diz o citado Savigny) excedia-se muito a necessidade primitiva de similhante restituição, que ainda fôra diminuida pelo estabelecimento da curatella.

As instituições modernas acceitaram esta theoria, e a têm conservado (pela maior parte), não obstante ter-se tornado cada vez menos precisa, menos justificavel, á medida que os interesses dos menores recebiam novas garantias com a organização do systema orphanologico ou tutellar.

« Se pezarmos, sem prevenção, estas circumstancias, observa o judicioso Savigny, convencer-nos-hemos, que a restituição dos menores, não se justifica no actual estado de cousas. Mais valia reformar em proveito dos menores o direito de tutella, susceptivel ainda de muitos melhoramentos. »

E, com effeito, comprehende-se, que no antigo Direito, se acautelasse com tão ampla restituição a minoridade desvalida. Mas hoje similhante favor só pôde servir de lançar a perturbação e a incerteza sobre os direitos de propriedade, e entorpecer as transacções sociaes, que muito importa proteger.

Que se pretende? Assegurar os menores contra a sua inexperiencia? Lá tem a nullidade dos actos, que illegalmente praticarem, e não precisam de restituição. Acautellar o prejuizo, que pôde provir dos actos de seus tutores ou administradores? Lá está a sua hypotheca, fiança ou caução! Lá estão o tutor responsavel, o Juiz, o sub-tutor, o curador, o Concelho de familia, concorrendo todos no mesmo pensamento de protecção e responsabilidade.

E como pôde a Lei, sem contradição, sem immoralidade, annunciar, que taes actos serão validos, conformando-se com

certas formalidades, e declarar por outro lado, que estes actos podem ser annullados pela mais pequena lesão, que o menor soffra? A Lei, dizem os eruditos annotadores de Zachariae, seria inconsequente e imprevidente: inconsequente, porque o tutor, mandatario de seu pupillo, que o representa nos actos da vida civil, deve obrigar-o, em quanto não exceder o seu mandato; e imprevidente, porque os menores difficilmente poderão contractar, ou sem grande desvantagem, não sendo possivel tractar seguramente com os seus tutores.

É indispensavel, dizia o Jurisconsulto Joubert, nos motivos doCodigo Francez, assegurar completamente os direitos dos que tractam com os menores, cumprindo as formalidades da Lei. O interesse das familias, o respeito devido á moral pública, exigem certamente, que a Lei outhorgue toda a protecção aos menores; mas, como é preciso que alguma vez se contracte com elles, e elles pela sua parte precisam de contractar com outros, cumpre que os interesses de terceiro fiquem seguros, observando-se as formalidades legaes.

Limitada a restituição ao seu fim legitimo, observa Cardenas nas suas reflexões sobre o Projecto do Codigo Civil Espanhol, é um remedio desnecessario, e, considerada em toda a sua latitude, constitue um privilegio injusto e odioso.

É por estas razões, que a doutrina, que seguimos, se acha estabelecida nos Codigos Francez, Sardo, Duas-Secilias, Luisiana, Vaud, Parma, e Hollanda.

O nosso illustre Revisor propõe, comtudo, que, conservando-se a restituição na forma antiga, será preciso fixar o quantitativo da lesão, pelo menos na sexta parte, como seguem os nossos Praxistas. 'Nesse presuppuesto, esta decla-

ração seria na verdade um melhoramento, mas insufficiente, como deixamos demonstrado.

A restituição do Estado, Corporações, ou Estabelecimentos públicos, teve igualmente origem no Direito Romano, *ad instar* da restituição dos menores. Este privilegio é, porém, muito menos justificavel, porque o Estado, e as Corporações são pessoas juridicas capazes de provêr, como os individuos, á boa administração de seus interesses; e, se o não fizerem, não é justo, que por tal causa, se perturbem os interesses geraes, ou se sacrifiquem os interesses de terceiro; e é por esta causa, que semelhante privilegio se acha hoje banido de quasi todas as Legislações.

Se não perdemos de vista, diz ainda Savigny, que a restituição dos menores foi estabelecida em relação aos seus proprios actos, e que a applicação aos actos de seus representantes, contraria ao rigor dos principios, não tem produzido sempre bons resultados, convencer-nos-hemos cada vez mais, que estas novas ampliações não devem ser admittidas.

É justo, que se protejam os interesses do Estado, dos Estabelecimentos públicos, mas nunca á custa d'outros interesses, que não devem ser menos respeitados.

O Estado, e os Estabelecimentos públicos, se tanto cabem nas suas attribuições, devem provêr d'outro modo ás garantias, de que precisem, e não reservar-se o leonino direito de annullar, em prejuizo de terceiro, os actos e contractos celebrados na forma da Lei. É preciso, que a Lei seja uma verdade, e não um laço armado á boa fé pública. Com semelhantes privilegios não pôde haver credito público, nem privado, nem mesmo se pôde pensar em melhor-o. Todas as acções resolutorias têm um caracter essen-

cialmente malefico, e não devem admittir-se, senão em casos de extrema e absoluta necessidade.

Para apreciar devidamente uma dada instituição, não basta encará-la debaixo d'um unico aspecto. É preciso examinal-a em todos os seus pontos de contacto com os interesses sociaes. Uma grande parte das instituições antigas adoeceem d'este vicio, e não é possível levar a effeito uma reforma verdadeiramente util, sem partir dos grandes principios, que devem servir como de centro de unidade a todo o systema civil. Não basta que tal instituição possa ser util debaixo d'este ou d'aquelle aspecto, é preciso, sobretudo, que não se achem em opposição com os interesses moraes e economicos da sociedade em geral.

Em quanto aos males, que o nosso douto Revisor receia, que possam originar-se da suppressão d'este privilegio, póde tranquillisar-se, porque já temos em nosso favor a experiencia d'outros paizes, em que vigora o principio, que adoptámos, sem o menor inconveniente; e ainda quando algum apparecesse, seria sem dúvida muito insignificante em comparação dos inconvenientes, que inevitavelmente resultam do systema contrario (a).

O sabio Revisor entende tambem, que o praso d'um anno fixado no artigo 323.º para as reclamações de restituição, ou antes de indemnisação, nos casos em que esta póde ter logar, e a que ficam reduzidos os quatro annos da Orde-

(a) Em França, o Estado, os Municipios e Estabelecimentos publicos, gozam comtudo do direito de rescisão por *requête civile*. Mas este meio é lei geral entre nós, nos casos, em que o admitte o Direito Francez. V. Lei de 19 de Dez. de 1843, Decreto de 19 de Maio de 1832.

nação (a), não é sufficiente, e que deveria ser, pelo menos, de dois annos.

Adoptámos o antigo praso do Direito Romano (V. Merlin Verbo Rescis. p. 186, n.º 5), á imitação do Codigo do Cantão do Vaud, art. 969.º O praso d'um anno é sufficiente para que qualquer emancipado ou maior tome conhecimento do estado das suas cousas e do direito, que possa ter contra os seus tutores e administradores; e tanto mais, que é avisado pela Lei para que proceda com tempo a esse exame: se o não fizer, a si mesmo deve imputar as consequencias; e não é a Sociedade, que deve supportar os funestos effeitos da sua negligencia.

Ao artigo 117.º *É preferivel a doutrina, que amplia a legitimação por subseqüente matrimonio a todos os filhos naturaes ou espurios, pelas razões, de que se não devem privar os paes de emendar seus erros, e fazer a fortuna dos filhos, que innocentes soffreriam pena pelos defeitos dos paes; e que, se o Projecto pretende evitar a immoralidade, pelo contrario se daria occasião a que se não podessem converter em matrimonios concubinatos escandalosos; que esta doutrina tem sido seguida por quasi todos os nossos Jurisconsultos depois de Paschoal José de Mello, e na prática de julgar.*

Começaremos por observar, que é exacto, que esta opinião tem sido adoptada entre nós quasi geralmente, depois do Dr. Paschoal; mas, tendo estudado detidamente esta questão em relação ao direito constituido, adquirimos a convicção de que esta opinião é uma verdadeira corruptella; mas sobre este ponto exporemos em outra parte as nossas

(a) É o praso ampliado por Justiniano, L. C. de temporibus in integrum restitutionis.

idêas, visto que aqui sómente nos occupamos *de jure constituendo* e de escollier o que fôr mais justo e conveniente á boa ordem e interesses da sociedade em geral.

Vejamos pois o valor, que, na realidade, podem ter as considerações adduzidas.

Emenda de erros. Estes erros não têm emenda. É um mal practicado, que não pôde mudar de natureza por factos posteriores.

Não se converterão em matrimonios concubinatos escandalosos. Antes nos parece, que a possibilidade do matrimonio e da legitimação será um meio, que facilite semelhantes factos por parte de ambos os cúmplices. O homem, na certeza que poderá, quando quizer, contrair o matrimonio, e legitimar seus filhos, não hesitará tanto em cohibir-se; assim como a mulher, fiada em promessas, que podem falhar por mil causas, não opporá por certo tamanha resistencia.

Pena ao innocente. Em que pôde consistir esta pena? Pena haveria com effeito, se a Lei prohibisse, que o pae alimentasse e educasse o filho espurio, ou podesse fazer a sua fortuna. Mas, não existindo semelhante prohibição, a pena pôde consistir na paternidade illegitima, que não é facto da Lei, mas um facto do homem, que a Lei não deve legitimar.

Mas, porque não egualaremos estes filhos em direitos com os filhos nascidos d'uma união legitima? Porque é preciso fazer respeitar as instituições, que são a base fundamental da sociedade; porque acima dos interesses individuaes, estão os interesses geraes da ordem e moralidade social.

Explicue-mos por um exemplo. Supponhamos, que dois adulteros se casam, dissolvido o anterior matrimonio. Ha um filho ou dois legitimados, e outros legitimos. Será

possivel, que o facto do nascimento d'uns e outros fique reciprocamente desconhecido? Certamente que não. Teremos pois desde já um principio de divisão. Depois, o que será ainda de peores consequencias, teremos o conflicto entre a doutrina e o exemplo ou facto. Os paes não poderão inculcar os principios de honestidade sem denunciar-se criminosos; e os filhos, tanto legitimos como legitimados, acharão no exemplo dos paes um incentivo para não serem mais escrupulosos, ou não accreditarem na sua doutrina.

Fallando especialmente dos adulterinos, ha ainda outra razão, de não menor gravidade. A historia criminal está cheia de exemplos de assassinatos motivados no intuito de casamentos entre os adulteros. Pôde dizer-se, que 'neste caso a legitimação é impossivel, porque o casamento não pôde ter logar pelo impedimento *criminis*. Mas quantas vezes esse crime não escapa á precisa publicidade? Quantas vezes, ainda que se não effectue um assassinato sanguento, a simples esperança, ou possibilidade d'um consorcio, não é causa de discordias e sevicias, e d'uma especie de assassinato moral, talvez não menos terrivel, que um assassinato physico?

Estas razões pareceram-nos muito mais attendiveis, que o escrupulo de punir o innocente, sómente porque se recusa a este a qualidade, que desgraçadamente não teve, sem culpa da Lei, de nascer legitimo.

Por ultimo, é necessario não perder de vista, que, não parecendo opportuna a secularisação do matrimonio, como se tem practicado todavia entre outras nações não menos catholicas que a nossa, e que nos devemos restringir aos effeitos puramente civis do matrimonio, a exclusão dos filhos incestuosos não passa do terceiro gráu civil, ou se-

gundo canonico, isto é, entre tios e sobrinhos; não considerando como taes para este effeito os nascidos de parentes em grãos ulteriores. A razão particular, que tivemos para não ir mais longe, é que, nos grãos ulteriores, vão-se relaxando cada vez mais os vinculos da familia, a intimidade das relações, em quanto o tio gosa da consideração e influencia de irmão do pae, e militam a seu respeito quasi as mesmas razões de exclusão, que se dão entre irmãos.

Accrescentaremos, que, se nos fosse licito reformar a materia dos impedimentos matrimoniaes, a questão seria radicalmente cortada, prohibindo absolutamente os matrimonios no terceiro gráu civil (a).

Em quanto aos sacrilegos, não podendo haver casamentos entre pessoas ligadas por Ordens, parecerá talvez inutilidade declarar, que seus filhos não podem serlegitimados, por subseqüente matrimonio. Mas o facto é, que não faltam exemplos de dispensas em taes casos, e é forçoso, que o Direito Civil não fique dependente das decisões da Curia Romana.

Será nossa doutrina menos justa, menos conforme aos grandes interesses sociaes? Póde ser; mas a nossa consciencia fica tranquilla: se ha erro, comnosco têm errado quasi todas as nações civilisadas, não exceptuando a nossa, cuja legislação a este respeito se acha adulterada (pelo menos em nossa opinião) por interpretações especiosas (b).

(a) Consta-nos, que ha uma resolução recente de S. Santidade, declarando, que não serão mais permittidas dispensas para casamento em 2.º gráu.

(b) Estão pela nossa doutrina o Codigo Francez e Belga art. 331.º, Duas Sicilias art. 253.º, Luisiana art. 217, Sardenha art. 171.º, 172.º, e 173.º, Vaud art. 178.º, Hollanda art. 327.º, Berne

Accrescenta o nosso illustre Revisor, que, conservando-se esta nossa doutrina, offerece uma anomalia com a doutrina, que estabelecemos em quanto ao matrimonio, regulando-o segundo as disposições do Direito Canonico.

Já observámos, que esta especie de anomalia teria desaparecido, se julgássemos opportuno secularisar esta materia, e que, prohibindo absolutamente o casamento nos casos, em que não admittimos legitimação subseqüente, tudo ficaria em perfeita harmonia. Mas como o não podemos fazer, era forçoso limitarmo-nos unicamente aos effeitos civis do matrimonio, procurando evitar a menor divergencia possivel. Aos Poderes politicos compete conciliar por outro modo a divergencia, que civilmente se não possa evitar.

Pelo que toca á excepção, que o nosso sabio Revisor deseja que se expresse, relativamente á successão de morgados, adoptando-se a opinião do Doutor Rocha art. 513.º, respondemos, que esta materia não é comprehendida no Codigo, e deve ser regulada na Lei especial sobre morgados, como se declara no art. 2010.º.

art. 144.º Argovia art. 80.º, Soccia C. 2, n.º 11, Hayti art. 302.º a 313.º, Ilhas Jonias art. 337.º a 339.º, Polonia art. 291.º, Saxe art. 76.º, Russia art. 14.º do Ukase de 6 de fev. de 1830, Hespanha art.º 1.º da Lei de 14 de abril de 1838, Bade, Verse, Brasil, e finalmente a Legislação ingleza, que não admittie em caso algum legitimação por subseqüente matrimonio. Seguem a doutrina contraria o Codigo Prussiano art. 596.º, o Austriaco art. 161.º, Baviera art. 18.º, Friburgo art. 144.º, 53.º, Bolivia 250. Fortescue, falando da Lei Ingleza, exprime-se assim: *Nunquid tunc lex ista casta non est, non fortius firmiusque repellit peccatum quam facit lex praedicta civilis, quae cito et quasi inultum luxuriae crimen remittit?* P. 93, V. Blasktone tom. 3.º, cap. 15, p. 68, trad. de Chompré.

De resto, a nossa doutrina sobre os efeitos da legitimação está formulada nos artt. 117.º, 120.º e 2138.º, e em muitos outros. A legitimação, diz Marcadé, é uma ficção, segundo a qual a concepção e nascimento d'um filho natural são considerados como se tivessem logar no momento da celebração do casamento, de forma que a legitimação não tem efeito algum retroactivo:—*Dies nuptiarum dies est conceptionis et natiuitatis legitimæ* (V. Marcadé ao art. 332.º do Código Francez). Mas, ou seja por ficção ou não, o certo é, que a Lei quer, que o filho illegítimo seja havido por legítimo pelo seguinte matrimonio. Ora, se o matrimonio é que legitima, fica evidente, que, antes d'esse matrimonio, esse tal filho não pôde ter adquirido direitos, que só competem aos que são legítimos. Segue-se d'aqui, que o filho, legitimado subsequentemente, não pôde entrar em concorrência com os nascidos de matrimonio intermediario nas heranças, que nesse tempo fossem abertas em seu favor. Os direitos irrevogavelmente adquiridos por outros, não lhes podem ser extorquidos. Esta é a nossa doutrina; mas, como se appresenta *per consequentiam*, e pôde haver questão, por isso que não falta quem diga, que o matrimonio se retrotrahê ao tempo da concepção ou nascimento (a), parece-

(a) Esta opinião é adoptada na Ord. Liv. 2.º, tit. 35.º, § 12, nas palavras, *porque este filho legitimado é em todo perfeitamente legítimo, e haveria logar a dicta Lei* (meatal), *assim como se ao tempo do seu nascimento já o matrimonio fosse celebrado, com tanto que este filho fosse tal, que com direito podesse ser legitimado por seguinte matrimonio*. D'esta disposição se segue, que, no caso de concorrência de filho legítimo nascido de matrimonio intermedio com o filho legitimado sobre successão de vinculo, o legitimado pôde proferir ao legítimo anterior, o que é inteira-

nos, que não será fóra de proposito accrescentar ao art. 120.º, as palavras — *nascidos do mesmo matrimonio*.

Ao artigo 128.º *Investigação de paternidade. Deve dar-se mais latitude á prova de filiação, admitindo qualquer especie de prova ou conjecturas fortes, porque d'esta forma não serão privados os filhos dos direitos, que a natureza lhes deu: que a necessidade de evitar questões vergonhosas se evita havendo cautella de fechar as portas da casa da Audiencia na occasião da inquirição das testemunhas; havendo jury sem que se escrevam os depoimentos; mas que este jury deve ser livremente escolhido pelas partes.*

Como o nosso illustre Revisor parece não ter tomado em consideração todas as razões, que tivemos presentes, fazendo-se apenas cargo d'uma, que não tivemos em conta, por isso que o escandalo das Audiencias está prevenido na Lei do Processo, indicaremos rapidamente os motivos, que nos determinaram.

Todos sabem, que o facto da procreação é um mysterio insondavel, e que o facto da paternidade não é susceptivel

mente contrario á doutrina seguida pelo Doutor Rocha, Corrêa Telles, Dig. tom. 2.º, § 170, Guerreiro, Gomes, e muitos outros citados no Repertorio á Ord. Verbo legit. por matr. seguinte:— Doutrina combatida por muitos outros apontados no mesmo Repertorio, e por Fajardo *de leg. per subreg.* mem. 4. E não pôde haver dúvida, que seja aquella a doutrina da Ord., particularmente no caso de morgado, não só porque é applicada aos proprios bens da corôa, mas porque no mesmo § 12 se falla expressamente de morgados, e os sujeita á mesma regra. A nossa opinião com tudo, se nos cumprisse resolver esta dúvida *de jure constituendo* seria a contraria. Não nos demoramos com a exposição dos nossos motivos, porque é questão, que está fóra do nosso proposito.

de demonstração. A Sociedade, querendo lançar as bases do direito de família, viu-se obrigada a estabelecer uma presumpção *juris et jure* formulada no seguinte principio: *pater est quem justae nuptiae demonstrant*. Mas esta presumpção, assim mesmo, pôde ser destruída pela verdade resultante de circumstancias, que tornem impossivel o facto da procreação, ao menos segundo as condições, em que a Lei o reconhece. Mas esta theoria é dictada por um interesse maximo—o estabelecimento da Sociedade, se é que não seguimos as utopias communistas. Mas, sendo a filiação natural um facto subversivo dos principios, em que a Sociedade quiz fundar a família, similhante disposição não lhe podia ser applicada; e portanto era forçoso, ou abrir campo a uma demonstração, que nunca poderá aspirar ás honras de verdade, ou deixar ao amor paternal, á consciencia do homem, o reconhecimento da prole. Além, é a Lei, que reconhece a paternidade pelo homem; e aqui, o proprio homem. Qual d'estes systemas deviamos adoptar? Decidimo-nos pelo segundo, na intima convicção de que assim proviamos melhor aos interesses da justiça e da moral. Uma de duas: ou o pae reconhece, ou não, o filho natural. Se o reconhece, toda a disputa se torna ociosa: a Sociedade não tem que intermetter-se nos motivos, que o determinaram; e tem feito tudo, assegurando a verdade juridica do acto, e resalvando os direitos legitimos da família, que se não deve confundir com o fortuito contubernio. Mas se o pae entende em sua consciencia, que o filho lhe não pertence, que o não deve reconhecer, quem pôde forçal-o a isso, em materia, cuja verdade é imprescrutavel? A prova de testemunhas, as presumpções mais ou menos fortes? — Seria preciso, que não tivessesmos conhecimento algum do que se está diariamente

passando entre nós em similhantes questões para acceitar um tal expediente. Admittimos geralmente a prova de testemunhas em materias de facto sujeitos á inspecção dos sentidos, mas não em materia, em que só se podem dar presumpções, mais ou menos fortes em verdade, mas todas falliveis. Se o pae existe ainda, a opposição poderia luctar com alguma vantagem; mas se não existe, é então que os interesses e a tranquillidade das famílias são, pela maior parte, sacrificados a conluio, sobornos, e manejos os mais infames. E depois é uma ideia, que profundamente nos repugna, a do individuo, que se pretende impôr como filho a outro, que protesta, que realmente não é seu pae. Mas os direitos do filho, diz o nosso illustre Revisor, serão desattendidos? Mas qual filho? Quem o poderá asseverar? O jury, de que se lembra o nosso illustre Revisor, não resolve a difficuldade: será antes, em nosso entender, um perigo de mais, porque é livre no seu *verdictum*, e ou ha de regular-se pelo dicto das testemunhas, ou pela sua propria convicção. Em todo o caso teremos arbitrio, incerteza, e possibilidade de abuso.

Nós admittimos, comtudo, em alguns casos a investigação de paternidade; mas note-se, que em uns partimos do reconhecimento voluntario, e em outros d'um alto principio de moralidade: a presumpção de paternidade é sancionada como justa punição do pae, que, não querendo incorrer 'nesse perigo, deve attentar mais circumspectamente pelas suas acções.

Eis aqui, como se exprimia Duveyrier no tribunato, sustentando os principios do Direito Francez, que 'nesta parte adoptámos. — Tendo a natureza subtraído o mysterio da paternidade ao conhecimento do homem, ás suas faculda-

des moraes e physicas, e tanto ás percepções dos sentidos como ás investigações mais perspicases da sua razão; e sendo o casamento estabelecido para dar á sociedade, não a prova material, mas na falta d'esta prova, a presumpção legal da paternidade, é evidente, que, quando o casamento não existe, não ha nem signal material, nem legal. Nada ha, que possa fazer suppôr a mesma ficção convencional e social.

A paternidade fica o que era aos olhos da Lei, como aos olhos do homem, um mysterio impenetravel; e é ao mesmo tempo injusto e insensato querer, que o homem seja convencido á força d'um facto, cuja certeza não apparece, nem nas combinações da natureza, nem nas instituições sociaes.

Quçamos mais um distincto Jurisconsulto, que recentemente tractou *ex professo* a questão de—saber se a investigação de paternidade deve ser admittida ou banida das **Leis civis (a)**.

• Para estabelecer-se a paternidade d'um filho, nascido fóra do matrimonio, seria necessario provar dois factos muito distinctos—o commercio carnal entre a mãe e o pae putativo, e que o filho é effectivamente fructo das relações da mãe com esse individuo. A prova do primeiro facto é possível, na maior parte dos casos; mas a do ultimo não depende, quasi sempre, senão do testemunho da propria mãe; assim, quasi todas as Legislações, que admittem a investigação de paternidade, têm-se visto na necessidade de contentar-se com o juramento da mãe. A mãe é aqui *testis in propria causa*; e se ella consegue fazer reconhecer judicialmente o pae, exonera-se inteiramente, ou ao menos em

parte, da obrigação de alimentar o filho, e isto basta, independentemente d'outras causas, para tornar mui suspeito o seu testemunho, e fazel-o repellir: nem pôde ser confirmado por outras circumstancias.

Debaixo, pois, do ponto de vista do direito positivo, a investigação de paternidade não deve ser admittida.

Depois de estabelecermos d'este modo a questão do direito, não será difficil responder á questão de moral e equidade.

Confessamos plenamente, que, segundo a moral e a equidade, as obrigações dos paes para com os filhos naturaes são as mesmas que para com os filhos legitimos, e que os direitos dos primeiros para com seus paes são identicos aos dos filhos legitimos. — Disputar-lhes esta qualidade, que elles recebem da natureza, seria iniquo e immoral. Mas não se segue d'aqui, por modo algum, que seja contra a moral e contra a equidade, prohibir aos filhos naturaes o exercicio d'um direito, que elles jámais poderão provar legalmente. É pelo contrario perfeitamente conforme á moral, cuja regra suprema consiste em não lesar pessoa alguma, impedir que um individuo seja submettido a uma obrigação, cuja prova se não pôde subministrar.

Em seguida mostra o sabio Jurisconsulto com os factos estatísticos, que d'esta doutrina nem resulta augmento de filhos illegitimos, de infanticidios, ou de expostos, nem diminuição de reconhecimentos voluntarios; antes, pelo contrario, apparecem resultados favoraveis.

Temos exposto as nossas razões: a sabia Comissão resolverá, qual das doutrinas deve adoptar-se.

Ainda uma observação. Deve notar-se, que, adoptando o principio do Codigo Francez, que regeita a investigação de paternidade, fômos comtudo um pouco menos severos, pois

(a) V. Koenigs-Warter *Essai sur la legisl. des peuples anciens et modernes relative aux enfans nés hors de mariage*.

que o Código Francez, no art. 340.º, só admitte a excepção em caso de rapto.

Investigação de filiação. Entende o nosso illustre Revisor, que cumpriria fallar tambem no Código d'esta acção, que pôde ser util nos casos de alimentos e successões.

Segundo os nossos principios, se ao filho é prohibida a investigação de paternidade, é evidente, por maioria de razão, que não pôde ser permittida aos paes a investigação de filiação. Os paes podem reconhecer seus filhos naturaes, e a Lei prescreve o modo, por que o podem ou devem fazer. Estabelecer a investigação de filiação, ou seja por causa de alimentos, ou de successões, seria uma grande immoralidade, que nenhuma Lei deve sancionar. O pae, que recusa reconhecer seu filho e cumprir um dever, não deve ser ouvido, quando sómente apparece para reclamar um interesse, um direito, que só pôde provir d'aquelle dever. A Lei permite o reconhecimento no interesse do filho, não no interesse do pae: o seu facto culposo o torna indigno de favor, e é por isso, que algumas Legislações denegam ao pae o direito de succeder ao filho natural. É verdade, que o reconhecimento produz direitos em favor do pae e da mãe (alimentos e herança), mas secundaria e accidentalmente. Seria justo, diz Demolombe, e moral admittir á successão d'um filho um pae ou mãe desnaturados, que não reconheceram para com elle, em quanto precisou e viveu, o seu primeiro dever, e que só se apresentam agora com um reconhecimento tardio e suspeito para recolher seus bens? Que amor paternal é este, que se resume numa vergonhosa especulação? De mais, ninguém pôde, por facto proprio, privar terceiro do seu direito adquirido. Ora, a successão do filho, não reconhecido ainda no momento da sua morte

passa immediatamente aos seus herdeiros, que não podem ser espoliados por um reconhecimento posterior. Por outro lado, uma acção de investigação de filiação, não seria mais que uma acção de injuria e diffamação contra a mãe, sendo intentada pelo pae. E sendo intentada pela mãe, não ha injuria contra terceiro, mas ha denuncia da propria immoralidade, que não é menos repugante. Eliminado, pois, este direito, é claro que mal poderá competir aos seus herdeiros.

Os filhos espurios devem ser igualmente admittidos á investigação de paternidade para obterem os devidos alimentos.

Não podemos, de modo algum, convir em semelhante doutrina. Seria necessario junctar ao facto já criminoso do pae, o facto escandaloso do filho, que teria de vir a juizo assoalhar o crime de seus paes, cubril-os de vergonha, e perturbar o socego das familias. E, depois, a investigação de maternidade ainda poderia ter fundamento plausivel; mas a da paternidade? Recordem-se as razões, que acabamos de expender. Assim mesmo não admittimos a investigação de maternidade, em taes casos, por altas considerações de moralidade e ordem publica. De resto, confiamos muito no amor paternal e maternal, para não reccar pela sorte d'estes desgraçados filhos, em quanto aos alimentos, que a Lei lhes destina. Fizemos excepção no art. 136.º, porque então o escandalo, o mal, está feito, e não procederiam os motivos indicados.

A regra que permite a investigação de maternidade, diz ainda Duveyrier, terá uma excepção determinada por um dever mais sagrado, e mais util que a mesma regra—a conservação da honestidade pública e dos bons costumes tão necessaria á manutenção das boas Leis. A investigação de

maternidade não será permittida, quando marchar sobre os vestígios d'um adulterio, ou d'um incesto, todas as vezes que, para demonstral-a, fôr preciso tornar públicos e certos esses attentados escandalosos, cuja mysteriosa possibilidade e impunidade corrompe e altera os costumes públicos.

A manifestação d'uma desordem occulta, não é jámais, no interesse social, compensada pela reparação d'um prejuizo individual.

Ao artigo 168.º *Sómente deve ter logar o patrio poder sobre os filhos legítimos.*

Entende o nosso respeitavel Revisor, que deve conservar-se o direito estabelecido, que não estende o patrio poder aos filhos illegítimos.

Primeiramente observaremos, que não pôde dizer-se assim absolutamente, que este seja o nosso Direito, em vista da Ordenação Liv. 4.º, tit. 92, pr., e tit. 102, § 2. Pelo menos é preciso distinguir entre filhos de peões e cavalleiros; reconhecendo que, em relação aos peões, a nossa Lei admite o patrio poder sobre illegítimos. Sabemos, que muitos dos nossos mais distinctos Jurisconsultos seguem a opinião contraria, e 'nesse numero avultam os nomes de Valasco, Mello Freire, Lobão, Corrêa Telles, e Rocha; mas outros estão em sentido contrario, como Manuel Barbosa, Caldas Pereira, Pinello (ou Pinhel), que julgam a opinião opposta menos bem fundada.

Esta divergencia procede sem dúvida do peso, que tem feito, nos sequazes da primeira opinião, a auctoridade do Direito Romano, esquecendo que, se em alguma parte d'esse Direito se deve proceder com reserva, é 'nesta sem dúvida pela razão dada pelo proprio Justiniano — *Jus potestatis quod in liberos habemus proprium est civium Romanorum;*

nulli enim sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus:— mórmente quando a nossa Lei (no que toca aos peões), por uma excepção sem exemplo nas Legislações modernas, egualou os filhos illegítimos dos peões aos legítimos no ponto da maior importancia, o da successão (a).

Mas, deixando de parte estas questões de *jure constituto*, vejamos o que convém *in jure constituendo*.

O nosso principio é, que o poder paternal nasce com o facto da procreação; e a regra é, que a Lei Civil não pôde destruir, mas sómente regular este Direito.

Uma vez pois, que a Lei admite este facto como provado, ou seja pelas justas nupcias, ou pelo reconhecimento, não pôde recusar-lhe as consequencias. O mais que pôde fazer, é distinguir convenientemente as duas filiações no interesse da ordem pública. Assim, a manutenção da moral e da boa ordem social exigem, que se distingam em ponto grande, como diz o nosso illustre Revisor, as uniões de matrimonio das que o não são.

Mas poderá esta distincção chegar a ponto de recusar ao perfilhante natural o poder paternal? Eis o que não podemos comprehender. O paç natural é necessariamente obri-

(a) Caldas Pereira, *de nuntiis*. 4.º 13, n.º 34, diz que a razão d'esta Lei foi a necessidade de castigar a incontinencia dos plebeus, muito maior que a dos nobres. Valasco, pelo contrario, considera como immoral similhante disposição e propria para favorecer a incontinencia, e faz votos pela sua abolição, Cons. 94, n.º 10, *et ita* (diz elle) *in nova legum regiarum compilatione futurum spero*. Já era tempo de cumprir-se este voto illustrado. Vej. sobre a origem d'este Direito o nosso Livro *Philosophia de Direito de Propriedade*, pag. 318 e seguintes.

gado, em quanto á pessoa do filho, a prover á sua educação, que comprehende o ensino, a guarda e correção: e como poderá isto ser, negando-se-lhe o patrio poder? Em quanto aos bens do filho, é necessario que provejam á sua administração, nem ha motivo algum para que sejam exemplos d'esta obrigação. E como, repetimos, poderá isto effectuar-se, negando-se-lhe o patrio poder?

O nosso respeitavel Revisor imagina, que a extensão, que damos ao patrio poder, vae egualar os effectos juridicos das uniões provenientes de matrimonio ao das uniões illegitimas, e promover a immoralidade, dando causa talvez a que diminuam e se desconsiderem os matrimonios.

Em quanto á primeira razão podemos tranquilisar o nosso illustre Revisor: não se dá similhante egualação. Os filhos perfilhados ficam sempre em diversa cathegoria, e quasi estranhos á familia; e puzémos todo o cuidado em marcar os pontos differencias na parte, em que se não devesse invocar o principio geral do poder paternal; entendendo por poder paternal o complexo de direitos e obrigações entre paes e filhos. É facil de notar todos esses pontos de differença, percorrendo as disposições do Codigo.

Por último, omitindo o mais que poderíamos accrescentar, diremos ao nosso illustre Revisor, que, tendo sido admittido, no Codigo Francez, o mesmo principio, nenhuma difficuldade se tem encontrado na prática, apesar de muito menos desenvolvido que o nosso 'nesta parte.

Em quanto á legitima dos perfilhados, fallaremos no lugar em que o nosso illustre Revisor se propõe tornar a tocar 'nesta materia.

Alimentos ad litem. *Nota-se, que nada digamos a este respeito, e que é preciso preencher esta lacuna, porque a*

falta de alimentos para a demanda, fará com que se não intente.

Respondemos, que, muito de caso pensado, não fallámos 'neste objecto, pelas seguintes razões:

Os alimentos, ou são devidos por virtude da presumpção *juris et jure* estabelecida na Lei, ou por effecto do reconhecimento voluntario ou judicial. São devidos pela presumpção legal nos casos de contestação de legitimidade do filho. Mas no caso de reconhecimento, ou seja voluntario ou judicial, a obrigação não existe senão depois do facto do reconhecimento ou da sentença.

Parece, que o nosso-illustre Revisor entende, que o que pretende intentar acção de reconhecimento deve obter, na fôrma da antiga Lei, alimentos provisionaes, seja qual fôr o exito da acção. Isto não pôde ser, porque ninguem deve ser condemnado a satisfazer obrigações ou não provadas, ou que não tenham em seu favor a presumpção *juris et jure*.

E tanto isto se reconhecia na antiga Legislação, que, 'neste ultimo caso era sempre necessario um processo, uma prova em separado da questão principal. Os nossos DD. seguiam, que para se decretarem, 'neste caso, alimentos, bastava uma prova qualquer, uma apparencia de direito, uma certa probabilidade (V. Rocha, § 332; Lobão, Obrig. recip. §§ 233, 236).

Esta doutrina só pôde desculpar-se em razão da differença dos meios judiciais; porque, na acção de reconhecimento, se procedia ordinariamente, e, na acção de alimentos provisionaes, d'um modo summario. Ora, eliminada esta differença, e adoptado o meio summario nas acções de reconhecimento, claro fica, que aquelle meio se torna inadmissivel (Vej. o nosso art. 185.º).

Ao artigo 282.º *Emancipação e seus efeitos.*

O nosso illustre Revisor entende, que a emancipação não deve produzir os efeitos da maioridade, como propomos: sendo por casamento, concessão dos paes, ou decisão do Conselho de familia, porque estas formas de emancipação não offerecem as garantias de capacidade e juizo, que offerecem as outras.

Permitta-nos o nosso illustre Revisor, que lhe digamos, que não somos d'essa opinião; antes nos parece, que as garantias são maiores 'nestes casos.

Casamento. O filho não pôde emancipar-se por este modo sem que os paes, ou seus representantes, consintam no casamento. D'outra forma, o menor casado continuaria a ser considerado como menor, em quanto á administração de seus bens, até chegar á maioridade (Veja o art. 283.º). Não ha, por consequencia, inconveniente algum a reccar. Se o filho não está no caso de ser emancipado, tambem não está no caso de ser casado. Bem sabemos, que certos interesses particulares são muitas vezes empenhados em casamentos prematuros; mas os abusos, que são ordinarios em taes casos, nos obrigam a não fazer excepção alguma. O interesse geral está em primeiro lugar.

Emancipação por concessão. Aqui, o perigo é ainda menor; porque, sendo a concessão inteiramente livre e dependente do arbitrio dos paes ou do Conselho de familia, é certo, que os paes ou o Conselho a não concederão, se o menor se não achar em estado de reger seus bens e pessoa.

Accrescentaremos agora, que a restricção imposta na antiga emancipação — a saber, a prohibição de obrigar e alienar bens de raiz, ou arrendar por mais de trez annos, e de passar recibo geral ao tutor (segundo a Reforma Ju-

diciaria, art. 45.º e 459.º), em quanto o emancipado não chegar á maioridade, não offerece, na realidade, garantia alguma, uma vez que o emancipado tem em tudo o mais a livre e cumprida administração de seus bens (como diz a Ord. Liv. 3.º, tit. 42).

Esta distincção, relativa sómente á propriedade immobiliaria, é mesmo incompativel com a immensa importancia, que nos tempos modernos têm adquirido os capitães mobiliarios. Aqui não vemos meio termo: ou a emancipação ha de ser completa, ou não deve ter lugar. Esta meia emancipação é um absurdo juridico, e um erro economico (a).

(a) A Ord., Liv. 1.º, tit. 88, § 28, e Liv. 3.º, tit. 42, § 2, não comprehende a excepção do arrendamento e contas, que foi accrescentada na Ref. Segundo a Ord., o arrendamento de dez annos é o unico, que podia ser comprehendido, por isso que importava transferencia do dominio: (Ord. Liv. 3.º, tit. 47, Liv. 4.º, tit. 48); mas estas Ordenações foram derogados pelo Alvará de 3 de Novembro de 1757, e não sabemos como se possa justificar semelhante excepção. É verdade, que no Direito Francez os arrendamentos são exceptuados, mas sendo de nove annos para cima (Art. 481.º), pela razão, que estes arrendamentos importam, pelo seu longo praso, uma especie de alienação. Mas reduzidos a trez annos, não vemos razão, mormente quando, por via de regra, as terras não podem ser arrendadas com proveito por menos d'esse praso. Parece, que os Redactores da Reforma confundiram este caso com o dos artigos 1499.º, 1430.º, 1718.º, do Cod. Fr., que prohibe, que os arrendamentos se renovem anticipadamente nos predios ruraes por mais de trez annos, e nos urbanos por mais de dois.

Agora, em quanto á sancção, que a Ref. Jud. no art. 460.º, dá ás suas disposições, sómente pôde servir para tornar ainda mais inuteis as excepções propostas: annullam-se os actos, mas o emancipado é reduzido de novo á tutela; ora isto é certamente inhibir o menor de intentar reclamações.

Em quanto á declaração, que o nosso illustre Revisor lembra, a saber — se os empregos menores, v. g. de officiaes de secretaria, e similhantes, são comprehendidos, achamol-a muito conveniente, em vista do pouco caso, que se faz da idade no provimento de taes empregos (a); e parece-nos, que tudo ficará remediado, adoptando-se com pouca differença o principio da Ref. Jud. art. 453.º (b). Póde pois accrescentar-se ao n.º 5.º do art. 281.º as palavras — *tendo vinte annos de idade*; o que não impede, que a emancipação possa ter antes logar por outro modo.

Aos artigos 362.º, 363.º, 367.º *Deverão os direitos civis, de que o réu é privado, ser declarados na sentença, ou bastará a disposição da Lei?*

Diz o nosso illustre Revisor, que distinguimos os direitos, que se perdem na pena de morte e prisão perpetua, e deixamos no arbitrio do Juiz a declaração dos que devem seguir a pena de degredo; e quer, que a regra seja geral, deixando-se á declaração da sentença e arbitrio do Juiz os direitos, de que os réus devem ser privados em vista do crime e suas circumstancias; mas que é preciso, que se defina bem especificamente quaes são os direitos civis, não só para que o Juiz possa fazer com segurança a applicação da Lei, como por causa da questão — se a privação dos direitos civis envolve a privação dos direitos naturaes.

(a) A Ord. exigia 25 annos para os empregos de Justiça e Fazenda. Vid. Ord. Liv. 1.º, tit. 93 e 94, Pheb. decis 92, Valas. alleg. 8 a n.º 7 e 33. Port. p. 2.ª, cap. 19, n.º 60, 61, cap. 12, n.º 32.

(b) V. Dec. n.º 25, 18 de maio de 1832, art. 62.º a 68.º, Ord. Liv. 1.º, tit. 3.º, § 7, tit. 88, Liv. 4.º, tit. 6, § 27 e 28, Liv. 3.º, tit. 9, § 3, tit. 42 pr., e § 1, Liv. 4.º, tit. 87, § 7, Pereira e Sousa, n.º 1006.

Começaremos por observar, que o nosso illustre Revisor labora 'num falso presuppuesto, entendendo que deixamos ao arbitrio do Juiz declarar os direitos, de que deve ser privado o condemnado a degredo perpetuo. Não foi, nem podia ser, essa a nossa mente; e pareceu-nos que nos explicavamos sufficientemente, dizendo — os condemnados a degredo perpetuo sómente perderão os direitos civis, de que forem especificadamente privados na sentença condemnatoria, *em conformidade com a Lei*. O Juiz não póde privar de direito algum civil o condemnado a degredo perpetuo, se essa privação não é comminada pela Lei Penal. Entendemos, que podiamos deixar a essa Lei as declarações necessarias; porém, reflectindo melhor, e attendendo á deficiencia da Lei actual, julgamos indispensavel addicionar ao artigo 367.º o seguinte:

Artigo 367.º (bis).

O degredo perpetuo importa a perda da auctoridade marital, se o crime fôr commettido contra a mulher, e a perda do poder paternal, se o crime fôr commettido contra seus filhos menores.

O artigo 368.º deve reformar-se da maneira seguinte:

Se o crime não fôr commettido contra a mulher, e esta se não achar comprehendida na mesma condemnação, poderá requerer separação de bens e pessoa.

O artigo 369.º ficará da maneira seguinte:

Não sendo o crime commettido contra os filhos menores, sómente poderá o condemnado ser privado do poder paternal por decisão do jury, a requerimento do Ministerio Público.

Ao artigo 372.º accrescente-se:

§ 1.º A condemnação a pena temporaria por crime commettido contra a mulher do condemnado, ou contra seus filhos menores, importa a suspensão do poder marital ou paternal pelo tempo que durar a pena imposta.

§ 2.º Se o crime não fôr commettido contra a propria mulher ou contra seus filhos menores, a suspensão do poder marital sómente poderá ter logar, no primeiro caso a requerimento da mulher, e no segundo a requerimento do Ministerio Público.

D'esta fôrma ao Juiz sómente competirá applicar a Lei, segundo os casos occurrentes, mas nunca impôr a seu talento, em tal ou tal crime, a privação d'este ou d'aquelle direito (a). É preciso não perder de vista o principio de Barcon — *optima Lex, quae minimum arbitrium judici relinquit*.

Em quanto ao principio consignado em algumas das nossas Leis, a saber — que não basta, que a Lei imponha a pena, mas é precisa sentença declaratoria, porque aliás teriamos penas *ipso jure*, — respondemos, que este principio não tem applicação, quando a Lei liga a certa pena a privação de certos direitos, por isso que á applicação da pena importa a applicação da privação do direito, que constitue parte da mesma pena. Mas ainda aqui o principio é verdadeiro, porque a pena principal não póde ter logar sem declaração judicial (b).

(a) Este principio em materia penal é de Jurisprudencia universal, e se acha consignado em a nossa Ord. Liv. 5.º, tit. 137. V. Cabed. dec. 172.

(b) Póde vêr-se um exemplo no Cod. Pen. fr. art. 334.º O nosso Código Penal declara no art. 67.º, que os effeitos das penas tem

Aos artigos 563.º e 576.º *Entende o nosso illustre Revisor, que nos termos, em que definimos a posse limitada á retenção ou fruição da coisa ou direito, egual a direitos e acções todos os possuidores, e estabelecemos uma doutrina inadmissivel — Que excluimos da nossa definição a clausula animo sibi habendi, que quasi todos os escriptores accrescentam em ordem a distinguir a posse natural e civil, justa e injusta, que não podem ser equiparadas nem em direitos, nem em acções. — Que as regras que damos para a collisão das posses (art. 579.º) não tiram os inconvenientes notados, porque não evitam que se intentem acções. — Que a posse que tem o colono, o depositario, commodatario, o crédor pignoratício, que em todos os casos possuem em nome alheio, não é egual em direitos á d'aquelle, que possui em seu proprio nome.*

Esta materia é uma das mais embrulhadas do Direito Civil, não porque ella o seja em si mesma, mas pelas diferentes definições, que se têm dado de posse, e pelas ficções e distincções, que se têm imaginado.

Propozemo-nos 'neste titulo tractar dos direitos, que se adquirem por mera posse e prescripção, e por consequencia não é a posse, como signal e effeito da propriedade, que deviamos ter em vista, e tomar como ponto de partida. 'Nesse caso, a posse não seria a que produzisse o direito, seria antes a consequencia d'um direito anterior.

Era, pois, indispensavel tomar a posse no seu primeiro

logar em virtude da Lei, independentemente de declaração alguma na sentença condemnatoria. Veja-se Carnot, Comm. do Cod. Pen. ao art. 335.º n.º 3. Demolombe tom. 1.º n.º 190, 191. Duranton tom. 3.º, n.º 384. Valet Sur Prudhon tom. 2.º, p. 351, not. a.

e característico elemento — o facto visível da detenção ou fruição.

Mas, porque assim considerámos a posse na sua maior generalidade, não se segue que essa mesma posse devesse produzir, em todos os casos, os mesmos direitos e acções. Esses direitos variam, pelo contrario, segundo sua diversa qualidade e circumstancias.

Analysemos. Distinguimos: 1.º (art. 570.º) a posse em nome proprio, e a posse em nome de outrem. Em seguida, marcámos differentes direitos, segundo as diversas qualidades de posse. E os direitos, que são consequencia da posse, só competem ao verdadeiro possuidor. O que a exerce em nome de outro, é um verdadeiro mandatario ou delegado, **que só pôde exercer os direitos, que o mandato ou a Lei lhe conferir. Mas quando dizemos — o possuidor, entende-se sempre em proprio nome (art. 575.º). O que cumpria pois, era marcar nos casos, em que se possui em nome de outro, que direitos competem ao mandatario ou delegado.**

Sempronio apodéra-se de certo objecto. Qual foi o animo, com que o fez? Ninguém o pôde advinhar; e só pôde revelar-se pelos factos consequentes. O animo é um facto psychologico, que se não pôde conhecer *a priori*. Só vemos a simples detenção. Esta detenção, se versa sobre cousas, que não estão no patrimonio de alguém, diz-se *occupação*, e este assumpto foi já tractado em outro lugar; mas, se versa sobre cousas, que têm sido já preoccupadas, ou estão em patrimonio particular, diz-se propriamente *posse*.

Supponhamos, que Sempronio, que está de posse d'esta coisa, é perturbado 'nella por outrem: *quid juris?* 'Nesse caso, é preciso que a Lei regule a questão, e para isso cumpre examinar o direito possessorio de cada um, e de-

cidir em favor de quem tiver melhor posse (pois não tratamos aqui da questão do dominio). Se o perturbante tinha anteriormente posse, e foi d'ella esbulhado, é preciso saber, se a nova posse tem ou não durado um anno. No caso affirmativo, o novo possuidor não pôde ser obrigado a restituir, sem ser convencido ordinariamente do melhor direito do esbulhado.

Se a posse nova não tem durado um anno, prevalece a posse anterior, sendo melhor, e pôde o novo possuidor ser obrigado summariamente á restituição.

Mas se a nova posse tiver sido adquirida violentamente, será o esbulhado desde logo restituído (art. 580.º). O facto da violencia importa tal perturbação na ordem social, que deve ser immediatamente reprimido, e até com desforço pessoal, na fórma do art. 578.º

Já se vê pois, que o simples facto da posse reveste diverso character juridico, segundo as circumstancias de que se acha acompanhado, e que não podem de modo algum comprehender-se no primeiro facto, nem a definição poderia abranger todas as suas diversas phases: 1.º a occupação; 2.º a manutenção antes de anno contra peor posse; 3.º manutenção depois de anno contra qualquer outra posse; 4.º appropriação de fructos percebidos em boa fé; 5.º prescrição, havendo titulo e boa fé. Mas estes dois ultimos effeitos nada têm que ver com a questão da posse em si mesma.

Agora, em quanto aos que possuem em nome de outro, é bem claro, que não tem posse alguma, e só em nome de outro poderão exercer os direitos, que emanam da posse.

Mas, dir-se-ha, o depositario, o commodatario, o colono, poderão usar em seu nome dos meios possessorios? É evi-

dente, que não, porque não possuem em proprio nome. Porém, era necessario, que a Lei proveesse aos prejuizos, que a demora da acção poderia occasionar ao verdadeiro possuidor, e é isso o que se acha acatellado nos respectivos titulos.

É comtudo preciso não perder de vista uma distincção indispensavel. O colono, o arrendatario, não têm sem dúvida a posse da cousa em si mesma; mas têm certamente a posse do direito, que adquire pelo seu arrendamento, e é fóra de dúvida, que possui em seu nome o usufructo; e por consequencia pôde, nesta parte, usar dos meios possessorios, tanto contra terceiros, como contra aquelles, de quem houve o seu direito.

Agora perguntaremos: para que são precisas na definição as palavras *animo sibi habendi*? Esse *animo* apparecerá, quando seja preciso, nos factos; aliás é indifferente, e só pôde servir para dar logar a disputas.

Em quanto ao dizer o nosso illustre Revisor, que estas palavras são precisas em ordem a distinguir a posse *natural* da *civil*, a *justa* da *injusta*, diremos, que a distincção de posse natural e civil é inutil, e até certo ponto inexacta (Vej. Troplong, Prescrip. n.º 239). A distincção de *justa* e *injusta*, entendendo por *justa* a que se funda em *justo titulo*, entra em uma das phases da posse (nas questões de menos de anno e prescripção), e é tomada em consideração nos casos competentes; mas nas acções possessorias em geral é de pouca importancia (Roland, verb. *posses*. n.º 95) (a).

(a) Estas distincções de posse vêm do Direito Romano. Os interpretes acrescentam ainda outras, como: posse real, e ficta, etc.

Em quanto ao dizer o nosso illustre Revisor, que as regras, que estabelecemos, não são sufficientes, parece-nos pelo contrario, que preenchem o seu fim; pelo menos não attingimos, em que possa consistir a deficiencia.

Ao artigo 581.º, § unico. *O nosso illustre Revisor entende, que a disposição d'este § se refere á força velha, em que o processo era ordinario.*

Certamente foi esse o nosso pensamento; nem sabemos que, em vista do texto, se possa entender outra cousa. Neste ultimo caso, diz o §: e que ultimo caso é este, senão o que se comprehende nas ultimas palavras do artigo precedente? Em quanto não fôr convencido ordinariamente; ou seja na questão de propriedade ou de posse; por isso que a posse tem durado mais de anno, e o meio é summario no caso inverso (art. 179.º).

Receia tambem o nosso illustre Revisor, que entre em dúvida, se, depois de discutida a questão do dominio em acção possessoria, se pôde ainda depois tornar a discutir a mesma questão de dominio em acção sobre a propriedade. Esta dúvida está resolvida nos artt. 2874.º e 2875.º O dominio comprehende a posse. Parece tambem ao nosso illustre Revisor, que é preciso resolver, se a acção possessoria de força velha pôde ser intentada contra terceiro, pois que o art. 594.º só falla de acção de espolio, e pensa que sim.

Sômos de opinião contraria, como se vê do artigo. A turbacção é um facto pessoal, que não pôde ser transmittido; e esse terceiro, de quem se falla, ou continúa ou não a turbacção. Se não continúa, não pôde haver questão; se continúa, colloca-se no primeiro caso. Contra os herdeiros do perturbador, se estes não repetem a turbacção, só pôde

dar-se acção de reparação de damno. Lobão toca esta especie, ainda que pouco explicitamente (*Interdic.* § 276).

Ao artigo 586.º, § unico. *Observa o nosso illustre Revisor, que, segundo a jurisprudencia actual, a boa fé sómente cessa, e começa a má fé desde a contestação da lide verdadeira, e não ficta; verificando-se a verdadeira só na treplica, e a ficta no offerecimento do libello na fórma da Ord. Liv. 3.º, tit. 20, § 5; e entende que com razão, porque pela simples proposição da acção ou litis contestação ficta, não pôde o réu fazer idéa exacta de todo o alcance da pretensão do auctor: que esta doutrina nos vem dos Romanos (Liv. 22, Cod. de reivindic.), e deve ser conservada, excepto quando a excepção, que demorar a causa, fór desatendida, ou o réu pedir tempo para juncar documentos, que não sejam a final attendidos; pois então deve vigorar a doutrina do Projecto.*

Não podemos concordar.

É certo, que nos separamos da jurisprudencia seguida entre nós; mas não é menos certo (pelo menos em nossa opinião), que nos cingimos mais ao Direito Romano, e vamos com a nossa propria Lei citada, que se tem desfigurado e deturpado d'um modo quasi incrível.

Em quanto ao Direito Romano a mora e má fé começava com a litis contestação; mas é preciso advertir, que a litis-contestação romana não era a mesma, que a moderna, depois que se introduziu o processo ou formulario escripto. A lide reputava-se contestada no momento, em que o auctor expunha a sua intenção e o réu respondia sobre o objecto da demanda (*Makeldey, part. geral, § 212*). Mas como tudo isto se passava verbalmente, a contestação, e a proposição da acção eram um acto indivisivel. Depois que

se admittiram os articulados escriptos, e não podendo fazer-se isto simultaneamente, e só com uma certa dilação (a), por uma errada intelligencia de palavras se deu á resposta do réu, o que pertencia indivisivelmente tambem á proposição do auctor, e demoraram-se mais os effectos da litis-contestação, que effectivamente tinham logar na proposição da acção. Não se pôde pois argumentar com o Direito Romano para combater a nossa doutrina (Vej. Savigny, tom. 6.º, cap. 4, §§ 257, 259).

Mas, deixando de parte o Direito Romano, que na verdade pôde dar presa a differentes opiniões e interminaveis disputas, vejamos, se effectivamente a nossa jurisprudencia está ou não em harmonia com a nossa Lei.

A Ord. Aff. Liv. 3.º, tit. 57, faz consistir a contestação na resposta do réu. — *Depois que o Juiz do preito houver julgado, que o libello procede, deve mandar ao réu, que conteste.* Em seguida declara os termos, em que esta contestação deve ser feita, e o praso em que deve ser apresentada; e que não vindo o réu 'nesse praso com a sua contestação, haja o Juiz a lide por contestada (§ 3). O réu podia fazer opposição á contestação, e para isso se lhe marcava igualmente um termo. No § 6 se ordena que, feita a contestação, mandará o Juiz ao auctor, que venha logo ao outro dia com os artigos do libello, d'onde se collige, em vista do disposto, que de principio a primeira apresentação do libello servia apenas para dar conhecimento do objecto da questão, e determinar a contestação da lide. Isto mesmo se repete no tit. 58, pr.

(a) Vinte dias depois da citação, segundo a disposição de Justiniano, Novella 153, cap. 3.º, Nov. 82, cap. 10.º auth. offeratur Cod. 3, 9.

A Ord. Manuel. Liv. 3.º, tit. 39 conserva esta doutrina, omitindo somente as distincções da Aflossina sobre a fórma da contestação, que reduz a negar ou confessar directamente.

A Ord. Philip. Liv. 3.º, tit. 51 e tit. 20, § 5, fez uma grande reforma. Distinguiu a contestação da contrariedade, e determinou, que a lide se houvesse por contestada pela apresentação do libello, sendo este de receber. Os termos, por que se expressa, não deixam dúvida alguma — *Tanto que o julgador receber libello do auctor, em quanto com direito fór de receber, contestará a demanda por negação.* E depois accrescenta — *que sendo a parte presente, por si ou por seu procurador, a poderá contestar, negando ou confessando directamente a acção.* E nada mais accrescenta sobre embargos á contestação da lide, porque na realidade elles se tornavam inuteis, depois da regra estabelecida. A lide é contestada pela apresentação do libello. No Direito antigo podiam ter logar, porque a lide effectivamente, salvo no caso de revellia, somente se contestava pela resposta da parte.

Esta doutrina, na realidade admiravel, e tanto mais, que fazia innovação no modo por que geralmente o Direito Romano era entendido, não pôde ser comprehendida pelos nossos DD. (a); e aquelles, que a comprehenderam, não puderam resolver-se a cumpril-a, e traetaram de a subverter com distincções e interpretações cerebrinas. Phebo, parte 1.ª, art. 84.º, diz o seguinte — *Ácerca da Ord, Liv. 3.º, tit. 51, se duvidou por muitas vezes, quando se cha-*

(a) Esta doutrina apparece pela primeira vez na Estravagante de 3 de julho de 1526 sobre a nova ordem do juizo.

mará a lide contestada; determinou-se, que, conforme a mais recebida opinião, era depois de se contrariar; e accrescenta — ubi plenissime actum fuit de jure.

Barbosa cita este aresto, e põe a questão, se a contestação feita pelo Juiz (que chama ficta) basta para a condemnação dos fructos, e produzir os effectos da verdadeira; e responde — que esta contestação é ficta, e foi julgado pelo Tribunal da Supplicação, que só serve para *solemnidade do juizo.*

Mendes a Castro, Liv. 3.º, cap. 6, segue a mesma doutrina, apoiando-se na decisão, a que se refere Barbosa; mas admite certos casos, em que a contestação, chamada ficta, deve ter os effectos da verdadeira.

Vai geralmente por este caminho a torrente dos nossos escriptores antigos e modernos, e apenas um ou outro pretende, por via de excepções sem fundamento na Lei escripta, prover d'algum modo aos inconvenientes, que aquella Ord. se propôz evitar. D'esta ordem são as excepções de Mendes a Castro, e Moraes (Exec. Liv. 6.º, cap. 1, n.º 5), e a doutrina estabelecida pelo Doutor Paschoal José de Mello no Liv. 4.º, tit. 11, § 5, a saber — que a lide se contesta por qualquer especie de contradicção, e mesmo pelas excepções peremptorias ou dilatorias; doutrina, que é combatida por Lobão.

Dos escriptores de que temos noticia somente dois entraram no pensamento da Lei, Arouca e Peniz. Diz o primeiro (á Lei 10.ª Dig. de his qui sunt), *numquam mihi placere potuit resolutio illa, qua utitur nostra praxis ad terminos Ord. Liv. 3.º, tit. 20, § 5, ut contestatio illa, quae per judicem fit in initio litis motae non proficiat ad condemnationem fructuum ex eo tempore, ut tradunt, Feb.,*

Gom., Reyn., Mend., quia huic resolutioni video obstare fortiter verba textus in d. Liv. 25. Dig. de petit. haeredit., cum adductis a Salgado, decis. 53, n.º 1, 11, 12, e decis. 12, n.º 1; ex quorum praxi alios vidimus, quod sub ea fiducia non praestandi ejus medio temporis fructus a libello usque ad contrarietatem longe et longissime per iniqua possidentes, fiunt lites quae forte, sublata illa praxi, brevius finem et sententiam accepissent. E o segundo, estabelecendo nos seus Elementos de Práctica (§ 189), que a contestação, chamada ficta, produz os efeitos da verdadeira. É preciso comtudo notar, que Arouca não entrou na verdadeira theoria da Ordenação.

Os que denegam á contestação, chamada ficta, os efeitos da verdadeira, fundam-se principalmente no seguinte argumento — que, seguindo-se esta opinião, não ficará logar para as excepções, que embargam a contestação, e são admittidas pela Ord. Liv. 3.º, tit. 20, § 15 (Vej. 'neste sentido Veris. introd. ao novo Cod. pag. 123, e Reyn. Ob-serv. 63. n.º 15).

Mas este argumento é fundado na confusão dos termos — contestação e contrariedade — que 'neste easo da Ord. têm um sentido muito diverso. A contestação serve para marcar a data dos efeitos da lide, e a contrariedade para fazer conhecer a materia, que o réu adopta para sua defesa. Ora, nada obsta que o réu offereça antes da contrariedade as excepções peremptorias ou dilatorias, que bem lhe parecer; o que não póde é embargar a contestação, em quanto aos seus efeitos. D'esta fórma consegue-se um grande resultado, que é, tornar inuteis os subterfugios de que os réus podiam lançar mão para demorar o começo da responsabilidade, que era consequencia da contestação, por

isso que as custas do retardamento, a que no antigo systema ficavam sujeitos, não eram meio sufficientemente forte para cortar chicanas, porque os rendimentos e fructos podiam ser muito superiores.

Assim, segundo a nossa Ord. Liv. 3.º, tit. 51, pr., que é o assento proprio d'esta materia, a demanda devia ficar sempre contestada, ou fosse pela declaração do Juiz, ou fosse pela declaração da parte, negando ou confessando directamente a acção. E accrescenta a mesma Ord., que estes modos de contestar a lide bastavam, e que por qualquer d'elles, que se fizesse, seria a lide havida por contestada. Não é possivel ser mais claro.

Esta providencia era de absoluta necessidade na antiga Legislação, que admittia um grande numero de excepções peremptorias e dilatorias, que podiam espaçar indefinidamente a contestação da lide.

A nossa Reforma Judiciaria (no art. 316.º), ordenando, que as excepções dilatorias e peremptorias fossem offerecidas junctamente com a contrariedade, encaminhou-se evidentemente a conseguir o mesmo resultado; mas, como fez excepção nos casos de incompetencia e suspeição, não remediou completamente o mal, e por isso se torna ainda necessaria alguma declaração sobre os efeitos da contestação.

Quer o nosso illustre Revisor, que a lide se não haja por contestada, senão depois que a causa se ache completamente desenvolvida pela apresentação da treplica.

Não nos parece, que deva aceitar-se tal doutrina, posto que abonada por graves auctoridades (Vej. Elem. de Proc. do Doutor Nasareth. § 390 e seguintes, Per. e S. § 179. e not. 380).

Que se pretende com estes efeitos assignados á litiscon-

testação? Arredar (responde Savigny) o mal inseparavel da duração dos processos, por via de disposições reparadoras (tom. 6.º, cap. 4.º, § 256): e nós accrescentaremos — o satisfazer um principio de justiça, dando a cada um o que lhe pertence. Ora, não sendo a sentença mais que o reconhecimento ou declaração d'um direito preexistente, rigorosamente fallando, os fructos deveriam ser restituídos, não desde o momento da proposição da acção, mas desde a formação da obrigação ou desde a indevida occupação. Entretanto, a Lei quiz ser indulgente, e accetamos o seu espirito, firmando esta obrigação no momento, em que o réu é instruído do direito de 3.º, e não com mais antecipação, porque é possível, que o devedor ignorasse a obrigação em que estava, ou os vícios da sua posse — regra, que fica todavia sem applicação, se o crédor poder provar, que antes mesmo da proposição da acção (ou contestação da lide), o devedor se achava em má fé.

Póde dizer-se, que ainda depois da proposição da acção, ou da contestação da lide, o devedor póde estar em boa fé, póde erêr, que não deve, ou que a coisa lhe pertence. Sem dúvida assim é, e mesmo póde persistir 'nesta persuasão depois da sentença; e talvez com razão, porque a justiça humana é fallivel. Mas as consequencias da admissão d'este principio não nos levariam sómente a demorar os effeitos da contestação: seria necessario proserevel-os, e recorrer ao principio da boa e má fé, e deixar em todo o easo ao arbitrio dos Juizes a condemnação dos fructos anteriores á sentença (a). Ora, eis aqui o que não podemos admitir: este

(a) A nossa Ord. Liv. 3.º, tit. 66.º, § 1, parece deixar ao arbitrio do juiz a condemnação dos fructos desde a lide contestada — e

arbitrio não serviria senão de ineitar disputas, perpetuar demandas, e por fim consagrar espoliações.

Por ultimo, observaremos, que a doutrina, que seguimos, não é nova, e tem a seu favor, além da opinião do judicioso Savigny, a auctoridade dos Codigos de França, Sardenha, Hollanda, Prussia, e alguns outros.

Ha, porém, no § unico do art. 586.º do nosso Projecto, alguma cousa, que, a nosso vêr, preeisa de ser advertida. Diz-se ali, que a boa fé considera-se ter cessado desde o momento, em que os vícios da posse forem judicialmente denunciados ao possuidor pela proposição da acção, ou se provar terem sido conhecidos do mesmo possuidor.

Esta disposição é restricta ao artigo a que pertence o §, que tracta da restituição dos fructos. O vencido deve restituil-os desde a proposição da acção. Mas não queremos dizer, que seja considerado em má fé para os effeitos prejudiciaes, se essa má fé se não provar. É o que se acha disposto no art. 566.º Este §, enfim, contém uma execepção á regra geral, que não deve entender-se ampliativamente. Usámos da expressão — *a boa fé considera-se ter cessado* — para não nos arredarmos da phraseologia ordinaria. Mas talvez fosse mais conveniente redigir o § da seguinte maneira:

quanto ás custas (diz a Ord.), fructos, e interesses póde julgar aquillo, que se mostrar pelo feito, que accresceu depois da lide contestada em diante, ainda que pela parte não sejam pedidos, porque todos as cousas, que acontecem em juizo depois da lide contestada, pertencem ao officio do juiz, ainda que não sejam pedidas. — Mas se advertirmos, que a theoria da lide contestada é admitida pela nossa Ord., veremos, que este arbitrio só existe no caso de não serem os fructos pedidos.

§ *unico*. Em todo o caso os fructos são devidos ao vencedor desde o momento, em que os vícios da posse foram judicialmente denunciados ao possuidor pela proposição da acção, se não se provar, que esses vícios foram antes conhecidos do mesmo possuidor.

Observa o nosso illustre Revisor, que é preciso resolver a questão—*se os fructos, que perde o possuidor de boa fé, logo que esta cessa, são os que não estão vencidos, ou se também perde os que estão vencidos, e elle já recebeu, mas ainda conserva*—*que a Lei Romana manda entregar os que existirem, sem distinguir, se no predio ou em casa do possuidor, e que assim deve ser.*

O nosso artigo diz expressamente, que — *o possuidor de boa fé, faz seus os fructos, que a coisa produzisse até ao dia, em que cessar a boa fé.* Não vemos, que haja lugar para dúvidas, a não se querer torcer o sentido proprio e natural das palavras. Os *fructos, que a coisa produzisse.* Não ha distincção; comprehende, tanto os recebidos e consumidos, como os estantes e pendentes. Por Direito Romano (Inst. § 35, Liv. 22, Cod. de reivind.), o possuidor era obrigado a restituir os estantes, mas as legislações modernas os têm adjudicado ao possuidor (Roeha § 448, not.). Nós vamos um pouco além, porque lhe attribuímos também os pendentes (Secus Silva á Ord. Liv. 3.º, tit. 66, § 1, n.º 9, Port. de donat. 2, eap. 10, n.º 19, 20, 21).

Eis aqui as nossas razões. Qual é o fundamento da disposição? A boa fé do possuidor. Considerando-se como verdadeiro dono da coisa, emprega os seus capitães, a sua industria, promove e prepara a produção, e, eontando com os fructos, que devem resultar do seu capital e trabalho. dispõe os negocios da sua vida, contrahе mesmo obriga-

ções, que mal poderá satisfazer, se esses fructos lhe faltarem: e será justo, que seja privado d'elles, por um direito latente e desconhecido? Nem se faz injuria ao verdadeiro dono, que podia e devia olhar melhor pelos seus direitos; e se os não conhecia, de certo não eontava com os seus proveitos. E se concedemos ao possuidor de boa fé os fructos rebidos, porque lhe havemos de reeuser os pendentes? A differença talvez de horas não deve fazer variar o direito. Se o simples facto da apprehensão dos fructos fosse, como em Direito Romano, um meio de adquirir, não poderia haver dúvida, em quanto á exclusão dos pendentes. Mas, logo que partimos do ponto da boa fé, é necessario ser coherente, e adjudicar ao possuidor não só os fructos colhidos, mas os pendentes. Dir-se-ha, que o possuidor póde ser indemnizado dos seus avanços, na conformidade do artigo 589. Mas a justa expectativa do possuidor fiearia sempre defraudada, e talvez com prejuizo de terceiro. Se ha alguns lucros, não vemos, que devam pertencer a quem não empregou para isso diligencia ou trabalho algum. Demais, as questões de liquidação, o deterimento, que deve resultar necessariamente á produção da incerteza de direitos, são ainda novos motivos, que corroboram o principio adoptado.

Ao artigo 590.º, § 1.º *Concordamos com o nosso illustre Revisor na suppressão d'esta excepção; e 'nesse sentido se acha emendado o §, nas correções da primeira edição.*

Em quanto á excepção do art. 1081, não deve supprimir-se, porque não está no mesmo caso. É necessario não perder de vista, que se tracta 'neste artigo de execução hypothecaria; que não convém, de modo algum, embarçar seu termo; e que o possuidor tem garantia no preço, e é

privilegiado, segundo o art. 1042.º (Vej. 'neste sentido — Grenier, Hyp. n.º 336 — Vil Villarg, *verbo tiers detenteur*, n.º 54 — Duranton, tom. 20.º, n.º 872 — Dalloz, Hyp. cap. 2, sec. 6.º, art. 3.º — Troplong, Hyp. n.º 836).

Ao artigo 609.º *Observa o nosso illustre Revisor, que convém, que se declare se a definição, que damos de titulo 'neste artigo, é geral para todas e quaesquer materias, em que se use d'essa palavra.*

Não nos parece, que tal declaração seja necessaria, por isso que o sentido, em que a palavra se emprega em outros logares, se deprehende d'esses mesmos logares.

A palavra *titulo*, sem o epitheto *justo*, tem muitas e diversas accepções, que não podem ser enumeradas, e definidas 'neste logar. Mas uma vez, que se qualifique de *justo*, não pôde ter senão a accepção, que lhe damos no artigo; e assim deverá ser entendido, onde quer que se encontre. Notar-se-ha talvez, que no art. 579.º se use da palavra *legítimo* em vez de *justo*; mas dos artigos 391.º e 609.º se deprehende, que estes dois epithetos são empregados no mesmo sentido.

De resto é fóra de dúvida, que em materia de posse e prescripção, o titulo não é o mesmo, que se requer na transferencia do dominio: a posse em prescripção deve proceder d'um modo legitimo de adquirir, e mesmo d'um titulo particular, revestido das solemnidades formaes, mas não é preciso, que provenha do verdadeiro proprietario; pois 'neste caso seria inutil a doutrina da posse e prescripção, como meio de adquirir.

Ao artigo 619.º *Observa-se, que a accepção da palavra presentes 'neste artigo não se acha em harmonia com a acce-*

pção, em que tomamos a mesma palavra no art. 624.º, e parece não haver razão para esta differença.

Ha muita differença entre as duas especies, e não se podia adoptar a mesma regra. Na prescripção positiva parte-se do presuppuesto, que o proprietario se acha em tal distancia do seu predio, que facilmente pôde ser informado de qualquer usurpação. Na prescripção negativa, o facto da divida não pôde localisar-se, não pôde servir-nos de ponto de partida: era necessario recorrer a outro principio, que não podia ser senão a maior ou menor possibilidade, em que se achasse o crêdor para exigir a sua divida; e entendemos, que residindo o crêdor e o devedor na mesma comarea, nenhuma difficuldade podia ter aquelle em conhecer o estado da sua obrigação, e reclamar em tempo o seu direito; e que esta disposição é preferivel á regra adoptada na prescripção positiva, porque o raio de cinco leguas pôde comprehender jurisdicções diversas, em relação ao dominio ou residencia do crêdor e devedor.

Pensa igualmente o nosso illustrado Revisor, que algumas prescripções excepcionaes são demasiadamente curtas; e menciona as dos artigos 655.º, 781.º, 1793.º

Daremos a razão da Lei. A prescripção do art. 633.º não é nova; devemos-a ao Direito Francez, d'onde a têm adoptado quasi todos os Codigos modernos. A razão tem sido expendida por muitos escriptores, e sempre com a mais plena adhesão e louvor. Eis-aqui o que diz Marcadé, que é sem dúvida um dos commentadores mais atilados e judiciosos doCodigo Francez: — Não ha (diz elle) cousa mais funesta para essa classe da Sociedade (desgraçadamente mui numerosa), a dos devedores, que a accumulção de renditos

passivos. Ella os conduz, quasi inevitavelmente, á miseria e ruína, passados poneos annos d'uma tranquillidade perfida. A inacção do crêdor torna-se então tanto mais cruel, quanto mais se prolonga; e um legislador sabio não pôde contentar-se 'nesta parte eom a prescripção ordinaria.

Já sob Luiz XII, graças ás idéas generosas desenvolvidas pela sabia administração de Jorge de Amboise, os redditos de *rendas constituídas* haviam sido reduzidos á prescripção de 5 annos, de 30 que era d'antes, para evitar que os devedores fossem *mis à pauvreté et destruction*. Mais tarde quiz o digno chancellor Michel de Marillac por um edicto, que Poitiers denomine *la belle Ordonnance de 1629*, e que os contemporaneos chamaram por mofa *le code Michaud*, (nome que conserva hoje por honra), ampliar a muitos outros casos de redditos passivos a salutar idéa da Ord. de 1510; mas quasi todas as disposições do Código Michaud foram geralmente repellidas com desdem pelo egoismo do tempo, e estava reservado ao Legislador de 1804 a promulgação da grande principio de humanidade, que até então não tinha passado d'um voto dos homens superiores. O art. 2277.º do Cod. Fr. consagra plenamente este principio, declarando prescriptiveis por cinco annos, não sómente os redditos de *rendas constituídas*, ou prediaes, perpetuas ou vitalicias, pensões alimenticias, de arrendamentos e juros, mas d'um modo geral e absoluto, tudo o que se pagar por anno, ou em termos periodieos mais curtos (*Traité de la preser. p. 312*).

« Esta prescripção (dizia Bigôt Preameneu no corpo legislativo) não é fundado unicamente na presumpção do pagamento, mas, ainda mais—em uma consideração de ordem

pública, enunciada na Ord. promulgada por Luiz XII em 1510: pretendeu-se obstar a que os devedores fossem reduzidos á miseria pela accumulção de redditos caídos. »

Esta doutrina tem sido geralmente applaudida (a), e acha-se sancionada nos Codigos Francez, Sardo, Duas Sicilias, Vaud, Hollanda, Haity, Luisiana; com esta differença, que 'neste ultimo Codigo os cinco annos são reduzidos a tres (art. 3303.º), conformando-se eom o costume de Auvergne (cap. 17, art. 7.º).

O nosso illustre Revisor entende, que este praso é muito curto; e a nós parece-nos mais, que sufficiente, e de boa mente conviremos na eliminação da distincção entre ausentes e presentes, reduzindo a prescripção, em todo o caso, sómente aos cinco annos. O crêdor tem sobejo tempo, 'neste espaço, para reclamar a sua divida, ou convertel-a em obrigação diversa, querendo favorecer o devedor. De resto, na fixação d'estes prazos, ha necessariamente algum arbitrio, porque não pôde fixar-se, com exactidão mathematica, o momento, em que começa ou cessa a conveniencia da disposição.

A prescripção do art. 781.º, com referencia ao art. 323.º, vem a ser a do praso concedido aos menores para reclamar a restitução,—um anno a contar da emancipação ou maioridade.

Este espaço era o do antigo Direito Romano, e hoje do Código Vadense, art. 960.º Os graves inconvenientes, que se seguem da incerteza dos direitos, exigem em geral, que os crêdores sejam obrigados a fixar a sua sorte na menor

(a) V. Troplong, preser. ao art. 2277. — Domat, L. Civ. Liv. 3.ª, tit. 7, sec. 5, n.º 3.

dilação possível. O menor, que é emancipado, ou chega á maioridade, não pôde ignorar os actos, que elle mesmo tem practicado illegalmente, e se lhe foram ou não prejudiciaes; não pôde ignorar egualmente a responsabilidade, em que pôde achar-se o tutor para eom elle, em razão dos actos de sua administração; e se o ignora, a Lei lhe ordena que faça as suas averiguações no praso fatal, que lhe concede, e, se as não fizer, a si o impute. Não é justo, que a sociedade soffra pela indoleneia ou desleixo, seja de quem fôr. De resto, pela disposição do art. 324.º, fica acautelado o caso de justo impedimento, unico, a que a Lei deve attender.

A prescripção do art. 1795.º, em que se fixa um anno para a acção do commissio, tambem nos parece, que não deve ser prolongada, não só pelas razões geraes, que acabamos de ponderar, mas porque, versando esta acção directamente sobre bens de raiz, e susceptiveis de hypotheca, é indispensavel limital-a ao menos tempo possível.

Ao artigo 927.º *Entende o nosso illustre Revisor, que deve conservar-se a disposição do art. 615.º, § 1, da Ref. Jud., que concede o beneficio da excussão ao fiador e principal pagador.*

É verdade, que a Reforma concede este beneficio ao fiador e principal pagador, mas fica sempre livre ao exequente dirigir a execução contra os bens do fiador, quando se encontrem difficuldades nos bens nomeados. Tanto o nosso artigo, como o da Reforma, são accordes portanto em conceder ao crédor acção contra o fiador; mas dá-se esta differença — que pela Ref. só é livre ao erédor proceder contra o fiador, que pretende aproveitar-se do beneficio da excussão, quando se encontrem difficuldades nos bens nomeados do devedor.

Não podemos conformar-nos com a emenda. Quem se obriga como principal pagador, toma sobre si a precedencia na responsabilidade, e sujeita-se portanto a ser primeiro executado, salvo o seu regresso contra o devedor. Conceder-lhe, 'neste caso, o beneficio da excussão, é alterar o principio da obrigação, Lei do contracto, e sujeitar o crédor a difficuldades, que não podem remediar-se sem uma certa demora na execução. Esta era a disposição da nossa Ord. Liv. 4, tit. 59, § 3 (Per. decis. 85, n.º 2; Pêgas For. cap. 5, n.º 114), que menos judiciosamente foi alterada na Reforma. A razão, que lembra o nosso illustre Revisor, de menos facilidade nas transacções, não pôde ser tomada em consideração. A difficuldade de achar fiador pôde ser removida por outros meios ao alcance dos interessados.

Ao artigo 935.º *Diz o nosso illustre Revisor, que se deve declarar, que ou pague o fiador por força dos meios judiciaes ou voluntariamente, depois de vencida a divida, fica sempre sobrogado nos direitos do crédor contra o devedor, com a differença, que pagando por força da execução procedente da acção, em que foi ouvido o devedor, poderá o fiador proceder pela mesma sentença sem necessidade de conciliação ou cessão, na fórmula da Ref. Jud. art. 615.º, § 2, e pagando voluntariamente usará dos meios ordinarios.*

A regra geral é a mesma que se acha no art. 935.º A declaração, em quanto ao pagamento forçado, está feita nos additamentos da primeira edição, art. 929.º Em quanto ao pagamento voluntario, não é precisa, porque se acha consignada no art. 874.º

Ao artigo 947.º *Entende o nosso illustre Revisor, que se deve declarar, que a disposição do artigo não procede, se*

o crédor acceitar novo fiador, além dos que já o são, ou fizer nova escriptura com o devedor, sem consentimento dos fiadores, uma vez que a nova escriptura não diminua as garantias da antiga.

Não nos parecee necessaria a declaração lembrada, pois que, na materia de novação, estão convenientemente prevenidas estas hypotheses.

Que se deve decidir, se a fiança, por tempo certo, v. g. quatro annos, se julga extincta, findos elles, ou se esse tempo é dado para que o fiador possa obrigar o devedor, a que o livre, como se tem entendido até aqui.

Parece ao nosso illustre Revisor, que deve julgar-se extincta, findo o praso. Sômos da mesma opinião, pois estamos num contracto, em que as estipulações das partes são Lei. A intelligencia contraria é uma interpretação arbitrária. Esta mesma opinião seguiu Bartoto, *in leg. Lucius. § Paulus, n.º 1, Dig. de administ. tut.* Mas esta declaração é desnecessaria, em vista do art. 795.º

Ao artigo 959.º *Deve declarar-se, que o requerimento deve ser judicial, e darem-se depois tres dias ao devedor para pagar, á similhança do disposto no art. 1730.º*

Deixámos estas particularidades para o Codigo do Processo; mas nada obsta, a que sejam aqui inseridas. Neste caso poder-se-fa redigir o artigo na fôrma seguinte:

Artigo.

Se, no praso convencionado, o devedor não effeetuar o pagamento, ou não havendo praso estipulado, se o devedor não pagar dentro em trinta dias, sendo judieialmente requerido pelo crédor, poderá este fazer vender a cousa empenhada, em almoeda, com citação do vendedor, etc.

Ao artign 981.º *Deve accrescentar-se — salvo, havendo pacto de se não alienar. Esta declaração deve ser notada no registro, com pena de nullidade.*

Não nos parece admissivel o additamento. O crédor, uma vez seguro do seu credito, nada mais pôde exigir. Esta fauldade pôde importar grave prejuizo ao devedor, que, imprudentemente, elevado da necessidade de haver dinheiro, pôde eomprometter-se a uma obrigação sem justa causa.

Não se falla em hypotheca testamentaria, admittindo-se a legal por testamento no art. 992.º, n.º 7. É conveniente conservá-a.

Perdõe-nos o illustre Revisor; mas no mesmo artigo se falla na hypotheca, que pôde ser constituída por testamento, nas palavras — se não tiver hypotheca espeical designada pelo mesmo testador (a).

Já se vê, pois, que admittimos esta hypotheca, e não nos occupámos d'ella em particular, porque o julgámos desnecessario. A hypotheca, que o legatario tem sobre os bens do testador, é legal. Mas ha esta differença — se o testador não designa predio, que especialmente sirva de garantia ao legado, gozará o legatario de hypotheca geral, sem prejuizo da inscripção e reducção, que deve, ou pôde ter logar. Esta hypotheca, porém, não pôde ter outro alcance mais que a segurança do legado no caso, em que este é devido, e em relação aos herdeiros; mas não dá ao legatario preferencia alguma sobre os erédores do fallecido, ainda que sejam ehirografarios. *Nemo liberalis nisi liberatus. — Hypothecae* (diz Voet ad Pand. Liv. 2.º, tit. 20, n.º 21), *non ea vis est, quod*

(a) No artigo lia-se a palavra *legatario* em vez de *testador*; mas este erro foi emendado na errata.

legatarii exercere posse praedationis jus in bonis defuncti adversus defuncti ipsius creditores, quam in aperto sit et veteri et novo jure legata non praestanda esse, nisi postquam omnes demissi fuerint defuncti creditores. É doutrina expressa no nosso artigo.

Ao artigo 992.º *É preciso declarar, que as sentenças fundadas em escriptura pública ou titulo equal, produzem os mesmos effeitos das que são obtidas em juizo contraditorio; e que nas de emprestimo será preciso numeração de dinheiro, não bastando a confissão do devedor, como se deduz do Alvará de 15 de Maio de 1776.*

Deve tambem declarar-se, que quando o conservador tiver dívida, a decida o Juiz de Direito.

Neste artigo não fazemos mais, que enumerar as hypothecas legaes. A questão de preferencias, ou pagamento em concurso, é tractada na secção 12.ª; e a especie, de que falla o nosso Revisor, acha-se attendida no art. 1047.º

Em quanto á necessidade, comtudo, de numeração de dinheiro nas escripturas de emprestimo para serem attendidas, não vemos, que esta circumstancia deva influir na consideração, que deve merecer o titulo. A numeração de dinheiro pôde ser tão phantastica como a simples confissão da sua recepção. Entre estas escripturas não deve haver preferencia alguma, posto que esteja em contrario Lobão, apoiando-se em Merlino, de pig. Liv. 4, tit. 1, quest. 20. Em quanto ás dúvidas do Conservador, entendemos, que não é necessario dar-lhe Juiz. As suas obrigações são marcadas na Lei, e ás partes compete velar pelos seus direitos.

Ao artigo 1008.º *Parece dar-se sómente ao crédor o direito de registrar a hypotheca, que o art. 41.º do Decreto de 26 d'Outubro de 1836 o dava tambem aos interessados.*

Deve declarar-se, se é sómente ao crédor, ou tambem aos interessados, e quaes são estes.

Parece-nos desnecessario entrar aqui em explicações a este respeito; e o mesmo acontece em quasi todas as Leis hypothecarias estrangeiras. Quando se diz, que alguém tem um direito, não se quer dizer, que elle seja tão absolutamente pessoal, que não possa ser exercido por outrem nos casos, e pela fórma, que as Leis em geral o permitem, aliás teriamos de formar, a cada passo, uma ladainha de deelações. É pois evidente, que este direito pôde ser exercido não só pelo crédor, mas por toda e qualquer pessoa, que o possa ou deva representar, sem excepção do proprio gestor de negocios, visto que aqui não se tracta de constituir obrigações, mas de conservar direitos por uma simples formalidade material (Vid. Martu, Prev. e hyp. tom. 3.º, n.º 1048 e seg., Tropl. Prev. e hyp. tom. 2.º n.º 672 e seg.).

Não achamos, porém, inconveniente em que essa declaração se faça, e 'nesse caso poder-se-fa accrescentar ao art. 1008 o seguinte:

§ 3.º O registro pôde ser requerido tanto pelo crédor, como pelos seus fiadores cessionarios, subrogados, crédores, representantes legaes, ou qualquer pessoa por seu mandado, ou em seu nome.

Ao artigo 1047.º *É necessaria a referencia aos artt. 1056.º, 2792.º, 1586.º, para evitar dúvidas.*

Effectivamente a redacção do artigo não é sufficientemente explicita. Eis aqui como nos parece, que pôde ficar.

Artigo 1047.º

Gozam de privilegio, segundo a sua data, sobre quaes-

quer bens, não comprehendidos nas classes anteriores, e não hypothecados, os creditos, cuja data fôr authentica ou se acha authenticada na fôrma dos artt. 2793.º e 2809.º, ou legalisada por sentença proferida em juizo contencioso.

E o art. 1048 deve reformar-se da maneira seguinte:

Artigo 1048.º

Serão pagos rateadamente pelos bens restantes, não hypothecados, os creditos não comprehendidos nas classes antecedentes.

Parece-nos, que d'esta fôrma, não poderá occorrer a menor dúvida. As conciliações, as acções d'alma, as condemnções de preceito, não adquirem data certa senão no dia, em que esses actos tiverem logar; ainda que a divida se diga remontar a epocha muito anterior; salvo no caso, em que essas confissões recábam em titulo, que tenha data certa, porque então não precisa d'outra confirmação.

E preciso tambem não perder de vista, que as obrigações hypothecarias são consideradas separadamente; salvo o disposto na 1.ª e 2.ª classe. As hypothecas não podem ser contrabalançadas no seu privilegio, senão por outras hypothecas, e o seu concurso é regulado na secção 3.ª

Ao artigo 1043.º *Os crédores de foros e censos só devem ter privilegio nos predios respectivos.*

É exacto; nem podia ser outra a nossa idéa; e o mesmo dizemos a respeito de contribuições directas, e annuidades por sinistro. Mas, para evitar dúvidas, far-se-hão as seguintes emendas:

O n.º 2 do art. 1042.º deve passar para n.º 1 do art. 1043.º, emendando-se em conformidade os outros numeros, e deve acrescentar-se, no fim do artigo, o seguinte:

§ unico. O privilegio mencionado 'neste artigo e no precedente, só pôde exercer-se sobre os respectivas predios.

Ao artigo 1066.º *Deve declarar-se explicitamente — por via de rateio.*

Já fica attendido no art. 1048.º

Ao artigo 1047.º *Deve declarar-se, se é necessaria sentença em juizo contradictorio para entrar em concurso.*

A Ref. Jud. art. 644.º, n.º 2, não admite a coneurso de prefereneias senão os crédores, que se legitimam com carta de sentença, ou titulo, que tenha pela Lei execução apparelhada, sendo fundado em escriptura pública, ou documento de igual força.

A Ref. não distingue a qualidade da sentença, e por isso não exclue as condemnções de preceito, e acções d'alma; e exigindo que o titulo, para ser attendido, tenha execução apparelhada, e seja fundado em escriptura pública, ou documento de igual força, parece referir-se ás conciliações, pois não conhecemos outro titulo, que tenha, 'neste caso, execução apparelhada, a não serem as certidões fiscaes.

Julgamos desnecessaria a sentença, quando ha um titulo authenticico, ou authenticado; e 'nesta parte vamos d'accôrdo com a Lei de 1774 (V. Lobão, Exec. § 531; Salgado, Labyr. parte 1.ª, cap. 4, § 1, n.º 36, etc.).

Que este titulo contenha uma confissão simples ou qualquer outra obrigação, pouco importa, porque a certeza da data basta para remover qualquer dolo; e não vemos, que em materia de obrigações se possa fazer differença entre a simples confissão, e qualquer outro principio de obrigar, porque a má fé é sempre possivel; e suppôr-se, por via de regra, que todas as confissões são falsas, é um principio immoral, e que pôde importar gravissimas injustiças. De

resto, os interessados não ficam jámais inhibidos de atacar qualquer acto fraudulento, que lhes seja opposto.

Diz o nosso illustre Revisor, que, admittendo-se as sentenças de preceito ou conciliação, podem ser offendidos os direitos d'um crêdor, que já esteja em juizo com a sua execução.

Não podemos comprehender como o crêdor, 'neste caso, possa ser prejudicado, tendo o seu credito em execução. É certo, que a execução não poderia ter logar sem um titulo com data certa; e então, ou a data da conciliação é ou não anterior. Se é anterior, não pôde queixar-se, nem ha injustiça na preferencia; e se é posterior, o seu credito está seguro. De resto, se não pôde apromptar-se com o seu titulo para entrar no concurso, resta-lhe sempre o meio do protesto para evitar qualquer prejuizo (a).

(a) Por Direito Romano não havia preferencias entre chirographarios, Huber ad Pand. Liv. 20.º, tit. 4, n.º 38. Secus entre nós segundo a Lei de 20 de Junho de 1774, § 42. Corrêa Telles no seu Dig. 3, art. 1352.º e seguintes, expõe quaes são os chirographarios que entram em preferencias segundo a sua data; a saber os que têm: 1.º escriptura pública ou documento de igual força (escriptos de pessoas qualificadas, negociantes matriculados; 2.º sentenças obtidas em juizo contradictorio, e fundadas em provas de testemunhas; 3.º os crêdores por effeito de letras de cambio, ou de risco, ou por effeito de escripturas ou escriptos de pessoas qualificadas.

Segundo o nosso systema os chamados chirographarios por Corrêa Telles, e comprehendidos no n.º 2, podem adquirir hypotheca, e 'nesse caso preferem aos outros chirographarios segundo a data d'esta; mas se não tiverem adquirido hypotheca, e concorrerem com os demais titulos authenticos, ou que têm data certa, segundo a sua data. Em segundo logar em quanto aos chirographarios do n.º 3 não é precisa sentença, sempre que o titulo tem

A questão de saber quem ha de provar que o devedor não tem mais bens, entra na regra geral: deve provar o que affirma ou precisa affirmar o facto — que vem a ser o que pretende concorrer.

A questão de saber se a conciliação com hypotheca é titulo de preferencia — está resolvida pelos principios estabelecidos. A divida tem preferencia desde que adquiere data certa, mas a hypotheca desde o seu registro.

Ao artigo 1179.º *É preciso declarar se ao marido é permitido estabelecer privilegios dotaes nos seus proprios bens.*

Se o illustre Revisor se refere á dolação que o marido faz á mulher com bens seus, não pôde haver divida em vista dos artt. 1179.º e 1139.º; se se refere á faculdade de dar aos proprios bens a natureza dotal, tambem a declaração é desnecessaria, em vista do art. 1179.º, que define o que se entende por dote.

Ao artigo 1217.º *Deve declarar-se que a doação causa mortis, para casamento, não poderá ser revogada nem mesmo por transmissão a titulo oneroso.*

Não podemos concordar 'nesta parte com o nosso illustre Revisor, ainda que tenha em seu favor graves auctorida-

data certa; e como as condemnações de preceito, acções d'alma e conciliações adquirem data certa, não são excluidas da concorrência, como era pela Legislação anterior (Lei de 20 de Junho de 1774, § 43. A razão é dada pelo citado Corrêa Telles na nota ao art. 1354.º, em que admite a preferencias a sentença de preceito ou d'alma, depois de ser registrada, porque cessa a presumpção de fraude. Cita Pereira e Sousa, not. 902 e 933.

Esta doutrina da prioridade dos titulos é regeitada pelo Direito Francez. V. Tropl. Hypoth. 1, n.º 14. Durantou, n.º 7. Não entramos aqui 'nessa discussão, que seria longa, mas entendemos que a doutrina da nossa Lei actual é preferivel.

des, como a de Voet, que é para nós de grande peso. Por muito favorável que seja a causa do matrimonio, nunca este favor se deve levar tão longe, que se prejudiquem outros interesses não menos attendíveis. Se o esposo faz doação entre vivos, de bens presentes e determinados (art. 1216.º), é justo que a doação seja irrevogável, porque ha transmissão immediata da propriedade. O caso é, porém, mui diverso na instituição contractual de parte ou da totalidade da herança. Dispondo de parte ou da totalidade da herança, é bem visto que o doador não confere direito nenhum certo sobre os bens que possui; o direito que confere é eventual, porque pôde haver ou deixar de haver que herdar; d'outra fôrma a doação *causa mortis* tomaria o character de doação entre vivos, o que é inadmissivel. O que doou *causa mortis* declara não querer privar-se da livre disposição até ao momento da morte, e a parte interessada não pôde queixar-se, ainda que nada lhe fique, porque não podia esperar, nem se lhe prometeu outra coisa. De resto, nada seria menos justificavel que esta espoliação prematura, porque mil urgentes precisões podem occorrer durante a vida, que assim ficarão sem satisfação. A Lei fez tudo o que podia fazer, portanto, reservando somente, em consideração ao matrimonio, as disposições por titulo gratuito, porque nenhum favor deve prevalecer ao do matrimonio em tal caso: e nisto mesmo ha excepção ao direito commun (a).

(a) Estes pactos successorios, ou instituições contractuales, têm sido sempre admittidos geralmente, tanto pela Jurisprudência, como pelas differentes Legislações, com a limitação do nosso artigo; e com a differença que a mesma prohibição de dispôr gratuitamente, é ainda sujeita á excepção de valores modicos (Codigo Francez,

Ao artigo 1255.º *Deve accrescitar-se — que sejam tambem ouvidos os domesticos.*

É escusada similhante declaração. As pessoas, que compõem o conselho, hão de sem dúvida recolher não só esta informação, mas quantas julgarem precisas para formarem a sua opinião em tão grave materia.

Ao artigo 1250.º *Deve servir o inventario para que cada um possa administrar seus bens, e não para poder alienar. Deve alterar-se egualmente 'neste sentido o art. 1264.º, porque o vínculo do matrimonio subsiste.*

Nada temos com o vínculo religioso, nem esta disposição o offende. Aqui não se tracta senão de regular os effeitos civis d'uma separação, que não offerece probabilidade de cessar. A faculdade de alienar é uma necessidade de boa administração, uma condição da propriedade, que só por causas muito ponderosas se deve coarctar. O correctivo da consentimento da mulher, ou supprimento judicial, que em tal caso seria preciso estabelecer, não se justifica no caso de separação: esta reciproca dependencia não servirá senão para dar occasião a contrariedades, opposições, e hostilidades, e o supprimento judicial não passaria d'uma simples formalidade. E que importa ao conjuge separado que o outro aliene ou deixe de alienar? Mas podem tornar a congragar-se, diz o nosso Revisor; mas 'nesse caso sirva este recieo de delapidação para apressar essa reconciliação.

art. 1083.º), ou de doações remuneratorias, ou de obras pias (Veja-se Marcadé ao citado artigo; e Grenier, tom. 2.º, pag. 15. e os mais auctores que elle cita). Eliminamos esta restricção para evitar as controversias a que dava logar. A regra assim posta absolutamente obrigará os estipulantes a determinar com certeza as suas disposições.

Ao artigo 1228.º *Deve ser ampliado ao viuvo pobre, porque estes direitos são reciprocos.*

Adoptamos o principio; mas com restricção. 'Neste caso a obrigação não deve pesar sobre os bens vinculados. A condição da mulher é mais attendivel que a do homem; e por isso a nossa Lei fez excepção, 'nesta parte, ao direito precipuo dos administradores.

Ao artigo 1381.º, § unico. *Deve ampliar-se a todos, ou denegar-se a todos—para não estabelecer desigualdades de direitos sem necessidade.*

Convimos na suppressão do § unico.

Ao artigo 1417.º *Deve ampliar-se a quaesquer outras pessoas.*

Não nos parece justo. É na verdade possivel que se valham de interpostas pessoas; mas esses contractos em fraude da lei são nullos. Prohibem-se estes factos aos advogados e procuradores; porque, sendo o seu officio tractar de demandas, mais facilmente podem abusar. As pessoas que não estão 'neste caso não podem fazer taes contractos sem que sejam logo públicos; e incorrem no odioso que os acompanha, o que é, ate certo ponto, um freio. E por outro lado, quando este mal aconteça, é por certo menor que o que resultaria de inhabilitar as partes pobres de poderem fazer valer os seus direitos.

Não se falla noCodigo de Insinuação.

Não tem logar no nosso systema. Vejam-se as razões expendidas no nosso livro — *Phylosophia de Direito de Propriedade*, pag. 298 e seguintes.

É conveniente, para mais facil conhecimento das partes, tractar noCodigo da siza e dos direitos de tansmissão.

Esta materia não entrou noCodigo, porque pertence às

leis fiscaes. Será contudo necessario revogar a nullidade irrogada aos contractos por falta de pagamento de siza, pela lei de 2 de Outubro de 1844. Estas intromissões das leis fiscaes no Direito Civil, têm sempre maleficas consequencias. O cumprimento das leis fiscaes deve assegurar-se fiscalmente. Em tempo porporemos a refórma que a lei das sizas necessita. A razão da maior conveniencia, de que falla o nosso illustre Revisor, póde satisfazer-se, junctando-se aoCodigo em appendice as leis fiscaes, que jogam com os direitos civis.

Ao artigo 1669.º *Deve generalisar-se a idéa a todas as alienações de raiz.*

Está generalisada nos differentes logares doCodigo, em que d'estas se tracta.

Ao artigo 1389.º *O praso deve ser d'um anno, segundo o alvará de 17 de Janeiro de 1757, que, supposto falle de dinheiro a juros, se tem entendido geralmente do emprestimo gratuito.*

Não podemos concordar. As partes podem estipular praso: se o não estipularem, a regra seria, que o mutuante ficaria com direito de reclamar o dinheiro emprestado quando quizesse; porém, marea-se o praso de trez mezes 'nestes emprestimos, para evitar que o mutuario seja surprehendido com exigencias com que não contasse, e o pariam em graves apuros. Um anno seria sem dúvida maior favor, mas não temos direito a favorecer tão exorbitantemente uns á costa dos outros. Não pequeno beneficio é já o que resulta do emprestimo gratuito. A generalisação que se tem feito do citado alvará, é injustificavel.

Ao artigo 1595.º *Deve declarar-se, se para haver mora é precisa citação, como geralmente se entende, ou se basta o simples lapso de tempo.*

Julga, com Corrêa Telles, que a citação é necessaria, porque a mora é ponto de facto, que se deve provar judicialmente.

Que, combinando o art. 823.º com o art. 804.º, parece estabelecer-se, que no emprestimo a juro corre a mora desde o tempo em que devia ser feito o pagamento, e no gratuito desde a interpeção; que seria talvez mais justo correr a mora sómente desde a interpeção no emprestimo a juro, que é mais oneroso, e melhor seria cortar a distincção.

Em quanto á primeira declaração lembrada, é aqui desnecessaria, pois se acha feita uma vez por todas nos artigos 223.º e 804.º

Em quanto ao regular-se 'nesta especie, em qualquer outro caso, a mora desde a interpeção — tambem não podemos concordar, pois o emprestimo de praso certo não está no mesmo caso do emprestimo de praso incerto. No primeiro caso — *dica interpellat pro homine.*

A razão de que a mora é ponto de facto, que precisa ser provado judicialmente, em nada altera o principio posto — tudo isto se entende mediante as devidas provas em caso de contestação. Se não se provar que o emprestimo tinha dia certo, a mora só começará da interpeção. Se não houver interpeção, desde a proposição da acção, se os interesses da mora forem pedidos.

Em quanto ao emprestimo a juro os effeitos da mora são regulados excepcionalmente nos artt. 814.º e 823.º; e não se admite o *anatocismo*, art. 1731.º—1732.

Ao artigo 621.º *Parece que deve conservar-se o principio da ordenação Liv. 4.º, tit. 10.º, que prohibe a venda de cousa litigiosa, para evitar as fraudes que póde haver, dando á parte contendor mais poderoso.*

Que se não evita isto com a disposição dos art. 881.º e 1621.º, porque outras pessoas póde haver de tanta ou mais influencia.

A mesma razão que nos levou a não prohibir absolutamente os contractos *quota-litis*, nos moveu a declinar em regra a disposição da ordenação.

A excepção que fizemos, não foi dictada pelo receio de dar á parte um contendor mais duro; essa razão nada importa 'num systema regular de administração de justiça, em que as garantias são eguaes e as mesmas para todos. A razão que tivemos em vista para estabelecer a excepção, foi de moralidade e decencia pública. A dignidade do funcionario público não se compadece com este tráfico odioso. Esta mesma doutrina é seguida nos Codigos de Prussia, França, Vaud, e muitos outros.

Ao artigo 1649.º *Deve conservar-se a acção de lesão; e que a idéa de segurança da propriedade e dos contractos, não póde ir tão longe, que se tolerem lesões exorbitantes — que esta acção deve ter logar não só nas vendas, mas nos outros contractos, e mesmo nas arrematações na fórma da Ord. Liv. 4.º, tit. 13.º, § 6; exceptuando unicamente as transacções, salvo sendo a lesão enormissima; mas que se deve definir em que esta lesão consiste.*

Não é sómente o illustre Revisor, muitos e respeitaveis Jctos e publicistas, tem sustentado a conveniencia e justiça d'esta acção, e com razões sem dúvida muito plausiveis. Pareceu-nos, comtudo, que a doutrina contrária devia ser preferida, principalmente attendendo ao estado actual da civilisação, e aos interesses economicos da propriedade predial. Não nos é possível entrar aqui na discussão aprofundada e completa da materia: seria preciso escrever um livro; mas

é forçoso que exponhamos, ainda que succintamente, as razões que nos determinaram.

Estas razões são as seguintes:

1.^a A livre disposição que é inherente ao direito de propriedade.

2.^a A lei suprema do contracto, contraído sem erro, dolo ou violencia.

3.^a A egualdade dos valores não é da essencia dos contractos commutativos.

4.^a Os prejuizos que podem resultar a terceiro da quebra do contracto.

5.^a Atenuação do credito predial por mais uma causa rescisoria, que póde e deve declinar-se.

6.^a A necessidade de harmonisar a lei civil com a lei commercial.

7.^a A conveniencia de diminuir litigios d'um resultado muito incerto, e sempre funestos ás partes.

8.^a A difficuldade do arbitramento do justo preço.

9.^a A immoralidade da faculdade, que se concede ao que se diz lesado, para illudir accintemente a outra parte estipulante.

Vejamos agora as razões que se offerecem em contrario. Discutindo a sua concludencia, teremos occasião de dar algum desenvolvimento ás nossas proprias razões.

1.^a A lesão repugna com a egualdade que deve existir nos contractos commutativos.

Respondemos que a egualdade commutativa não é da essencia dos contractos, com tanto que não intervenha fraude, erro ou violencia. « Ao romano, observa Belime, aprazia dar trez mil drackmas pela alampeda de barro de Epicteto —compraz-se um hollandez, em comprar uma cebola de

tulipa por vinte vezes o seu pêso de ouro; e ninguém se lembrou jámais de taxar estas convenções de contrarias ao direito natural. » A todos é licito melhorar a sua condição, com tanto que não use de meios que offendam a justa liberdade e o arbitrio de outrem. É 'neste sentido que os Jetos romanos diziam—*contrahentibus licere sese circumvenire*.— Se a lei se arrogasse o direito de interferir, 'nesta parte, tornaria quasi impossivel o commercio entre os homens.

2.^a Mas a equidade pede que, ao menos em caso de lesão enorme, a lei venha em soccorro do lezado, que cede compellido pela força maior da necessidade.

Ou o vendedor vende com esse abatimento, porque não acha quem lhe dê mais, ou porque prefere vender por menos a tal ou tal pessoa, ou porque ignora o verdadeiro valor da cousa. No primeiro caso, não póde queixar-se, nem ha injustiça alguma, porque a cousa effectivamente não vale mais que o preço que tem no mercado. No segundo caso, tambem não póde queixar-se, porque obrou em plena liberdade; e assim como quiz vender por menos, bem podia dar a cousa de graça, e ninguém se lembrou ainda de condemnar os contractos beneficos. No ultimo caso é inutil o remedio da lesão, porque o contracto é nulla por falta de consentimento, que é incompativel com o erro, fraude ou violencia. E ainda que se diga, como Shakspeare no *Romeo*,

My por verty and not my Will consent;

e effectivamente se venda por necessidade, nem por isso ha ali um principio de nullidade. Essa necessidade em maior ou menor gráu, existe em todos os contractos com-

mutativos. E a satisfação d'uma necessidade, que se não pôde obter d'outro modo, é mais um beneficio que um mal.

3.^a Não pôde, segundo a theoria do Direito, dar-se obrigação sem causa. Ora, quem dá vinte, ou mais, por cousa que só val dez ou menos, vem a fazer um contracto sem causa, em quanto á differença dos valores.

Este argumento funda-se numa falsa petição de principios, numa theoria erroneamente derivada do direito romano, como demonstrámos no nosso livro—*Philosophia de Direito de Propriedade*, a pag. 235 e seguintes. A causa do contracto não se limita aos valores commutados; podem existir muitas outras; e o mesmo Direito Francez o reconhece, declarando que a falta da designação da causa não é principio de nullidade.

4.^a É do interesse público cohibir as especulações da cubiça sobre a necessidade alheia, e obviar aos graves prejuizos, que podem provir de illusões do momento.

Convimos que os excessos da cubiça são cousa detestavel; que as illusões que importam prejuizos, são uma cousa deploravel; mas o que não podemos admittir é que a lei, a titulo de cohibir a cubiça e prevenir prejuizos, subverta os principios fundamentaes das convenções humanas, abale a segurança dos contractos, e torne a propriedade incerta e vacillante. O prejuizo, que pôde dar-se em certos casos rarissimos, não tem comparação com o que pôde seguir-se á sociedade d'esta espada de Damocles, alçada sobre todas as convenções. Diremos ainda mais—que este remedio, em vez de ser um freio a semelhantes factos, é antes um incentivo; por isso que os *necessitados*, que têm em seu favor a liberdade legal de faltar á fé do contracto, ou de brital-o, como diziam os nossos antigos, não hesitarão jámais nos seus

ajustes de preço; o que de certo não acontecerá se o alienante souber que se ha de forçosamente cumprir o que for estipulado.

Allegam-se algumas outras razões, que não são mais que uma repetição das já mencionadas, debaixo d'outra fórma, ou que não valem a pena d'uma séria resposta.

Esta questão foi calorosamente debatida no conselho de estado de França entre Berlier e Portalis. Por fim venceu o principio da leção a favor do voto preponderante dos dois Consules; mas é forçoso reconhecer que o modo por que ficou estabelecida, restricta unicamente ao caso da venda dos immoveis, revela bem o peso que tiveram as considerações oppostas. Os Codigos modernos calcados sobre o Francez, conformam-se quasi todos com esta limitação. Alguns porém procuram ainda attenuar os seus inconvenientes abbreviando a prescripção da acção, e resalvando os direitos de terceiro. Outros Codigos, como os de Hollanda, Dinamarca, e a lei Inglesa, não admittem semelhante acção; e outros sómente, como o de Austria, ignorando o lesado o valor da cousa, art. 934.^o

Temos considerado geralmente a questão em relação ao vendedor; mas, se nos referirmos ao comprador, semelhante acção se torna ainda menos admissivel, porque cessa o motivo de comiserção, e supposta necessidade e violencia.

O nosso illustre Revisor deseja comtudo, que esta acção se amplie, na fórma da Ordenação, a toda a especie de contractos, não exceptuando mesmo as arrematações.

É impossivel; e 'nesta parte o accôrdo é quasi universal. Na discussão do Codigo Francez nem uma só voz se ergueu a favor de semelhante opinião. «Os objectos mobiliarios, dizia Portalis, o estrenuo defensor da lesão, não se compa-

decem com acção de lesão. Concebe-se bem como a frequente transmissão d'estes objectos, e a extrema fluctuação do seu preço, tornaria impossível o systema rescisorio por causa de lesão, a não se querer introduzir uma perturbação universal em todas as relações commerciaes, e suspender o curso das transacções diarias da vida. 'Nestas materias é preciso fazer mais caso da liberdade pública do commercio, do que do interesse particular de alguns cidadãos.» (Loché, tom. 7, pag. 83, edic. Belg.).

Em quanto ás arrematações accrescem ainda novas razões em contrario. Quando a justiça, dizia o mesmo Portalis, intervem entre os homens, desvia toda a presumpção de fraude e surpresa, e lhes garante a maior segurança. É o pensamento da L. 1.^a C. de praed. Decurion. — *quando venditio fit in publica subhastatione non praesumitur aliqua lesio*. A nossa mesma Ordenação Liv. 4.^o, tit. 13.^o, § 7, sómente admite acção de lesão em subhasta, quando não intervem a necessaria publicidade, e conhecimento do devedor; hypothese, que hoje não póde dar-se segundo a nova ordem do processo.

Se ha principio, observa Merlin, constante em jurisprudencia, é o que põe a coberto da rescisão por lesão as subhastações forçadas. Este principio é fundado na razão: a fe pública, sob que são feitas estas vendas as tornam inviolaveis: a praça, as suas dilacões, a publicidade fazem necessariamente presumir, que o predio é elevado ao seu justo preço; e além d'isso o arrematante ou o adjudicatario não contracta senão com a justiça, e por consequente não se póde dizer que elle haja enganado o proprietario executado. Ainda mais, o direito romano proscree formalmente a rescisão em taes vendas. L. 1.^a, Cod. de praed. Decurion, e muitas ou-

tras são explicitas a estes respeito. Concorde o Código Francez art. 1684.^o

A doutrina que seguimos, não é nova entre nós. É a mesma que se acha consignada na Ordenação Affonsina em harmonia com o disposto no Código Wisigothico (a). *Cessa (diz esta Ord. Liv. 4.^o, tit. 45, § 9), o remedio d'esta lei quando aquelle que se diz enganado além da metade do justo preço, era ao tempo do contracto sabedor do justo preço da causa vendida; e pero que bem soubesse o verdadeiro valor, contentou-se de a dar por menos do que valia ou a comprou por maior preço do que sabia ser seu justo valor*. Esta doutrina foi alterada na Ordenação Manoelina, por influxo da preponderancia recrescente do Direito Romano; e assim passou para o Código Filippino. O nosso Código do Commercio, revertu comtudo ao systema antigo nos artigos 494.^o e 510.^o

Se porém a nossa opinião não fôr adoptada, é indispensavel que o praso da prescripção não passe d'um anno, como seguem alguns Codigos modernos. Do mal o menos.

Ao artigo 1669.^o *Parece mais simples e coherente estabelecer-se a necessidade de escriptura pública em todos os contractos de bens de raiz excedentes a 50\$000 réis e a dependencia do registro*.

(a) Código Wisig. Liv. 5.^o, tit. 4.^o, Lei 7.^a *Nemo propeterea firmitatem venditionis irrumpat eo quod dicat rem suam vili pretio vendidisse (Antiqua)*. Esta disposição conformou-se com a doutrina do Código Theodosiano, Liv. 1.^o, De contr. empt., pois que o principio da lesão, estabelecido por Deocleciano, havia sido abandonado pelos subseqüentes imperadores, e foi sómente restituído por Justiniano. Vid. Thomasius Diss., de equitate cerebrina, em que combate acção de lesão.

Não é possível estabelecer a regra geral, porque ha distincções a fazer, segundo as differentes especies de contractos; mas o principio é observado geralmente; e nos artt. 1841.º e seguintes se estabelece a necessidade do registro.

Ao artigo 1726.º *Parece que o Projecto não resolve a dúvida a respeito do rebate do papel-moeda. Deve attender-se ao valor da moeda no tempo do contracto.*

Está resolvida 'neste e no art. 817.º, bem entendido em quanto ao futuro, porque — *non est Janus in legibus*.

Ao artigo 1735.º *Deve admittir-se o laudemio nas vendas e trocas de prazos, mas fixado na quarentena; e deve declarar-se a quem incumbe o seu pagamento. Que nas trocas só deve ser do excesso do valor.*

Não admittimos o laudemio nos empraçamentos de futuro; porque, entendido na forma ordinaria, é uma prestação iniqua, na parte em que comprehende as bemfeitorias; e limitado ao valor do predio primitivo, é arbitrario em razão da sua eventualidade; as partes podem e devem equilibrar melhor os seus interesses no regulamento das prestações certas. A fixação da quarentena póde ser admittida como regra de decidir quando o laudemio não é determinado na investidura, em quanto ao preterito; mas a lei não póde nem deve admittir o laudemio de futuro, porque não parte de nenhuma razão sufficiente.

Ao artigo 1760.º *Deve declarar-se que se a divisão fór feita sem consentimento do senhorio, poderá este pedir o fóro por inteiro a cada um, ou que elejam de dois em dois annos um cabecel, que pague o fóro por inteiro e o cobre dos mais: o mesmo se deve ampliar aos censos.*

O additamento é necessario; mas não nos parece admissivel a alternativa do cabecel, que traz consigo graves in-

convenientes; e mais justo e regular seria a pena de commisso, porque ha quebra do contracto. Poder-se-ha accrescentar ao artigo o seguinte:

§. *Se o praso fór dividido por glebas sem consentimento do senhorio, poderá este rehavel-o por commisso.*

Ao artigo 1761.º *Não deve impôr-se a remissão forçada, por ser um ataque ao direito de propriedade; que seria ir mui longe applicar aqui o principio da expropriação por utilidade pública; que por esta razão se poderia tambem acabar com os prazos, censos, e talvez com as servidões, que não fossem da mais rigorosa necessidade.*

Este ponto será talvez um dos mais controvertidos do Projecto. Longo tempo hesitámos; mas por fim decidimos pela remissão, porque nos pareceu o mais conforme com os interesses economicos do paiz. Cumprimos um dever de consciencia — *advienne que pourra*.

Quando no Conselho d'Estado, em França, se discutiu a questão das rendas prediaes perpetuas, e se deviam ser ou não restabelecidas, pois se achavam abolidas pelas Leis anteriores, houve grande divergencia de opiniões; mas Napoleão, com aquella intelligencia superior de que era dotado, poz termo ao debate, exprimindo-se da maneira seguinte: O que importa examinar primeiro que tudo é, se convém ao Estado que haja muitas *rendas prediaes*; e que o uso d'este contracto se propague. Em quanto se não decidir este ponto, todo o trabalho ulterior é inutil. Consideradas de baixo d'este aspecto, não me parece que as rendas prediaes offereçam vantagens. Concebe-se difficilmente que possa ser util ao Estado, que as terras sejam oneradas para com elle d'um imposto d'um quarto do seu producto, que o senhorio perceba outro quarto ou talvez mais, e que o forcira fi-

nalmente as possa ainda arrendar. Tal é, entretanto, o resultado que este contracto produzirá depois d'um certo lapso de tempo.

Fere-se 'nestas palavras o vicio essencial da instituição. O emphyteuta é realmente um servo da gleba disfarçado. Como ha de o foreiro em verdade tirar da terra meios que cheguem para satisfazer os tributos, pagar as prestações, alimentar-se, melhorar e bemfeitorisar? A sua condição não deixará nunca de ser deploravel, e tanto mais quanto o fôro fôr mais pesado. Quando as terras abundavam e escasseavam os braços, o fôro era pela maior parte insignificante, mas não se pôde dizer que fosse desproporcionado em relação ao tempo, pois que os senhorios assim mesmo lucravam, não achando melhor emprêgo para os seus fundos prediaes. Mas, á proporção que as terras foram escasseando com o desenvolvimento da população e da industria agricola, esse fôro foi crescendo; e á medida que a emphyteuse se approxima do arrendamento, se vaé tornando uma verdadeira calamidade. E foi já para evitar em parte as funestas consequências da cegueira dos foreiros, que, levados do amor da propriedade e do beneficio apparente d'uma aquisição sem desembólso de dinheiro, que não tinham, não hesitavam em obrigar-se a foros excessivos, que a Lei de 4 de Julho de 1776 ordenou, que taes aforamentos se regessem pelas Leis da locação sendo em terras já cultivadas: e na verdade, em taes circumstancias bastariam um anno ou dois de esterilidade para arruinar completamente o foreiro. Esta disposição do Marquez de Pombal minorou por certo o mal, mas não fez tudo o que era preciso. A disposição, restricta aos predios cultos, deixou de fôra os emprazamentos de predios incultos de fôro subido, e que por certo não

demandavam menos favor, por isso que o foreiro necessariamente tinha de empregar capitaes consideraveis para bemfeitorisar. Pôde dizer-se, que ha infinitas emphyteuses antigas por um fôro quasi nullo. É verdade em quanto ao fôro em si, mas lá estão os laudemios para supprir essa differença, e que de ordinario são mais pesados. E finalmente, se mais convier ao foreiro conservar-se emphyteuta, podel-o-ha fazer livremente. Em quanto ao senhorio tem-se feito tudo o que exige a justiça, indemnisando-o completamente do valor do seu dominio. A violencia, que pôde fazer-se á sua vontade, é a mesma que soffrem todos os proprietarios nas outras restricções impostas por utilidade publica.

A estas causas, que tornam a emphyteuse pouco digna de ser favorecida, accrescem muitas outras de não menos gravidade, como os embaraços e difficuldades nas partilhas, complicação de legislação, e multiplicidade de processo a que inevitavelmente dão causa (a).

(a) Não deve fazer estranheza a modificação que propomos na emphyteuse; ha muito que este contracto não cessa de ser transformado segundo as conveniencias do tempo. Justiniano começou reduzindo o landemio á *quingagesima*, por causa das extorsões praticadas pelos senhorios.

Veio depois a equidade Bartolina com o seu direito de renovação forçada, e outras importantes innovações, e finalmente o principio da remissão adoptado em differentes Legislações, a exemplo do Direito Francez. Nesta parte é notavel a Legislação Hespanhola. Por Decreto de 6 de Novembro de 1799 (Carlos iv), foi permittida a remissão de quaesquer censos perpetuos e foros emphyteuticos, mas a troco de vales ou titulos de divida pública com renda de quatro por cento, sem circulação, e annuados aos senhorios. Esta operação foi regulada em 1801 e 1803.

Em summa, propondo o direito de remissão, o nosso fim foi habilitar o cultivador a poder bemfeitorisar pela livre disposição do producto do seu trabalho ou rendimento — *De fóro nem um óvo* — diz o proverbio, que exprime o sentimento d'um mal profundo. É verdade que o senhorio não diz o mesmo, porque na realidade não percebe senão vantagens; mas é esta mesma opposição que constitue o vicio radical da instituição, e que é indispensavel corrigir. O ataque ao direito de propriedade desapparece verificada a devida indemnisação. O senhorio não tem de que queixar-se, logo que receba um equivalente dos seus direitos uteis. Nunca o direito de propriedade pôde ir tão longe que prejudique os interesses geraes.

Diz o nosso illustre Revisor, que pelas mesmas razões se poderiam extinguir completamente os prazos, censos e servidões, que não forem de absoluta necessidade.

Não condemnamos absolutamente a emphyteuse e censo, mas sómente a forma em que existe; se o mal não podesse ser corrigido pelos meios que propomos, nenhuma dúvida teríamos em proscrevel-os inteiramente. Em quanto ás servidões é certo que aquellas, que se tornam prejudiciaes ao serviente sem maior utilidade ou necessidade do servido, convém que sejam abolidas, e 'neste sentido alguma cousa se acha providenciado no lugar competente.

Em quanto á violencia que se nota no modo da remissão, por que ainda que se concedam tres laudemios, não se contam as bemfeitorias, e que eram comprehendidas segundo o direito antigo (Ord. 4, 38, pr.), o nosso proprio Revisor reconhece, que é uma injustiça, porque as bemfeitorias são propriedade do foreiro, e até no caso de devolução lhe são pagas; e se isto assim é, não vemos razão para considerar

como inviolavel a Ordenação citada. Por esta regra nenhum direito indevidamente adquirido poderia ser emendado ou cohibido. O que é injusto não se legitima jámais, posto que, se a Lei o consagra, importe obediencia. Mas o caso é diverso, porque a supra citada Ordenação é fortemente impugnada (a).

Diz mais o nosso illustre Revisor, que, admittida a remissão forçada do dominio directo, se deve admittir a do util.

As razões que militam a favor do emphyteuta, não se verificam a respeito do senhorio; e portanto nenhum lugar tem aqui a Lei da reciprocidade.

Observa egualmente que é preciso declarar-se que a sub-emphyteuse é permittida; que é necessario o consentimento do senhorio; que d'ella se não deve laudemio.

A declaração é inutil em quanto ao preterito; e em quanto ao futuro não se admitte, porque não offerece senão applicações escusadas.

E poderá, passando a remissão, pergunta o nosso illustre Revisor, remir tambem o sub-emphyteuta?

Não pôde haver dúvida, pois que a sub-emphyteuse é uma verdadeira emphyteuse.

E se remir o fóro, pergunta ainda, ficarão remidos os outros direitos dominicaes?

(a) João Pedro Ribeiro declama contra esta prática. *Mem. de Liter. de Acad.* tom. 7.º, pag. 28. As bemfeitorias são patrimonio do bemfeitorisante, diz Pêgas, tom. 7.º á Ord. Liv. 1.º, tit. 87, § 4, pag. 66. Lobão, *Appendice ao Direito Emphyteutico*, § 173, conclue dizendo que a Ord. Liv. 4.º, tit. 38, se deve entender nos termos habeis, isto é, do não bemfeitorisado, e nos termos racionais de que não resulte um tal absurdo e iniquidade.

É fóra de dúvida, por isso que a remissão é do dominio directo, que comprehende todos os direitos dominicaes.

Ao artigo 1832.º, § 2. *Deve limitar-se ás corporações de mão morta conforme a Lei de 4 de Julho 1768 e Alvará de 12 de Maio de 1769, porque será prejudicial aos outros estabelecimentos, como Camaras, Junctas de Parochia, etc.*

Antes, pelo contrario, nos parece que não pôde haver prejuizo, porque os prazos das Camaras e Junctas de Parochia, são geralmente fideiússins hereditarios, e não precisam de conversão. Mas se houver alguns de nomeação, não vemos razão para fazer excepção. Nos prazos particulares dá-se este favor em razão da coacção que se faz ao senhorio, alterando a natureza do prazo; mas esta coacção não se explica, nem pôde ser admittida nos estabelecimentos públicos, que estão na dependencia do Estado. Demais, o prejuizo, se o houvesse, seria insignificante.

Ao artigo 1841.º *O registro deve comprehender todo e qualquer acto de transmissão de propriedade em vida ou por morte.*

Esta idéa, que aqui enuncia o nosso sabio Revisor, não é tão simples e facil, como parece á primeira vista, para se poder obter algum resultado util. O simples registro do testamento, a que ficam reduzidos os actos *causa mortis*, (porque as doações com esta causa unicamente são admittidas como instituições contractuaes ou em fôrma testamentaria) existe já, como todos sabem, e se acha a cargo da auctoridade administrativa. Mas para que este registro se pudesse tornar verdadeiramente proficuo, e obtivesse os effeitos que o nosso registro confere aos actos entre vivos, seria preciso que o testamento contivesse a declaração es-

pecifica de todos os immoveis da herança, o que raramente acontece. E ainda assim não teriamos conseguido o nosso fim, porque seria necessario chamar tambem ao registro os immoveis transmittidos por successão legitima, e tudo isto demandaria regulamentos complicados, difficeis e dispendiosos. Assim vemos, que tanto na ultima Lei Belga sobre esta materia (16 de Dezembro de 1851) como na Lei Franceza (26 de Março de 1835), a transcripção é apenas exigida nos actos traslativos de propriedade immobiliaria entre vivos.

Eis aqui as razões d'esta restricção, expostas por Debelleyme no relatorio da Lei Franceza: «O legatario, diz elle, não é parte no testamento como o acquirente na venda; o mais das vezes não o conhece, e pôde depender do herdeiro o prolongamento da sua ignorancia, e portanto correrá necessariamente, a contar da morte do testador, um espaço de tempo mais ou menos longo, em que o legatario se achará na absoluta impossibilidade de operar a transcripção. Deixar-se-ha durante este tempo o legatario á mercê do herdeiro, e será este auctorisado a alienar validamente os immoveis da herança, e a expoliar o legatario? Não é possível. O direito do legatario é sagrado, porque resulta da vontade do moribundo; não se pôde admittir que dependa da vontade do herdeiro anniquilal-o. Se fosse possível dar ao legatario um meio de assegurar o seu direito, poderíamos obrigal-o a obtemperar a esse meio; mas impôr-lhe a formalidade da transcripção seria impôr-lhe uma condição, cujo cumprimento não estaria no seu arbitrio. Ao lado do interesse do legatario se appresenta o do testador. Fazer depender a validade do testamento da transcripção, seria alterar a faculdade de testar. A validade do testamento não depende-

ria do facto do testador. Debalde observaria todas as prescripções da Lei, restaria uma que elle não poderia preencher; que só poderá ser cumprida depois da sua morte e por mão estranha; e d'esta formalidade dependerá comtudo a efficacia ou inefficacia do testamento. E, finalmente, que praso se poderia fixar ao legatario para a transcripção? Desde quando se contaria? Desde a morte do testador, ou desde a sciencia do testamento? Eisahi questões, cuja solução não será facil nem satisfatoria. É por isso que a transmissão se opéra no momento da morte do testador por effeito da Lei, ainda mesmo que o herdeiro d'ella não saiba.

E que vantagem poderia resultar de submeter os herdeiros e legatarios á obrigação de fazer inserir certas declarações nos registros públicos? Taes declarações não importariam titulo, não seriam mais que o simples enunciado de pretensões a um direito. A transcripção portanto não poria de modo algum qualquer terceiro a coberto das acções de petição de herança, ou de nullidade de testamento por vicio de fórma, ou por outra causa.

Demais, não se deve perder de vista, que o fim d'esta formalidade é dar publicidade ás transferencias de direitos reaes, e prevenir os adquirentes e mutuantes contra as fraudes dos alienantes e mutuarios.

A questão de saber se o que se appresenta como proprietario, é ou não verdadeiro herdeiro do defuncto, deve pois ficar ao cuidado dos interessados, e não pôde ser resolvida pela formalidade do registro.

Ao artigo 1911.º e 39.º *E necessario precisar bem a idéa de corporações de mão morta; em que ha divergencia; querendo uns com Gouvêa Pinto, que comprehenda todas as corporações ecclesiasticas e seculares, e outros com Bor-*

ges Carneiro, sómente as ecclesiasticas. É preciso declarar se as Camaras, Junctas de Pariochia, Universidades, Escolas, Lyceus, entram 'nessa categoria.

Nós entendemos por Corporações de mão morta todas as corporações perpetuas. A disposição do artigo abrange não sómente os estabelecimentos e corporações ecclesiasticas, mas tambem as leigas; nem foi de nossa mente fazer distincção entre estes estabelecimentos em quanto á especie do art. 1911.º, como se vê dos artt. 39.º e 40.º Mas não ha com effeito 'neste artigo a necessaria clareza: e deve accrescentar-se ás palavras — ou *instrucção publica* — as seguintes — ou *quaesquer outras corporações*.

'Nesta conformidade será tambem necessario supprimir no art. 1625.º as palavras — *de mão morta*, deixando á palavra *corporações* toda a sua generalidade. D'esta maneira torna-se desnecessaria a definição de *corpos de mão morta*, que na realidade é diversamente appresentada pelos Jurisconsultos, tanto nacionaes como estrangeiros (V. Merlin, verb. *Main-morte* — Gens de, etc.).

O nosso illustre Revisor entende que a disposição do art. 1911.º, em quanto á alienação no anno e dia, deve ser ampliada respectivamente aos estabelecimentos não mencionados no mesmo artigo, a saber — os que não são ecclesiasticos de caridade, beneficencia ou instrucção. — Não vemos razão de differença. Se occorrerem motivos ponderosos para que os bens se conservem por mais tempo, nada impede que se recorra ao poder legislativo.

Pensa egualmente o nosso illustre Revisor, que se deve permittir que as Misericordias e Hospitaes adquiram não só por legado mas tambem por herança, por isso que, 'neste

caso, não temos instituição d'alma por herdeira, e não convém diminuir os recursos de estabelecimentos tão uteis.

A razão que nos moveu assentar o principio de que as corporações não podessem adquirir por herança, mas somente por legado, não foi o receio de semelhantes instituições. Esse tempo passou, e difficilmente voltará. O nosso fim foi outro, a saber—acautelar os estravios de administrações de heranças, evitar as difficuldades de liquidações, acceitações, repudios, e facilitar as alienações dos immoveis em tempo competente. Nem esta disposição pôde offender ou diminuir os recursos dos estabelecimentos publicos: pelo contrario, é-lhes favoravel; assim porque nada obsta a que se deixe por legado o que se deseja deixar por herança, como porque se desvia de cima dos estabelecimentos a grande responsabilidade inherente á qualidade de herdeiro.

Observa o nosso illustre Revisor, que é difficil ás vezes distinguir o que é herança ou legado, e que talvez mesmo na applicação do art. 1868.º se encontre difficuldade, principalmente nas expressões—*certa porção d'essa generalidade, certa universalidade de bens*;—que por isso seria por ventura conveniente taxar uma quantia, além da qual as corporações não podessem adquirir.

O art. 1868.º define o que importam as palavras—*herdeiro e legatario*. Esta definição é da mais alta importancia, porque os direitos dos herdeiros e legatarios differem profundamente. Tenham paciencia os inimigos das definições, pois na maior parte dos casos constituem direitos e obrigações, e são indispensaveis. Deixar absolutamente aos termos de que usar o testador a determinação das consequencias d'estas tão diversas situações, seria dar logar a intermina-

veis disputas, e prejudicialissimos equivocos. Era preciso pois derivar a differença, não das palavras de que o testador ignorante possa servir-se, mas da mesma natureza das causas.

Conformámo-nos 'nesta parte com o espirito da Legislação Franceza, conservando todavia a denominação de herdeiro, que sem maior necessidade é trocada no Código Francez pela denominação de *legatario universal*.

Segundo a doutrina do nosso artigo—herdeiro é o successor do defuncto por *titulo universal*, e *legatario* o successor por titulo particular. *Titulo universal*, dizemos nós, é a disposição que comprehende a generalidade dos bens do testador, ou certa porção d'essa generalidade. Assim, tanto é herdeiro aquelle a quem o testador deixa todos os seus bens, como a quelle a quem deixa um terço, um quarto d'esses bens, embora lhe chame legatario, ou se sirva da palavra legado.

Titulo particular, dizemos, é a disposição de certos e determinados bens, de certas e determinadas sommas, de certa universalidade de bens.

Assim, se o testador diz—deixo a Ticio a minha quinta da Panasqueira, a minha vinha das Grilas, a minha casa do Canceiro; faz um legado, e institue um legatario. Se diz, deixo a Mevio 400\$000, 200 alqueires de trigo, ou outra quantia ou somma certa, faz ainda um legado.

Se diz, deixo a Sempronio o meu feto de cabras, a minha manada de vaccas, o meu rebanho de ovelhas, a minha vara de porcos, os moveis de minha casa, etc., etc., faz ainda um legado.

Parece-nos, que ha em tudo isto a necessaria clareza, nem vemos como possa occorrer difficuldade na applicação

da regra, uma vez que se não perca de vista, que uma cousa é uma certa universalidade de objectos, outra cousa, uma certa porção d'uma generalidade de bens. No primeiro caso, o objecto é certo e determinado; no segundo, proporcional e incerto.

Poderá dizer-se, que algumas vezes virá o legatario a achar-se de melhor condição que o herdeiro. É possível; mas como a qualidade de herdeiro não importa necessariamente vantagem a este respeito, não pôde tirar-se d'ahi argumento algum contra a regra. Mas ainda 'nesse caso o herdeiro é favorecido a outros respeito, v. g., pelo direito de accrescer, e outros direitos de que goza em geral.

Por ultimo, o que importa sobre tudo, é que o direito seja certo, e que cada um saiba como pôde regular a sua última vontade. Prevenido do que a lei determina, está na sua mão favorecer como quizer os seus successores, comtanto que se conforme com o disposto na lei.

Em quanto á lembrança de taxar uma quantia além da qual as corporações não possam adquirir, parece-nos inadmissível, porque não pôde achar-se base nenhuma certa para semelhante calculo. Deve permittir-se, que os estabelecimentos de utilidade pública adquiram, por isso mesmo que a sua utilidade crescerá na razão directa de seus meios. Mas qual será o termo d'esta necessidade? Eis ahi o que ninguém pôde predizer. A regra deve pois ficar na generalidade em que está; ao poder legislativo pertencerá pôr termo a esse direito de adquirir, quando comece a tornar-se perigoso.

Esta limitação só poderia ter logar em quanto aos legados de *bem d'alma*, suffragios: e, posto que pouco haja a recear que se abuse 'nesta parte, não nos opporemos, se

assim parecer á sabia Commissão, a que se restaurem as disposições da Lei de 9 de Setembro de 1769, §§ 6 e 7.

Ao artigo 1912.º *Deve estabelecer-se o mesmo nas successões legítimas para haver perfeita reciprocidade.*

É justo, e proporemos o necessario additamento.

Ao artigo 1917.º *Os perflhados não devem ter legítima, nem concorrer com os filhos legítimos, quer a legítimação seja anterior, quer posterior ao matrimonio; podendo o pae sómente, querendo, dispôr da terça em seu favor; mas na falta de legítimos poderão succeder como legítimos.*

O nosso illustre Revisor não acha de justiça nem de manifesta utilidade a innovação que propomos. A esta asserção generica opporemos as razões, que nos serviram de fundamento.

Primeiro que tudo não devemos perder de vista, que na grande maioria dos casos, segundo o systema vigente, os filhos naturaes succedem a seus paes promiscuamente com os legítimos. Já se vê pois, que 'nesta parte o direito actual é mais favoravel aos filhos naturaes, que a disposição do nosso artigo. É verdade que a disposição da lei actual só comprehende os filhos de peões, mas não é menos certo, que esta classe é a mais numerosa da sociedade. 'Nestas circumstancias era preciso, ou fazer descer os filhos naturaes dos cavalleiros á condição dos filhos naturaes dos peões, ou fazer subir estes á condição d'aquelles. Não fizemos nem uma cousa nem outra. Nenhuma d'essas alternativas era accetavel aos olhos da justiça, da moral e da conveniencia pública. Seguimos o meio termo; transigimos, resalvando todos os direitos com a possível ou necessaria differença.

Tal homem tem um filho natural: reconhece-o ou perflha-o. Casa depois e tem filhos legítimos. Será justo que

este filho perfilhado antes do matrimonio, seja completamente desherdado? Não tinha elle um direito adquirido, ou pelo menos, uma justa expectativa de successão? Por outro lado, não era já conhecido da mulher, que contraíu o matrimonio com o pae d'esse filho natural, que este filho existia e gozava de certos direitos? Pareceu-nos, que a justiça pedia que estes filhos fossem em todo caso contemplados, posto que menos avantajadamente que os legítimos, em attenção ao favor com que as justas nupcias devem ser protegidas.

Mas tal homem, que teve um filho natural antes de casar-se, vem sómente a reconhecer-o, ou durante o matrimonio, ou dissolvido elle: estará este filho no mesmo caso? De certo não; aqui o direito está todo da parte dos legítimos. O casamento foi contraído na supposição de que nenhuma obrigação ligavam o pae a outros filhos, e o facto do reconhecimento posterior não deve prejudicar os legítimos. Neste sentido concedemos sim ao filho perfilhado a sua legítima, mas sem prejuizo dos filhos legítimos, fazendo-a sair da terça. E como talvez podesse o filho natural vir a ter maior legítima que os filhos legítimos, o que seria monstruoso, declarámos que em caso algum esta legítima podesse exceder a dos outros, menos um terço.

Pelo Código das Duas Sicílias, art. 664.º, o filho reconhecido em concorrência com o filho do ascendente legítimo, recebe metade da legítima. Pelo Código Sardo, art. 932.º, são considerados como legítimos, sendo legitimados por diploma real.

Pareceu-nos, que d'esta fôrma satisfazíamos a todos os principios da justiça e todas as conveniências sociaes, e temos para nós que não será fácil demonstrar o contrario. A

nossa doutrina, nos termos em que a propomos, é por certo nova; mas sendo tão justa como é, temos direito a esperar, que será benignamente acolhida, se fôr maduramente meditada.

Em relação aos direitos dos illegítimos sobre os bens dos paes, seguem as Legislações existentes, trez diversos systemas, que *Koenigs-Warter* denomina — *Systema Germanico, Romano e Natural*. O primeiro não reconhece nos illegítimos direito algum successorio sobre os bens da mãe nem do pae. Encostam-se a este systema o Direito Inglez, Sueco, Russo, Bernez, Friburgense e Argoviano.

O segundo systema exclue os illegítimos da successão dos paes, mas não da successão das mães nem dos parentes maternos. Encostam-se a este systema o Direito Austriaco, Dinamarquez e Prussiano.

O terceiro systema, que começou a prevalecer nas novelas de Justiniano, attribue aos filhos illegítimos direitos hereditarios tanto sobre os bens da mãe como sobre os bens do pae. Encostam-se a este systema o direito commun de Alemanha, o Código Civil de Baviera, Vaud, Hellandez e Francez, posto que denegue aos illegítimos o título de herdeiros.

O nosso direito conforma-se com este systema em quanto aos peões, e em quanto aos cavalleiros segue o antigo Direito Romano.

Em todas estas legislações ha differenças, em quanto ao quantitativo, que é inutil apontar. Vej. *Koenigs-Warter, Legislation sur les enfans nés hors de mariage*, p. 92 e seguintes; *Belime, Philosoph. du Droit*, etc.

Observa tambem o nosso illustre Revisor, que ha desigualdade de legítima, segundo o nosso systema, entre descendentes e ascendentes, e se falta á devida reciprocidade.

Pelo art. 1918.º a legitima dos filhos e dos paes, é de dois terços, e a legitima dos ascendentes além dos paes é de metade. É verdade, que não ha reciprocidade em quanto a estes; mas essa falta de reciprocidade é justificada pela necessidade de dar ao filho mais alguma latitude na disposição dos bens que tem adquirido, independentemente da herança de seus ascendentes, que em regra deve suppôr-se ainda não recebida.

Tambem não deve admittir-se a preferencia dos irmãos aos ascendentes, além dos paes. Ha certa anomalia em serem os descendentes herdeiros legitimos ou necesarios dos ascendentes, e serem os irmãos preferidos a estes.

Esta anomalia é determinada por motivos que nos parecem attendiveis. Nós supomos, por via de regra, que a vida acaba para os ascendentes, já em segundo gráu, quando começa para os descendentes. Não está na ordem natural, que os avós cerrem os olhos aos netos. Supomos que a conveniência social exige que 'nesta última situação haja mais meios de vida e industria. Supomos que 'naquella avançada idade já não ha mesmo a necessaria garantia de boa administração. Demais, consideramos os irmãos nascidos dos mesmos paes quasi como uma só pessoa moral, em que a affeição natural não pôde considerar-se reciprocamente menor do que para os ascendentes. Belime (*Philos. du Droit*, t. 2, pag. 345) é d'esta mesma opinião, pois sustenta que os irmãos e irmãs deverão excluir completamente os avós, porque são, sem dúvida alguma, objecto da mais viva affeição; e vai ainda mesmo mais longe, approvando o systema doCodigo Francez, que chama os irmãos em concorrência com os paes; porque, diz elle, a affeição do homem se divide quasi egualmente entre elles.

O nosso illustre Revisor lembra comtudo que, admitindo-se a nossa idéa, poderá determinar-se que tenham os ascendentes o usufructo, e os irmãos a propriedade; porém, parece-nos que d'esta fórma não são sufficientemente attendidos os motivos que indicamos. Entre tanto, valerá sempre mais que o systema actual.

Ao artigo 2133.º *O direito de representação não deve passar dos filhos de irmãos, como actualmente se segue em conformidade com a Novella 118, cap. 13.º, porque a representação é uma excepção á regra de proximidade de gráu, e não é justo que se estenda tanto.*

Por muito respeitavel que seja a auctoridade do Direito Romano, e do nosso illustre Revisor, não podemos acquiescer á sua doutrina. A regra da proximidade funda-se 'numa presumpção, a de maior affeição do fallecido; e deve ceder, sempre que essa presumpção effectivamente não existe, ou pôde prejudicar outras presumpções mais fortes ou eguaes, como na hypothese do nosso artigo.

Supponhamos que *Primus* teve mais dois irmãos, *Secundus* e *Tertius*. *Primus* fallece abintestado, *Secundus*, morto antes, deixou um filho: *Tertius* tambem morto teve um filho, mas este filho, tambem fallecido, deixou um filho. A questão reduz-se a saber, se o neto de *Tertius* ha de ser excluido da herança, porque teve a desgraça de perder seu pae antes da morte de *Primus*.

O nosso douto Revisor, com Justiniano e com muitos outros gravissimos auctores, decidem que seja excluido, porque está em primeiro logar a regra da proximidade do gráu; — e nós entendemos que é uma grande iniquidade, na concorrência de irmãos e filhos de irmãos.

Se a distribuição da herança é fundada na affeição pre-

sumida do defuncto, é preciso que ponhamos de accôrdo o effeito com a causa, como dizia Berlier no Conselho de estado de França. No caso figurado é certo, que todos estes sobrinhos haviam partilhado as attenções e amor do fallecido. Collocados em tórno d'elle, promiscuamente com seus proprios irmãos, tanto mais interessantes quanto menos afortunados, como é possível que incorressem na sua absoluta indifferença, e merecessem ser desherdados se houvesse disposto de seus bens? 'Neste circulo circumscripto de parentes tão chegados, não vemos senão uma familia, um identico vinculo de affeição, e a representação se torna a nossos olhos um direito indispensavel, e dictado pela propria natureza. Assim foi esta doutrina sancionada no Codigo Francez, art. 772.º, e em muitos outros Codigos (a).

Ao artigo 1162.º *A querer-se contemplar a mulher na successão, deve ser em escala maior, sem prejuizo dos ascendentes e descendentes; se bem que, estabelecidos os apanagios legaes, será talvez desnecessaria esta providencia.*

Arhens, Belime, La Boulaie, e muitos outros escriptores, têm declamado altamente contra a pouca consideração, que se tem dado á mulher na ordem da successão intestada; e querem que esta deva preferir aos callateraes, que não forem irmãos ou filhos de irmãos. Estivemos inclinados a

(a) Esta instituição foi ignorada no antigo Direito Germanico. Childeberto a introduziu entre os Francos em 695; mas não se sustentou nos costumes da meia idade, que davam tudo ao herdeiro mais proximo. Triunphou na Alemanha por força d'um combate judiciario (V. Pasquier — Recherches sur la France L. 1.º, cap. 1.º). A restricção do direito de representação, diz Belime (Phylos. du Droit, t. 2.º, pag. 358), é um systema aristocratico, porque, dando tudo ao mais proximo, concentra os bens em menos mãos.

adoptar esta doutrina, porém pareceu-nos a final uma innovação muito violenta para os nossos costumes, e procurámos remediar a dureza do systema adoptado, provendo á sorte da mulher com os apanagios — concedendo-lhe o poder paternal, com todas as suas prerogativas na falta do marido; e confiamos em que esse mesmo amor presumido, que serviria de base á preferencia abintestado, se existe na realidade, saberá provêr testamentariamente aos interesses da mulher, na falta de instituição contractual.

Ao artigo 1922.º *É necessario cortar a questão se o pae pôde tomar na terça bens certos e determinados.*

Esta questão parece-nos resolvida nos artigos 1921.º e 1922.º onde se presuppõe esta faculdade sem prejuizo das legitimas.

Ao artigo 2003.º *Não parece justo, nem conveniente, que se restrinja o fideicomisso a um só gráu; deve estender-se ao segundo, como está no art. 2662.º, porque assim se combina a liberdade de testar com a exclusão de amortização demasiada.*

Pelo contrário não nos parece nem justa, nem conveniente, similhante instituição, fóra dos casos exceptuados no artigo. Não ha conveniencia na instituição nem em relação aos beneficiados, nem em relação á sociedade: não em relação aos beneficiados, porque o fiduciario, que não é mais que um usufructuario, não pôde recolher os proveitos que resultariam da permanencia da propriedade, nem obter crédito algum sobre bens que d'um dia para outro podem desaparecer do seu patrimonio; não em relação ao fideicommissario, porque virá a receber assim uma propriedade deteriorada pela ambição ou negligencia do fiduciario: não em relação á sociedade, porque sempre é prejudicada pelo desap-

roveitamento da propriedade, ou diminuição do seu producto, pela perda dos direitos durante a amortização, e, finalmente, pela infinidade de questões e demandas, que estas desmembrações do dominio necessariamente produzem.

A estas razões accrescentaremos uma outra especial ao nosso paiz.

Todos sabem que uma grande parte da nossa propriedade immobiliaria se acha amortizada pelo direito vincular, e que 'neste estado de cousas, que talvez se conserve ainda por longo tempo, seria um gravissimo erro economico, da parte do legislador, favorecer ainda esta especie de amortização. A nossa velha Ordenação L. 4.º, tit. 87.º, § 12, não passou do primeiro gráu em substituições fideicommissarias de heranças, e seria retroceder ainda além do seculo XVI amplial-as agora ao segundo gráu: sómente, é para lamentar, que o espirito que os Philippistas revelaram em quanto ás substituições temporarias, se não reproduzisse de algum modo no tocante ás substituições perpetuas (a).

Em quanto á declaração de que os direitos e obrigações do fiduciario são os do usufructuario, acha-se no art. 2008.º para os casos em que os fideicommissos são permittidos; e segundo a nossa doutrina, não pôde ter logar a questão do

(a) Corrêa Telles, *Dig.* 3, 1639, fundado na Ordenação supra citada, não admite substituições de substituições, porque, diz elle, complicam muito a jurisprudencia sem utilidade pública. Quasi todos os economistas têm combatido esta instituição tanto por obstar aos melhoramentos agricolas, como por entorpecer o crédito e circulação da propriedade. (V. Smith, *Riches. des Nations*, L. 3.º, cap. 11 — Rossi, *Cours de Économ. Polit.* Liç. 5.ª — Droz, *Économ. Polit.* pag. 103 — Montesq., *Esprit des Loix*, L. 5.º, cap. 9.º — Mac-Culloch, *Treat. on the Succ. of the property. etc.* Lond. 1848, pag. 56 — Márcadé ao art. 896.º do Cod. Francez.

spes debitum iri. Entretanto, se parecer necessario, poder-se-ha accrescentar ao art. 2003.º o seguinte:

O fideicommissario adquire direito á successão desde o momento da morte do testador, ainda que não sobreviva ao fiduciario. Este direito passa aos seus herdeiros.

Ao artigo 2039.º *Esta fórma não offerece as garantias da actual Ord. Liv. 4.º, tit. 8, §§ 1 e 2, e do Ass. de 10 de Junho de 1817, que manda lavrar o auto de approvação em seguida ao testamento, ficando depois o auto igualmente fechado e cosido, e livre de poder soffrer qualquer alteração.*

Da disposição do § 1 se vê, que o artigo presuppõe duas hypotheses — ou que o testamento tem espaço em branco, onde se escreva o auto de approvação; ou que não tem espaço algum em branco. No primeiro caso nada impede que o auto seja escripto logo em seguida ou na parte exterior; — se o testamento não tem espaço algum em branco, forçoso é envolvê-lo em outra folha, e então se tomará a cautella de fazer rubricar de novo o testamento pelo tabellião, se não fôr escripto por mão do testador, porque em tal caso seria desnecessario. Que o auto fique ou não fechado, e seja escripto mais em cima ou mais em baixo, parece indifferente. O que não vemos que seja possível, é que se lance forçosamente o auto em seguida ao testamento, quando a folha, em que se acha escripto, não tenha espaço algum em branco; e foi isto o que pretendemos prevenir, e que não foi previsto na legislação actual.

O nosso illustre Revisor entende que o nosso artigo dá menos garantias que a antiga legislação, mas a razão que aponta de dever ficar o auto de approvação necessariamente cosido e fechado, não se acha providenciada na Lei. O que

alli se encontra é que o auto de approvação deve ser exarado no papel em que o testamento se acha escripto, e que não havendo espaço se escreva em outra folha, pondo o tabellião o seu signal em qualquer parte do testamento.

O nosso artigo não diz expressamente que comece a escrever-se o auto na folha do testamento, mas infere-se claramente da disposição do § 1.

Entretanto para evitar dúvidas, convimos em que se torne a redacção mais explicita. De resto não vemos differença entre as duas doutrinas, senão em que a nossa elimina algumas palavras e declarações inúteis, v. g., a pergunta do tabellião ao testador, se ha o testamento por firme e valioso, bastando que diga, que é aquella a sua ultima vontade. E accrescenta a clausula indispensavel sobre o estado mental do testador.

A redacção do artigo pôde pois ficar do modo seguinte:

Artigo.

Em seguida, e sempre na presença das sobredictas testemunhas, e do testador, lavrará o tabellião o termo em que declare como o testamento fôra appresentado, segundo fica dicto, se é escripto ou não pelo testador, se vae assignado, e por quem, o numero das folhas, se tem ou não alguma interlinha, emenda, borrão ou nota marginal, se o testador foi reconhecido, ou verificada a sua identidade, e se estava ou não em seu perfeito juizo, e livre de toda e qualquer coacção.

§ 1.º *Se o papel em que fôr escripto o testamento tiver algum espaço em branco, será o termo escripto ou começado 'nesse espaço; se não o tiver será exarado em outra*

folha; e se o testamento não fôr escripto pelo testador será rubricado pelo tabellião.

§ 2.º *O termo será lido, datado e assignado, segundo o disposto na secção precedente, e logo cerrado, cosido e selado pelo tabellião.*

É preciso cortar a questão, se basta a assignatura de cruz, quando o testador não sabe escrever.

Esta questão está resolvida nos artt. 2057.º e 2059.º

É preciso declarar, se as palavras bom, firme e valioso, são ou não sacramentaes.

Não pôde haver questão a este respeito, porque de taes palavras se não faz menção.

Se assignar testemunha a rogo do testador, e não declarar o tabellião que esteve presente a todo o acto, haverá nullidade?

A lei não a commina, e em materia formularia não ha nullidade não sendo comminada.

Não deve alterar-se o numero das cinco testemunhas.

O nosso illustre Revisor não motiva o seu asserto. As razões que tivemos para esta innovação, são as seguintes:

Se o testamento é escripto pelo testador, são mais que sufficientes as duas testemunhas e a fé do official público. Se o testamento não é escripto pelo testador, exigem-se quatro testemunhas, porque então será mais facil a fraude. A differença d'uma testemunha nada significa, e não convém multiplicar embaraços sem absoluta necessidade. De resto, conformamo-nos com a disposição do Codigo de Hollanda, art. 987.º O Codigo de Austria, art. 579.º, exige apenas tres testemunhas, ainda sem a presença do tabellião.

Será necessario não omitir o testamento excepcional em

tempo de peste com tres testemunhas; mas sómente em favor dos atacados.

O disposto nos artt. 2094.º e 2095.º satisfaz a esta necessidade. Não admittimos testamentos com menores garantias, porque é menos mal deixar as heranças á ordem legitima do que sujeital-as a fraudes e usurpações. Os interessados podem prevenir-se com tempo. A Lei não é feita para os que dormem.

Ao artigo 2276.º *Parece deduzir-se que os dotes trazidos á collação augmentam a terça. A prática está em contrario.*

É preciso não confundir o cálculo, que se faz ficticiamente dos bens da herança, para achar o importe das legitimas e terça, com a restituição effectiva das doações, de fôrma que realmente augmentem a terça. No art. 1922.º estabelecemos o modo, por que se deve fazer o cálculo para a redução, em que notamos agora alguns descuidos, que logo corrigiremos. E na secção 4.ª a que pertence o art. 2276.º, não tractamos de redução, nem do cálculo das legitimas e terças; mas da conferencia ou collação effectiva para o effeito da partilha. Ali declaramos quaes são as pessoas obrigadas á collação; que bens devem ou não ser conferidos; como deve ser feita a conferencia, como devem ser indemnizados os não conferentes, etc., etc. Assim, quando se achar que o fallecido nas suas liberalidades excedeu a quota disponivel, ou, por outras palavras, quando a terça dos bens existentes não chega para suppril-as, e algum legitimario se acha desfalcado, tem logar então a redução, e 'neste caso deve fazer-se o cálculo na fôrma do art. 1922.º

Pelo nosso systema, que é essencialmente o do Codigo Francez, art. 922.º e de muitos outros, este cálculo faz-se do modo seguinte: somma-se o valor de todos os bens existen-

tes na herança; deduzem-se as dividas; juncta-se ao remanescente o valor das doações, e sobre a somma total calcula-se a quota disponivel ou terça.

Mas como dissemos, aqui não ha restituição effectiva dos bens doados á massa dividenda; ha sómente um calculo ficticio para achar o excesso da terça, e por consequencia a redução que as doações devem soffrer; nem os crédores da herança podem tirar proveito algum d'este augmento ficticio; por quanto, ou os crédores são anteriores, ou posteriores ás doações; se são anteriores, podiam ter prevenido esse prejuizo, e se não o fizeram, a si o imputem; e se são posteriores, nenhum direito têm contra as transmissões anteriores.

A prática seguida entre nós é outra. A terça calcula-se unicamente sobre os bens existentes, deduzidas as dividas; e se as doações valem mais que a terça, o beneficiado a maior indemnisa os prejudicados na sua legitima. Este systema parece á primeira vista simples e sufficiente, e que não haveria razão para introduzir outro; mas effectivamente assim não é.

Supponhamos que não ha bens existentes, sobre que se fôrme o cálculo, e só ha doações. 'Neste caso, necessariamente se deve formar o cálculo sobre o importe das doações. Mas dir-se-ha, que 'neste presuppuesto não ha precisão de formar a terça, porque basta que os legitimarios dividam com egualdade entre si o importe das doações, e restitua o que tiver de mais. Nem sempre será assim. Supponhamos, que além dos legitimarios ha estranhos beneficiados. É fôra de dúvida que estas doações podem ser annulladas ou reduzidas. Mas em que proporção? Que estas doações não podem ser inteiramente annulladas é evidente,

pois que a legitima só se determina por morte, e a quota disponível é uma idêa connexa com a de legitima. O mais que a Lei admite em favor dos legitimarios, é a redução, o que já não é pouco. É pois indispensavel proceder ao cálculo da terça.

Este cálculo faz-se, como fica dicto, sobre a massa das doações.

Exemplo:

Massa da herança.....	9:000	cruzados
Dividas	34:000	»

Os bens da herança tornam-se em zero, porque são absorvidos pelas dividas. É forçoso portanto recorrer ás doações.

1.º Legitimario.	14:000	cruzados
2.º Legitimario.	00:000	
3.º Um estranho.	10:000	»
<hr/>		
Total.	24:000	»

Vem á legitima dos dois 16:000 cruzados, e será o terço 8:000 cruzados.

Haverá pois logar á redução para inteirar o segundo legitimario, que nada recebeu dos seus 8:000 cruzados.

Resta saber como devem contribuir os donatarios. É o que se acha regulado no art. 1557.º Recorrer-se-ha ás doações em quanto fôr preciso, segundo a sua data, começando pela ultima.

Assim no exemplo dado; — suppondo que a doação mais

recente é a do estranho, ficará sómente com 2:000 cruzados. Se fôr a doação do legitimario, deduzir-se-ha do excesso de sua legitima, que são 6:000 cruzados, e como ainda ha falta, será supprida pelo estranho, que ficará com 8:000 cruzados. De fôrma que os beneficiados nunca podem lucrar mais que a terça.

Agora, em quanto á redacção do art. 1922.º ha, como dissêmos, dois erros. O primeiro copiado inadvertidamente doCodigo Francez, e o segundo devido a descuido nosso. Do artigo depreheende-se, que as dividas são descontadas depois da reunião ficticia das doações, sendo certo que as dividas devem ser primeiramente deduzidas da massa dos bens existentes. As palavras — ou *legados* — devem ser eliminadas. Os bens legados são comprehendidos na idêa dos bens existentes; e é portanto necessario eliminar egualmente do § 2 as seguintes palavras — e o valor dos bens legados, o que tiverem ao tempo da morte do testador.

No § 3 é preciso tambem acrescentar depois da palavra — *doadada* — *fôr immovel e* —, em harmonia com o art. 2280.º

A redacção ficará pois do modo seguinte:

§ 1.º Sommar-se-ha o valor de todos os bens que o falecido houver deixado; deduzir-se-hão as dividas da herança; junctar-se-ha depois ao remanescente o valor dos bens doados; e a quota disponível será calculada em relação a esta somma.

§ 2.º O valor dos bens doados será o que tivessem na epocha da doação.

§ 3.º Se a cousa doada fôr immovel e houver perecido (o mais como está no §).

Observarei tambem aqui, como objecto connexo, que, por

maior clareza, é preciso accrescentar á palavra — *donatarios* (art. 2284.º, § 1), as palavras — *da terça*.

Ao artigo 2304.º *Não devem ser admittidos os estranhos á licitação de menores, porque se dá occasião a saírem os bens da familia, e a que especuladores agiotas possam tirar grande lucro d'esta admissão; e muito mais não sendo admittidos nos inventarios de maiores.*

Exporemos primeiramente o nosso systema 'nesta materia, e depois fallaremos das observações do nosso illustre Revisor.

Admittimos no caso de partilhas duas especies de licitação — a licitação propriamente dicta, e a licitação entre estranhos, vulgarmente arrematação.

A licitação, segundo a nossa doutrina (art. 2301.º), só pôde ter lugar em objectos, que não possam dividir-se por sua natureza ou sem detrimento; mas que provavelmente caberão nos lotes.

O fim d'esta licitação é proporcionar aos herdeiros, não um meio de escolherem os objectos que desejarem com lesão dos outros, mas de obterem o que, em razão de circumstancias especiaes, pôde ter para elles na realidade um valor maior, v. g., a proximidade na situação dos predios, a sua idoneidade para o exercicio de certa industria, etc., etc., e isto com utilidade commum dos coherdeiros.

A arrematação ou licitação entre estranhos só pôde ter lugar, havendo objectos que não caibam nos lotes, e que não possam dividir-se sem detrimento (art. 2313.º)

Esta arrematação tem por fim livrar os coherdeiros de tornas muitas vezes impossiveis, e de evitar divisões prejudiciaes.

Neste segundo caso é absolutamente indispensavel ad-

mittir estranhos, e esta doutrina é geralmente seguida desde a Lei 3.ª, Cod. Comm. divid. — *Etiamsi extraneo emptore admissio* (a). No primeiro caso porém ainda que no Direito Francez, e d'outras nações, são tmbem admittidos estranhos, entendemos que o não devem ser; não pelas razões adduzidas pelo nosso sabio Revisor, mas porque o fim d'estas licitações não é propriamente (segundo as nossas idéas) augmentar os valores, mas attender á melhor collocação e divisão dos objectos em relação ás circumstancias particulares dos herdeiros.

Isto posto, fica evidente que a disposição do art. 2304.º,

(a) Esta materia das licitações em inventarios tem dado lugar a largas disputas; sustentando uns que não devem admittir-se de modo algum, como Lobão na sua Diss. sobre o abuso das licitações nos inventarios (Supp. ás Acc. Sum. Diss. 7.ª), e outros (quasi geralmente), que devem admittir-se, sempre que a cousa é indivisivel, ou não pôde dividir-se sem detrimento, dadas certas circumstancias. Era a doutrina do Direito Romano, que se acha reproduzido em quasi todos os Codigos. A admissão de estranhos tem sido tambem muito disputada. Veja-se a favor Valasco, *Partit*, cap. 22. Guerreiro, *Tract. 1.º De Invent. Liv. 2.º, cap. 3, n.º 7*; e contra Carvalho, *Prim. Linhas Orphanologicas*, nota 157. A nossa Ord. Liv. 4.º, tit 96, § 5, a admittia em principio, apesar das negações de Lobão, fundado em que não falla expressamente das *licitações*. A Ref. Jud. art. 411.º, § 3, admittie as licitações sómente entre os herdeiros, mas sem outra condição ou limitação, mais que a de caberem as propriedades provavelmente nas legitimas dos interessados. Mas esta licitação da Refórma não confere necessariamente o predio ao licitante, segundo se tem entendido. Veja-se Corrêa Telles, *Digesto*, tom. 2.º, art. 1098, e Portaria de 30 de Novembro de 1839. E parece que não teve em vista senão corrigir o vicio da avaliação, que aliás tinha remedio na disposição das Ordenações, Liv. 3.º, tit. 37; tit. 78, § 2, e Liv. 4.º, tit. 96, § 5.

em relação aos estranhos, deve ser supprimida, ou antes todo o artigo, que só poderia ter logar em relação ao disposto no art. 2314.º, mas que pôde dispensar-se, porque esta materia está nas regras geraes das arrematações.

Ao artigo 2309.º e 2310.º *Deve declarar-se por quem hão de ser feitos os lotes, e se devem tirar-se á sorte tanto nos inventarios de menores como de maiores.*

O principio da sorte está consignado no artigo, mas nada se perde em que se formule directamente, o que pôde fazer-se no art. 2308.º accrescentando as palavras — *tirados á sorte.*

Não declaramos quem havia de formar os lotes, porque deixamos isto para o Codigo do Processo; mas nada obsta a que se consigne aqui, junctando ao art. 2309.º o seguinte:

§ unico. *Os lotes serão formados pelo escrivão do inventario.*

É o mesmo que está em prática, e não offerece inconveniente, visto que no art. 2312.º se dá ás partes direito de reclamações, e no fim de tudo tem de tirar-se á sorte. Vej. Ref. Jud. art. 416.º Nota 3, pelo Doutor Neto.

Estas disposições são communs aos inventarios de maiores e menores.

Ao artigo 2485.º *Não convém ao interesse público que haja demolições de obras acabadas. Parece preferivel a doutrina de Corrêa Telles, Dig. Port. tom. 5.º, art. 6765.º Mas não assim no caso do art. 2504.º*

Pela disposição do art. 592.º o possuidor de má fé perde as bemfeitorias uteis e voluptuarias, que houver feito na cousa, e 'neste artigo accrescenta-se, que o dono da cousa poderá exigir a demolição das obras, e que as cousas sejam reduzidas ao seu estado primitivo á custa do auctor das

obras. Parece-nos, que esta disposição é de toda a justiça: a obra pôde ser util, mas pôde tambem ser não só inutil, mas prejudicial. É evidente, que sendo util, o dono da cousa, sob pena de estar louco, não requererá a demolição; mas, no segundo caso, seria grande injustiça obrigar o dono a fazer a despesa da demolição. Aqui o interesse público fica sempre garantido, o mais efficazmente que é possível, á sombra do interesse particular.

Ao artigo 2491.º *Deve accrescentar-se — que ficam prohibidos os atravessadouros, que não se dirigirem a pontes, fontes ou predios, que não possam ter outra serventia, como está ordenado pelo Alvará de 9 de Julho de 1775, e que 'neste ponto não deve admitir-se prescripção.*

As servidões devidas aos predios entre si podem ser mudadas segundo o disposto no art. 2453.º As servidões constituidas por utilidade commum, como as de fontes e pontes, ficaram para os regulamentos e leis especiaes, segundo o disposto no art. 2506.º, e portanto fica em vigor a Lei actual sobre atravessadouros.

Ao artigo 2711.º *Deve declarar-se — com tanto que os incidentes não pertençam a juizes especiaes, v. g., em negocios espirituaes ou criminaes, em que o juiz só tem a jurisdicção meramente civil.*

Nem outra cousa se poderia entender á vista dos artigos 2700.º e 2712.º Mas nada obsta a que se addicione o seguinte — *Com tanto que caibam na sua jurisdicção.*

Deve declarar-se, que nas causas de fazenda, o juizo é o do contracto, ou da repartição por onde se cobram os direitos.

A respeito do contracto tal principio não pôde ser adoptado em regra. 'Nesta parte a fazenda pôde estipular Juizo

se lhe convier, como os particulares. Em quanto aos direitos fiscaes é materia privativa das Leis de fazenda, que não têm cabimento no Código.

Ao artigo 2741.º *Deve accrescentar-se — com tanto que não seja materia dependente de prova de testemunhas, que não poderá offerecer depois da réplica.*

No artigo não se tracta de regular a prova: isso pertence ao processo. Aqui só se estabelece o principio de que o réu não fica inhibido de produzir, depois da contrariedade, qualquer materia de defeza que lhe occorra. Ao Código de Processo compete desenvolver practicamente o principio posto.

Ao artigo 2750.º *Deve declarar-se, se é outra a acção, da mesma natureza ou diversa; porque é questionado, se pôde intentar-se outra acção da mesma natureza, por isso que, depois da lide contestada, está formado um quasi contracto, e não deve ser livre a uma parte desistir para tornar a intentar a mesma acção; assim como, depois de desistir de acção de propriedade, não pôde intentar a de posse.*

Reconsiderando os artigos 2749.º e 2750.º, reconhecemos, que as suas disposições devem ser reformadas, e propomos a seguinte substituição.

Artigo 2749.º

O auctor pôde desistir da acção intentada em todo o estado de causa.

Artigo 2750.º

A desistencia da acção intentada não importa desistencia do direito em que a mesma acção se funda, não sendo expressa; nem inhibe o desistente de poder intentar outra

acção sobre o mesmo objecto, salvo se as provas tiverem sido produzidas.

No primeiro artigo supprimimos a distincção de desistencia pura ou condicional; por isso que uma vez que as provas se não acham produzidas, e por ellas estabelecido o direito das partes, pois que a sentença deve ser conforme a essas provas, não pôde o réu ser prejudicado, nem deve o auctor ser inhibido de abandonar a demanda, pois que nenhum prejuizo se segue ao réu que tem de ser indemnizado das custas e mais despesas (art. 2751.º). Pelo Direito antigo a desistencia não era admittida, com a clausula de intentar nova acção, depois da lide contestada, em razão do quasi contracto, que segundo o Direito Romano se suppunha contraído pela contestação. Este principio não podia ser admittido por nós, que rejeitamos esta ficção, e marcamos os effeitos da antiga litis contestação a partir da proposição da acção.

Não julgamos 'nestes termos precisa a declaração sobre se a acção que se intentar de novo, será a mesma ou outra, porque, não distinguindo a Lei, tambem ninguém pôde distinguir. A acção a intentar pôde ser a mesma ou outra.

O fim da desistencia é proteger o direito das partes e evitar processos inuteis, sempre ruinosos. O auctor pôde reconhecer que não tem direito, e para que obrigar-o a insistir na demanda? Pôde achar-se desprevenido de meios de prova, que talvez possa adquirir mais tarde, pôde ter intentado uma acção intempestiva, um meio errado, e não seria justo sacrificar o seu direito a um mero formulario, com tanto que o seu adversario não seja lesado nos seus verdadeiros direitos.

O exemplo adduzido pelo nosso illustre Revisor, a saber

que depois da desistencia da acção de propriedade se não pôde intentar acção de posse, não procede nos termos da nossa doutrina, que não faz excepções nem distincções.

Ao artigo 2866.º *Deve declarar-se — salvo se o official fór publicamente reconhecido como tal, porque as partes não devem ser illudidas no que praticaram de boa fé á sombra da tolerancia da auctoridade superior.*

É este em verdade um dos casos em que o erro commum não deve prejudicar, e convimos em que se accrescente ao artigo o seguinte:

§ 1.º *A falta de legitimidade do official público não importará nullidade, exercendo este o seu officio publicamente sem opposição da auctoridade superior competente.*

Ao artigo 2869.º *Deve accrescentar-se — havendo citação da parte para conferencia da certidão ou traslado.*

O nosso artigo só concede força probatoria aos traslados e certidões tirados na *devida forma*. Indica-se pois claramente que as certidões e traslados dependem de certas formalidades, que se não declaram no Código por não ser o logar competente. Esta força probatoria provém do character público do official, e das solemnidades que a Lei marcar. Tornar, em regra, dependente esta força da presença das partes no acto, seria querer um impossivel muitas vezes, e quasi sempre uma inutilidade. É mais que sufficiente a cautella do artigo 2870.º no caso de suspeita de falsidade. As Ordenações citadas não auctorisam a generalidade do requisito lembrado.

Ao artigo 2968.º *Deve accrescentar-se — que o juiz seja obrigado a citar a Lei, ou na sua falta os principios em que se funda.*

É o mesmo que indicamos no artigo nas palavras — con-

fôrme ao disposto na lei. Mas nada se perde na maior clareza. Póde pois accrescentar-se o seguinte:

§ unico. *A lei deve ser citada especificadamente, e na sua falta serão indicados os principios, que se tiveram em vista.*

Ao artigo 3013.º *Já respondemos ao art. 12.º*

Ao artigo 3014.º *Deve ampliar-se aos ascendentes do executado e da mulher, como se acha na Reforma Judiciaria, art. 602.º, e declarar-se, que os tres dias correrão depois da intimação da execução.*

Parece-nos justo, e pôde redigir-se o artigo na forma seguinte:

O executado, ou seu conjuncto, ou os ascendentes, ou descendentes d'um e outro, poderão comtudo (segue o mais como está no artigo).

De resto, estes tres dias correm da arrematação ou da adjudicação, porque só 'neste praso pôde ter logar a remissão e não antes, por se ignorar o preço a que terá direito o exequente.

Ao artigo 3016.º *Deve haver citação, por editos, dos crédores incertos.*

Parece desnecessario. A publicidade da praça é sufficiente para os crédores desconhecidos.

ADDITAMENTO.

Ao artigo 1217.º *Inadvertidamente deixámos de responder á seguinte observação do nosso illustre Revisor — que é mister decidir, se o pae é obrigado a dotar a filha, e o filho, como entende Corrêa Telles, Dig. Port. tom. 2.º, art. 102.º e 105.º: que do art. 140.º do nosso Projecto parece deduzir-se, que sim, pois diz que o pae é obrigado a dar destino aos filhos segundo suas posses e estado: que no fóro se usa mais geralmente da acção de alimentos; mas que este não uso da acção do dote não convém ao fim dos matrimónios.*

Primeiramente observaremos, que a intelligencia que o nosso illustre Revisor deduz do art. 140.º, não é na realidade conforme com a nossa doutrina a este respeito. O assento d'esta materia é propriamente a sub-secção, que tracta do *Regimen Dotal*, e no art. 1179.º, se diz que o menor *póde ser dotado por seus paes, mas não que o deva ser. O destino*, a que se refere o art. 140.º, não importa necessariamente a prestação d'um dote, e a obrigação de alimentos que se estabelece no mesmo artigo, e mais desenvolvidamente na secção 10, preenche o fim essencial do mesmo dote, sem os graves inconvenientes, que resultariam d'esta obrigação.

'Nesta parte conformamo-nos com a prática geralmente seguida no paiz, posto que a acção dotal estabelecida no Direito Romano (L. 19, ff. *de ritu nuptiarum* — 23 — 2), bem poderia ser invocada subsidiariamente, mas sem a dis-

tineção que o mesmo Direito Romano fazia entre paes e mães, que tinha seu fundamento nos costumes e theorias juridicas, privativas d'aquelle povo, e que não se compadece com os dictames da boa razão (a).

A doutrina que seguimos acha-se sancionada na maior parte dos Codigos modernos, taes como os de Hollanda, Duas Sicílias, Luisiana, Sardenha, Vaud, Baviera e França (b).

«Uma consideração mais poderosa (observa Toullier, falando da disposição do Codigo Francez) determinou os legisladores; reflectiram que a dureza dos paes para com seus filhos, tem lugar raramente, e é d'algum modo uma excepção na ordem natural das cousas: e entenderam dever dar mais attenção aos inconvenientes mais frequentes da doutrina contraria. É preciso que haja todo o cuidado em não armar os filhos contra seus paes: a acção que 'nesta parte se lhe concedesse, tornar-se-ia um meio de os vexar e embaraçar as suas especulações. Talvez recusariam acceder a um casamento indiscreto, e seriam forçados a prestar o seu consentimento, vendo-se postos na alternativa de annuir, ou de ver assoalhado o estado da sua fortuna e dos seus negocios privados. Foi pois com muita sabedoria, que o Codigo recusou aos filhos uma acção, que é em certo modo contrária á piedade filial, sem contudo prejudicar a obrigação natural». São literalmente as razões appresentadas por Tronchet na discussão do Conselho d'Estado.

Ninguém poderá impedir a filha (dizia Regnaud na mesma

(a) É de crer que em razão das questões que por esta causa se poderiam suscitar, caísse em desuso a acção dotal. Sobre a egualdade das obrigações entre paes e mães, a este respeito, vej. Toullier, tom. 12.º, n.º 324. Secus, Lobão a Mello, Liv. 2, tit. 9, § 7.

(b) Secus, Cod. Prussiano e Austriaco, etc.

discussão) de intentar a sua acção depois de casada, e depois de achar-se sob a influencia d'um marido, que naturalmente não terá para com o pae o mesmo respeito e ternura da filha. Aconteceria pois que um homem interesseiro esposaria uma filha sem dote, na esperança de o exigir depois; inquietando o pae sem piedade em nome da filha. D'outro lado vendo-se o pae exposto ás perseguições de filhos, que por sua idade e sexo são mais susceptíveis de serem arrastados por máus conselhos, não hesitará em desnaturar o seu patrimonio. A acção de que se tracta se tornaria assim uma causa de envilecimento das propriedades, obrigando muitos cidadãos a metter a sua fortuna na carteira, a fim de se procurarem a possibilidade de dotar seus filhos segundo a satisfação que receberem do seu comportamento.

Hoje, accrescentava Postalís, o poder paternal não é o que foi. Depois de o ter enfraquecido, não o aviltemos ao menos. Despojando os paes dos meios de defesa, não conservemos aos filhos os meios de ataque. Não rompamos todos os laços da familia, já tão relaxados pelas occorrenças do tempo.

NOTA 4.^a

SOBRE A LEGITIMAÇÃO DOS FILHOS ADULTERINOS E INCESTUOSOS
POR SUBSEQUENTE MATRIMONIO.

(Vid. pag. 17).

No momento em que reviamos as ultimas paginas d'esta nossa Resposta, recebemos de Coimbra a Dissertação Inaugural, em que o Sr. Manuel Nunes Giraldes combate a doutrina, que seguimos, relativamente á exclusão dos adulterinos e incestuosos, em segundo gráu canonico, do favor da legitimação por subsequente matrimonio. *Si pergamamur deffendi possent, etiam hae deffensa fuissent.* A leitura d'este opusculo, que muito honra o seu auctor, tanto pela lucidez das idéas, como pela belleza das fórmas, obriga-nos a dar mais algum desenvolvimento ás observações, que deixámos transcriptas a pag. 17.

Os principaes argumentos de que o Sr. Giraldes lança mão, são os seguintes:

1.º Que não podendo a sociedade combater de frente com os meios repressivos, o grave mal das uniões illicitas, deve aproveitar o meio indirecto da legitimação por subsequente, como o unico correctivo possível.

2.º Que, por outro lado, a exclusão dos filhos adulterinos e incestuosos, importaria a punição do innocente, em

menoscabo do principio consagrado da personalidade das penas.

1.º Argumento.

Demonstra o Sr. Giraldes, que a sociedade não pôde servir-se de meios repressivos, por duas razões: 1.ª porque se confundiriam os limites da Moral, com os limites do Direito, cuja discriminação muito importa manter; 2.ª porque esses meios se revelariam em prejuizo dos filhos, e produziriam novos crimes.

Ora, a primeira razão é improcedente. É sem dúvida exacto, que não se deve confundir a Moral, com o Direito, mas na hypothese em questão, a repressão não exorbitaria dos dominios do Direito. É o Sr. Giraldes o primeiro a reconhecer-o contradictoriamente, escrevendo pouco antes o seguinte:

«Se as uniões illicitas, entre pessoas que não têm impedimentos para contrahir matrimonio, são um grande mal, com o que muito soffre a religião, a moral e a sociedade, muito maior ainda é o mal das uniões incestuosas e adulterinas: nas primeiras attenta-se contra as leis da religião, e da moral; nas segundas attenta-se contra a religião, contra a moral, e contra a sociedade; *além, ha um peccado e um escandalo: aqui, um escandalo, um peccado, e um crime.*»

A segunda razão não é menos inconcludente. É certo, que as penas, em tal caso, não seriam assaz efficazes para extirpar *completamente o mal*, como acontece em quaesquer outros crimes, mas não se pôde racionalmente asseverar, que seriam inteiramente impotentes. Ha 'nisto uma

exaggeração, que poderia conduzir-nos á proscripção completa de todo o Direito Penal, que é sem dúvida a mais segura garantia da ordem social. A multiplicação dos abortos e infanticidios, seria em verdade para recear, se a pena limitada ao facto da união illicita, deixasse impunes esses novos attentados, ou se o facto do aborto e infanticidio induzisse necessariamente a occultação da união illicita.

Por outro lado o Direito positivo de todas as nações antigas e modernas (com raras excepções) dão um formal desmentido á doutrina estabelecida pelo Sr. Giraldes. O adulterio tem sido sempre em todas as partes punido com mais ou menos rigor, segundo a maior ou menor pureza de costumes das diversas nações. O incesto não tem sido tractado com mais indulgencia, sendo commettido por pessoas que não podem unir-se legitimamente. No caso contrario é evidente, que não podia haver igual rigor; mas nem por isso tem sido exempto de toda a pena. «Este commercio criminoso (*dizem Chauveau e Helie, na sua Theoria de Direito Penal*) é ainda hoje punido na maior parte das nações». Os mesmos Codigos que não tractam do incesto, como d'um crime *sui generis*, não deixam de o condemnar como circumstancia aggravante do estupro.

Mas ainda que entendamos, que taes crimes não estão, nem devem estar fóra do alcance da Lei Penal, o interesse da sociedade exige taes restricções no seu perseguimento, que não podemos repousar inteiramente sobre a efficacia do meio correctivo: é forçoso recorrer a outros expedientes.

E será sufficiente para acabar com o mal a legitimação por subsequente, como assevera o Sr. Giraldes?

Entendemos que não.

Primeiramente suppõe-se que estas uniões são geralmente

prolíficas, o que está mui longe de ser assim, e já se vê que em taes casos nada temos remediado. Em segundo lugar suppõe-se, que o matrimonio é sempre possível, o que não está menos longe de ser verdade, pois que no caso de adulterio é forçoso que o primeiro matrimonio se dissolva primeiro, e que presistam os adulteros na sua infame paixão, o que nem sempre acontece.

O argumento, portanto, sómente procederia absolutamente nas uniões adulterinas e incestuosas nos casos em que possa haver dispensa para casamento. Ora, é 'nestes casos que o favor da Lei será mais um mal, que um remédio. Se os incestuosos podem casar-se, posto que com dispensa, a previsão da prole que póde nascer, é uma idéa tão simples e natural, que não póde escapar á intelligencia do mais rude delinquente: e então, ou este é ou não susceptível de sentimentos de humanidade. Se o é, prevendo o rigor da Lei, reprimirá seus desenfreados appetites, para o momento em que a Lei os legitime: e se o não é, a indulgencia da Lei é inteiramente inutil. A isto accresce, que a possibilidade ou esperanza do favor do matrimonio, será, como já notámos, um forte incentivo para que os delinquentes se tornem menos escrupulosos, ou mais devassos. «*Quando las mugeres* (diz o nosso illustre amigo o Sr. Pacheco no seu primoroso Commentario do Codigo Penal Hespanhol) *no aguarden sacar de ello ningun provecho, pocas seran las que se dejen engañar.*

Accrescenta o Sr. Giraldes, que por este meio será desaggravada a religião, a moral e a sociedade. Ha aqui alguma cousa que não podemos comprehender. A religião, a sociedade podem sem dúvida perdoar o peccado, o crime: a religião, pelo arrependimento e penitencia; a sociedade,

por altas considerações de interesse público. Mas importará penitencia e arrependimento a transformação do facto criminoso em facto licito? Será a idéa do crime tão elastica e cambiante, que possa ser e não ser ao mesmo tempo a mesma? Não o crêmos. A penitencia absolve da pena do peccado; o perdão absolve da pena do crime, mas o crime ficará sempre o mesmo; o escandalo, em quanto a sociedade, existiu, não cabe no poder humano, nem mesmo de Deus, maximo, optimo, omnipotente, dizia, com S. Jeronymo, o Mestre infeliz (no seu Commun. ao cap. *filii qui sint legitimi*).

E por isso que a moral offendida não perdêa jámais: não póde nunca transigir. Nos seus dominios as ficções são impossiveis: os seus interesses immateriaes, não admittem compensações materiaes.

2.º Argumento.

Não nos resta portanto senão uma consideração verdadeiramente digna de attenção, — a sorte da prole innocente, que invoca o Sr. Giraldes no seu segundo argumento. Mas, será verdade que a Lei não tenha, para provêr á sorte d'estes infelizes, senão o meio d'uma excessiva indulgencia para com os delinquentes? Entendemos que não. Que motivo póde compellir os paes delinquentes ao consorcio? O amor da prole, responde o Sr. Giraldes. Mas se é o amor da prole, esse amor existe independentemente do consorcio: e se existe, a Lei tem feito tudo, habilitando os paes para que possam livremente beneficiar seus filhos tanto em vida como por morte. É debaixo d'este ponto de vista, que são redigidas as disposições connexas do nosso Projecto, apartan-

do-se 'nesta parte da doutrina, quasi geralmente seguida. Sómente não permitirá a Lei que o pae se arrogue esse titulo venerando, que destina aos que sabem respeitar a sanctidade das instituições sociaes. E se tal amor não existe, que poderá esperar-se da legitimação por casamento? Poderão os filhos ser legitimados sem que os paes os reconheçam? Certo que não.

Mas, insta o Sr. Giraldes, será em todo o caso uma iniquidade, que filhos dos mesmos paes, sejam diversamente considerados, porque nasceram antes ou depois do casamento, que uns gozem da prerogativa de legítimos, em quanto outros conservarão o estygma da escuridade, será uma grande iniquidade que a culpa dos paes seja expiada pelos filhos com offensa do principio sagrado da personalidade da pena!!

Partilhámos inteiramente, 'nesta parte, a opinião do illustre academico: e por isso em nossa opinião, nas aspirações da nossa doutrina, não deverá permittir-se o casamento nos casos em que não admittimos a legitimação. Mas então dir-se-ha, a vossa prohibição será inutil? Sem dúvida. Mas não o será em quanto essa disposição se não formular directamente, pois deverá preparar esse mesmo resultado como entendemos possível nas circumstancias actuaes. Vamos explicar o nosso pensamento.

É doutrina professada pelos mais distinctos canonistas, e ensinada nas nossas escholas jurídicas, que sendo o matrimonio um contracto, e ao mesmo tempo um sacramento, compete privativamente á Igreja regular as condições do sacramento, assim como compete privativamente ao Estado regular as condições do contracto. É a doutrina de S. Thomaz, Liv. 4.º, Sent. dist. 34, q. 1, art. 1. «*Matrimonium*.

diz o Sancto, *in quantum est in officium naturae, statuitur jure naturae, in quantum est in officium communitatis, statuitur jure civili, in quantum est sacramentum, statuitur jure divino*». O Estado pôde regular o contracto pelas mesmas condições do sacramento, mas 'neste caso é indispensavel a concessão do poder temporal, que pôde ser conservada, reterada ou modificada segundo as conveniencias da sociedade, que podem variar pelo decurso dos tempos.

Entre nós observa-se este direito delegado; que não julgamos prudente alterar, onerados pela infructuosa tentativa que teve lugar entre nós, apesar da sua timidez e acanhamento, bem como no Brasil, e ultimamente na Sardenha. Ora, a Lei ecclesiastica recebida entre nós, no tocante aos impedimentos dirimentes por parentesco, é o Concilio Tridentino. E diz este Concilio (Sess. 24, cap. 25, *in fin.*) «*In contrahendis matrimoniis vel nulla omnino detur dispensatio vel raro, idque ex causa, et gratis concedatur. In secundo gradu nunquam dispensetur, nisi inter magnos principes, et ob publicam causam*».

Achando-se pois sancionado, 'nesta parte, o Concilio Tridentino (Vej. Alv. de 12 de Novembro de 1564; Prov. de 24 de Novembro de 1564 e 2 de Março de 1568; Alv. de 19 de Março de 1569; Lei de 13 de Novembro de 1651) fica evidente que os filhos incestuosos, que segundo o nosso Projecto vêm a ser excluidos do beneficio da legitimação por subsequente, são precisamente aquelles, cujos paes não podem contrahir matrimonio, salva a excepção politica, que nada tem que ver com o direito civil commum, e será opportunamente considerada pelos poderes politicos, quando e como convier.

Poderá dizer-se que é esta, sem dúvida, a Lei geral da

Egreja, e a nossa por consequência, mas que a *Penitenciaría Romana* costuma dispensar, ainda mesmo no segundo gráu entre pessoas, que por certo não são grandes principes. É certo, mas não é menos certo, que em taes casos ha abuso e excesso de poder, tanto em relação á *Penitenciaría Romana*, como em relação ao poder temporal, que conceder o beneplacito.

Em quanto á *Penitenciaría*, por que as definições d'um Concilio geral ou ecumenico, não podem ser assim alteradas por mero arbitrio do chefe da Egreja (Vej. *Walt. Man. de Dir. Eccles.* § 153): (a) e em quanto ao poder temporal, por que estabelecida a divisão dos poderes, não pôde o executivo conceder beneplacitos contra as Leis geraes do paiz: o que assim não era em quanto o governo ou o imperante reunia o legislativo e executivo, por quanto *ejus est tollere cujus est condere legem*.

Já se vê pois que não innovamos 'nesta parte, nem é precisa providencia alguma legislativa: basta que se cumpra com a Lei existente.

Em quanto ao casamento dos adulteros, a Lei da Egreja, e por consequência a nossa, sómente prohibe o casamento

(a) Bem sabemos que os concilios ecumenicos sómente são considerados como infalliveis em quanto ás definições dogmaticas; e que nos pontos disciplinares o chefe da Egreja pôde dispensar: mas se este poder não é restricto pela clausula expressa — *nunquam dispensetur*, de que poderá servir similhante injunção? É 'nesta parte sómente que não podemos reconhecer a supremacia do Papa, contra a supremacia da Egreja, posto que vejamos o contrario sustentado pelo jesuita Lanes no Concilio de Trento. (Vid. *Pallavicini Rictor. do Concil. de Trento*) e muitos outros escriptores ultramontanos.

entre adulteros, no caso de circumstancias aggravantes; a saber: 1.^a de attentado contra a vida do conjuge innocente; 2.^a da promessa anticipada de casamento (Vej. *Walter, Man. de Dir. Eccl.* § 302: *Gmeiner, Inst. Eccl. jur. pr.* § 297 e seguintes). 'Nestes casos é applicavel a doutrina que expozemos, relativamente aos incestuosos. Mas, nos casos de adulterio simples em que o chefe da Egreja dispensa arbitrariamente, será o executivo obrigado imperiosamente a conceder beneplacito? Entendemos que não: por isso que se ha arbitrio na concessão, tambem se não pôde denegar ao poder temporal o arbitrio em quanto ao beneplacito: e considerando o espirito da Lei civil, ou seja antiga, ou seja a do Projecto, o governo não poderia, sem incoherencia, conceder beneplacito para taes casamentos. Conformar-se-hia além d'isso com o antigo Direito Canonico e com o Direito Romano. D'esta fórma perderá toda a sua força o argumento fundado no facto do casamento.

Outras razões nos apresenta o Sr. Giraldes, que ainda que de menos força, não deixaremos sem resposta.

O principio religioso e moral que invocaes, diz o Sr. Giraldes, para excluir os incestuosos e adulterinos, provaria de mais, sendo verdadeiro, porque 'nesse caso nem mesmo aos filhos naturaes a legitimação deveria aproveitar. Primeiramente é preciso advertir que na passagem a que o Sr. Giraldes se refere, nós argumentavamos contra o Sr. Moraes de Carvalho na hypothese de querer-se acabar com toda a distincção entre filhos legitimos, e illegitimos — e então a proposição que estabelecemos de que a sociedade se tornaria um vasto *lupanar*, é rigorosamente exacta. O mesmo Sr. Giraldes o reconhece, exprimindo-se mais adiante nos termos seguintes: «Mas conviria á sociedade, proclamar a

egualdade entre os filhos legítimos e illegítimos? Por certo que não. Em o n.º 1.º fizemos sobressair as vantagens do matrimonio, e fizemol-o de sóbrepensado; não só para d'ahi deduzirmos quanto convenha admitir a legitimação *per subsequens*, como meio proficuo de attrahir os concubinarios a contrahil-o; se não também para reprovarmos a egualdade entre os filhos legítimos e illegítimos. Com effeito, desde o momento em que a lei proclamasse essa egualdade, a sociedade então seria verdadeiramente um *vasto lupanar*; e assim daria a Lei um golpe mortal em uma instituição, de que depende a prosperidade das familias e das nações» (pag. 64).

Isto posto, o argumento torna-se improcedente, porque a razão de decidir não é a mesma, nem pôde concluir-se de maior para menor. A religião e a moral, não approva por certo a Venus vaga, mas não equipara o coito simples com o coito adulterino e incestuoso, que a Lei caracteriza de *damnado*.

*Quis paria esse fere placuit peccata laborant
Quum ventum ad verum est; sensus moresque repugnant
Atque ipsa utilitas, justí prope mater et aequi.*

(Hort. L. 1.º, Sat. 5).

Em quanto ás contradicções dos Jurisconsultos Francezes apontadas pelo Sr. Giralde, não nos faremos cargo senão d'uma, que tem relação com a nossa doutrina. Censura o Sr. Giralde aquelles Jurisconsultos, suppondo que para excluir os filhos espurios, retrotrahem o casamento ao momento da concepção ou do nascimento, e ao mesmo tempo affirmam, que os effeitos da legitimação sómente começaram desde o dia do casamento.

Perdõe-nos o Sr. Giralde, a sua critica é injusta.

Os Jurisconsultos Francezes rejeitam completamente essa doutrina da retroacção, que com muita razão o nosso illustre Mello Freire estigmatizou de inepta. Para elles o dia das nupcias é o dia da concepção e natividade *legítima*; mas querem dizer com isto, que os filhos legitimados sómente são considerados como legítimos desde o dia do casamento. E como os incestuosos e adulterinos são excluidos d'este beneficio, forçoso era ter em vista o facto da concepção ou do nascimento, para saber se houve ou não incesto ou adulterio. Não resta a menor contradicção.

Mas, insiste o Sr. Giralde, se a ficção da lei consiste, não em retrotrair o matrimonio ao tempo do nascimento ou da concepção, mas em fazer suppôr estes effectuados no dia do matrimonio, que razão haverá para que não seja legitimada toda a prole sem distincção, quando já se pôde preencher o fim da lei, quando todos os impedimentos estão removidos pela morte d'um dos conjunctos, em caso de adulterio, e pela dispensa dos gráus de parentesco, no caso de incesto? A razão é clara. É por que aos olhos da lei não é unicamente o matrimonio que legitima; é por que se torce a verdadeira intelligencia das palavras — *dies nuptiarum, dies est conceptionis et legitimitatis legitimæ* — pois que a lei pôde subordinar, e effectivamente subordina este effeito juridico a certas e determinadas condições.

Concluiremos estas rapidas considerações congratulandonos pelo interesse verdadeiramente patriótico, que a nossa Academia tem tomado pelo melhoramento da nossa Lei civil, occupando-se com aquelle disvelo e proficiencia, que é propria de tão respeitavel corporação, do exame e discussão das materias mais graves do Codigo.

NOTA 2.^a

SOBRE LAudemios.

(Vid. pag. 85).

Eis aqui como se exprimia João Pedro Ribeiro na — *Memoria sobre laudemios, que offereceram ao soberano congresso da Nação os habitantes da Provincia do Minho*— impressa no Porto no anno de 1821. Se a liberdade, diz elle, que os senhorios pretendem, e de facto têm exercitado nos contractos dos laudemios, se limitasse a deduzil-os do valor do solo aforado; a locupletação do senhorio e a lesão do foreiro, apesar de injusta, por ser fundada 'naquella liberdade inadmissivel (*do laudemio arbitrario*), com tudo ella seria menos sensivel; mas quando vemos por práctica constantemente observada, deduzir laudemios das maiores bemfeitorias, que excedem muitas vezes o valor da cousa aforada; a injustiça da locupletação do senhorio, é tão manifesta e tão superior á especie d'aquella Lei de 69 (9 Setembro), que só alguém cego de avareza, poderá duvidar, que a razão d'aquella Lei se verifica nos laudemios com maior motivo do que no caso das consolidações; e como segundo a regra do direito aonde se encontra a mesma razão, deve ter applicação a mesma disposição de Direito, devemos concluir que os pactos de laudemios maiores que a quarentena,

principalmente sendo deduzidos das grandes bemfeitorias, na conformidade da sobredicta interpretação, são pactos manifestamente usurarios, enormissimamente lesivos, e produzem uma locupletação, a mais injusta, aos senhorios á custa do gravissimo prejuizo dos foreiros; e por isso devem contemplar-se na classe dos pactos expressamente reprovados por a Lei, e como taes, não podendo dar a Lei aos contractos, elles só podem servir para provar a escandalosa avareza dos senhorios, e reclamar do augusto Congresso da Nação, a mesma reforma, que por eguaes motivos, e na mesma materia de laudemios, fez o Imperador Justiniano na L. 3.^a, Cod. de jur. emph.

Neste sentido formulou nas côrtes de 1821, o insigne deputado José Rodrigues de Bastos, um projecto de Lei em dois artigos.

1.^o Todos os laudemios, de qualquer qualidade que sejam, ficam reduzidos á quarentena.

2.^o Pagar-se-hão do preço correspondente ao solo, e não ás bemfeitorias, salva se o mesmo solo tiver já sido emprasado com ellas.

Eis aqui como o mesmo deputado sustentava o seu projecto na sessão de 12 de Janeiro de 1822.

«O estado actual da jurisprudencia dos laudemios é monstruoso. E pouco importa a diversidade da origem, quando é identica a iniquidade do resultado. Entre nós ha muitos de 20, 10, 9, 8, 7, 6, 5, 4, 3, e até de metade do preço. E é notavel, que nos emprasamentos de alguns mosteiros, encontrando-se a clausula de se pagarem taes laudemios lesivos, se conclua com as seguintes palavras — assim como o direito quer e manda.

Qual fosse este direito, cousa é que eu nunca pude com-

prehender. O Romano, que é aquelle a que vulgarmente se referia a palavra direito, não; porque por elle foram reduzidos os laudemios á quinquagesima; e o nosso também não; porque expressamente não tracta senão dos da quarentena (a).

Os laudemios de quarentena vem a ser de $2\frac{1}{2}$ por cento, que junctos ao fôro annual, e a luctuosa, que muitas vezes excede a renda d'um anno, e que pôde 'num mesmo anno repetir-se, prefazem no senhorio directo um rendimento ordinariamente superior ao merecimento do predio, antes de melhorado pelo emphyteuta.

Laudemios de maior valor são a cousa mais lesiva, que pôde imaginar-se. Atacam a propriedade do emphyteuta, que sendo a da industria e do trabalho, não é menos attendivel que a do ocioso senhorio; diminuem a quantidade das sisas, diminuindo os preços dos predios, difficultam o commercio d'estes; são um dos mais poderosos obstaculos ao seu melhoramento, e chegam algumas vezes a occasionar o seu abandono. Vem em consequencia o prejuizo das decimas, a miseria, a despopulação.

E sendo isto verdade em quanto aos laudemios excessivos, quando se pagam sómente do terreno aforado, e mediocrementemente bemfeitorisado, que deverá dizer-se dos que se pagam das graudes e extraordinarias bemfeitorias, que não

(a) A Ordenação diz (Liv. 4.º, tit. 38, pr.) que pagará o fôro ao senhorio a quarentena, ou o conteúdo em seu contracto. A Ordenação tinha manifestamente em vista a theoria do Direito Romano, que o reduzia á quinquagesima, e a alternativa do estipulado refere-se ao caso de achar-se estipulada menor quantia, ou de não haver quantia declarada. É isto o que demonstra cabalmente J. Pedro Ribeiro, na Memoria supra citada. (Nota do A.)

só duplicam ou triplicam o valor do predio, mas o fazem valer 50 ou 100 vezes mais?

Supponhamos, um terreno valendo 400\$000 réis, e aforado com a clausula de ser metade do preço. O emphyteuta levanta sobre elle um edificio do valor de 50:000 cruzados, e passa immediatamente a vendel-o, por isso, quanto recebe de laudemio o directo senhorio — vinte e cinco mil cruzados, tendo concorrido apenas com um, e ficando ainda habilitado para continuar a perceber um fôro annual, luctuosa, e tantos vinte e cinco mil cruzados, como de vezes se vender o predio, até á consummação dos seculos.

Olhemos agora o objecto por outras faces: pela da desmoralisação das povos, e pela do fôco das demandas, que os excessivos laudemios fazem nascer.

Os povos, vendo os insuportaveis laudemios que se expõem a pagar, declarando nos escriptos ou escripturas dos contractos os verdadeiros preços d'estes, occultam uma parte consideravel, com o fim de defraudarem o senhorio directo (a). A defraudação das sisas, vem em consequencia. E dados estes primeiros passos, que reputam em prejuizo de terceiro, que tem por illicitos e reprovados, entram a relaxar-se em objectos de maior imputação, porque tal é a condição da natureza humana. Os passos que se dão, para o primeiro crime, applanam o caminho para o segundo. Por outra parte, os vendedores, que ordinariamente não alienam seus predios senão obrigados da necessidade, se passado algum tempo se vêm com meios de o remir, intentam acções de lezão enorme ou enormissima, fundados nos preços constantes das es-

(a) Alguns theologos têm chegado a desculpar esta fraude em razão da injustiça que Ihe dá causa. (Nota do A.)

cripturas dos contractos, que não são os seus verdadeiros preços. E quando elles o não façam, vem a fazel-o os seus herdeiros.

Não se limitam a isso as fraudes e os inconvenientes. No exercicio do ultimo logar que servi, eu encontrei muitas terras confundidas, sonegadas, usurpadas a uns senhores, e com tacitos ou expressos reconhecimentos a outros: e porque? Os emphyteutas vendo, que reconhecendo um Cabido ou Mosteiro, ou a Universidade, eram obrigados ao laudemio de 2, 3, de 4 ou de 5, reconheciam outro senhorio proximo, pagavam-lhe o laudemio da quarentena, e lhe ficavam contribuindo com os de mais encargos.

Sei por experiencia propria, que muitos bens da dicta Universidade e outras corporações, se acham confundidos ou usurpados por similhante motivo.

Com isto fica em parto destruida uma objecção que pôde oppor-se, e é que talvez o dono do terreno o dêsse com um fôro diminuto, em attenção ao laudemio excessivo. Esse excessivo laudemio recebe-se dos mais, não recebe dos menos escrupulosos, e faz com que muitas vezes nem laudemio nem fôro, nem razão se receba, antes venha a confundir-se e a perder-se a propriedade.

Ao que accresce que aquella objecção nunca poderia proceder, se não quando no contracto expressamente se dissesse, que o senhorio se contentava com um fôro diminuto, esperando compensar-se com o laudemio excessivo. D'outra maneira não é nunca presumivel, que os homens (que preferem o certo ao duvidoso), renunciem a um fôro annual e certissimo, a trôco d'um laudemio contingente.

Outro argumento que é mui obvio, tem mui obvia resposta. As convenções devem guardar-se; e se os laudemios

de que se tracta, são tão gravosos, porque se sujeitaram a elles os emphyteutas? As convenções devem guardar-se, mas é quando são racionaveis e justas, por nenhuma fórma quando são iniquas. Por ventura as nossas Leis não prohibem expressamente o observarem-se os contractos usurarios, e outros muitos? Nem causa admiração o serem demasiadamente gravosos e lesivos os laudemios em questão, e haverem-se sujeitado a elles os povos. Estes, quando recebem um terreno para cultivar ou para edificar, nutridos da esperanza de melhorarem assim sua fortuna, de ordinario não se lembram da triste necessidade, que talvez bem cedo os obrigará a alienal-o. Convencionam um laudemio excessivo, que pensam nunca vir a pagar. Quem ignora que este é quasi sempre o calculo do emphyteuta, quando adquire, e que o contrario é quasi sempre o calculo do senhorio directo, quando aliena uma porção do seu dominio?

Finalmente, eu mui tarde acabaria se quizesse tocar tudo o que se pôde dizer sobre esta materia. Accrescentarei sómente, que a não a comprehender, qualquer refôrma que propomos, ficaria muito imperfeita, e deixaria á agricultura, á edificação e ao commercio dos bens de raiz, um dos seus maiores obstaculos.

O projecto do Sr. Bastos deu logar a um renhido debate, de que resultou a rejeição do principio da redução á quarentena, ficando para ser tomada em consideração a materia do segundo artigo.

A opinião do Sr. Bastos foi vencida, mas não convencida. As razões que lhe foram oppostas reduziram-se ás seguintes — o respeito devido á Lei do contracto — que se ha leção, deviam os emphyteutas recorrer ao poder judicial, ou abandonar o predio ao senhorio — razões que foram con-

futadas na réplica do Sr. Bastos, e por outros Deputados, e em certo modo pelos seus proprios auctores, tendo votado poucos momentos antes a redução á quarentena dos laudemios dependentes de foral, como iniquos, gravosos e prejudiciaes á Nação. É porém de notar, que muitos dos Deputados que combateram a redução, lembraram a remissão mediante á devida indemnisação

FIM.

SUPPLEMENTOS

ÀS

CORRECÇÕES E ADDITAMENTOS

DO

PROJECTO DO CODIGO CIVIL,

SUPPLEMENTO N.º 4.

A pag. 86, depois do art. 327.º — accrescente-se :

SECÇÃO 24.ª

DO REGISTRO DE TUTELLAS.

Artigo (1)

Os Escrivães dos orphãos terão um livro, numerado, rubricado e encerrado pelo respectivo Juiz, que servirá para 'nelle serem registradas as tutellas dos menores e interdictos.

Artigo..... (2)

As paginas d'este livro serão divididas em columnas ou casas, em que se declare :

- 1.º A filiação, idade e domicilio do menor ou do interdicto;
- 2.º A importancia do seu patrimonio em movei e raiz;

..

3.º A data em que teve principio e se terminou o inventario;

4.º O nome, profissão, idade, estado e domicilio do tutor, e se é testamentario legitimo ou dativo;

5.º Se o tutor tem hypotheca especial, ou está sujeito a hypotheca geral;

6.º A data em que começou a gerencia do tutor, e em que findou;

7.º A data das contas que prestar; se houve alcance, e qual;

8.º Observações.

Artigo.... (3)

Além do livro mencionado no artigo 1.º, terá cada Escrivão dos orphãos um caderno, numerado, rubricado e encerrado da mesma forma, que servirá para nelle se averbarem as tutellas, que os domiciliarios do julgado, ou comarca, exercerem em diversos julgados, ou comarcas.

Artigo.... (4)

Os Escrivões dos orphãos irão lançando nas columnas indicadas no art. 4.º os respectivos dizeres, logo que os factos, a que se referem, tenham logar.

Artigo.... (5)

Logo que entre em exercicio de alguma tutoria, pessoa que não seja domiciliada no julgado ou comarca do inventario, enviará o Escrivão, de officio, ao Juiz dos orphãos do domicilio do tutor, certidão do facto, declarando as circumstancias mencionadas nos numeros 1.º, 2.º, 4.º e 5.º do art. 2.º

Artigo (6)

O Juiz que receber a certidão supra indicada, a fará copiar pelo Escrivão encarregado, pelo mesmo Juiz, do registro das tutellas exercidas, pelos domiciliarios do julgado ou comarca, em outros julgados ou comarcas; e accusará a recepção da dicta certidão, e como fien averbada.

§ unico. Este livro será numerado, rubricado e encerrado segundo o disposto no art. 1.º

Artigo (7)

Todos os livros mencionados nos artigos precedentes serão acompanhados de um indice alphabetico dos nomes dos tutores e dos tutelados.

Artigo.... (8)

O Escrivão ou Juiz, que, pela sua parte, deixar de cumprir com o disposto nesta secção, incorrerão na responsabilidade de erro de officio, e das perdas e damnos a que dêrem causa.

Ao art. 974.º, § unico, acrescente-se -- A mesma disposição terá logar em quanto aos fructos pendentes.

Ao art. 976.º, depois das palavras — predio seguro — acrescente-se — antes da constituição da hypotheca.

Ib. — depois das palavras — dominio directo — acrescente-se — ou de deteriorações feitas por terceiro no predio hypothecado.

Ao art. 976.º — *ou ao producto da expropriação ou remissão* — lêa-se — expropriação, remissão ou damno.

Ao art. 990.º — lêa-se — A hypotheca convencional só pôde ser constituída por escriptura publica. Os Tabellães deverão mencionar a hora do dia em que a escriptura é celebrada, e se o obrigado é ou foi casado ou tutor, segundo a declaração do mesmo obrigado, sob pena de perdimento de officio.

Ao art. 999.º accrescente-se:

§ unico. Se a hypotheca fôr constituída por procuração, deve esta ser authentica ou authenticada.

Depois do art. 990.º accrescente-se o seguinte:

Artigo...

Os créditos hypothecarios podem ser cedidos por escriptura publica, ou escripto particular authenticado; mas a cessão não produzirá os seus effeitos em relação aos credores do cedente, senão desde que fôr averbada no registro hypothecario.

Ao art. 992.º, n.º 1.º — depois da palavra — repartidos — accrescente-se — judicialmente.

Ib. — Supprimam-se os numeros 2.º, 3.º e 4.º — O numero 5.º passa para 2.º, — o 6.º para 3.º, — o 7.º para 4.º, — o 8.º para 5.º

Ao art. 992.º — no n.º 5.º (8.º) — *mesmo legatario* — lêa-se — testador.

Ib. — accrescentem-se os seguintes §§.

§ 1.º A mulher casada em paiz estrangeiro não gozará comtudo de hypotheca legal em prejuizo de terceiro, sendo passados trinta dias do registro do seu contracto perante o Tabellião da capital, que de semelhantes registros fôr encarregado pelo Governo.

§ 2.º As hypothecas por tutela, constituída em paiz estrangeiro, não produzirão seus effeitos em prejuizo de terceiro, senão passados trinta dias, a contar da data do registro do acto constitutivo da mesma tutela no livro respectivo do Escrivão dos orphãos da capital, que fôr designado pelo Governo.

§ 3.º O registro mencionado nos dois §§ precedentes pódo ser requerido por qualquer pessoa em nome dos interessados.

Ao art. 993.º — na 1.ª linha — 5.º e 6.º — lêa-se 2.º e 3.º

Ib. — na 4.ª linha — 6.º — lêa-se — 3.º

Ao art. 994.º — na 1.ª linha — 5.º e 6.º — lêa-se — 2.º e 3.º

Ao art. 995.º — na 2.ª linha — n.ºs 5.º, 6.º, 7.º e 8.º — lêa-se — n.ºs 2.º e 3.º

Ao art. 996.º — n.ºs 1.º, 2.º, 3.º 4.º, 7.º e 8.º — lêa-se — 1.º, 4.º e 5.º

Ao art. 999.º — n.ºs 5.º e 6.º — lêa-se — 2.º e 3.º

Ao art. 999.º — n.º 1.º — 5.º — lêa-se — 2.º

Ib. — n.º 2.º — 6.º — lêa-se — 3.º

Ao art. 1001.º accrescente-se o seguinte:

Artigo....

Concorrendo registro de hypotheca com registro de transmissão, feito dentro do mesmo prazo, prevalecerá a data do título.

Ao art. 1002.º, § 1.º — *desde o acto da partilha* — lêa-se — desde o julgamento definitivo da partilha.

Ib. — supprima-se o § 2.º — O § 3.º passa para 2.º — *ib.* n.º 7.º — lêa-se — 4.º — § 4.º passa para 3.º — *ib.* 8.º — lêa-se — 5.º

Ao art. 1004.º — *as hypothecas contrahidas* — lêa-se — as hypothecas convencionaes contrahidas.

Ao art. 1008.º accrescentem-se os §§ seguintes:

§ 1.º Se o crédor não fôr domiciliado na comarca do registro, deverá eleger um domicilio dentro da mesma comarca.

§ 2.º O crédor pôde mudar de domicilio, comtanto que o faça averbar, apresentando título authentico ou authenticado.

Ao art. 1021.º — 2.ª linha — 5.º e 6.º — lêa-se — 2.º e 3.º

Ao art. 1021.º, § 3.º — 1.º, 2.º, 5.º, 4.º, 7.º e 8.º — lêa-se — 1.º, 4.º e 5.º

Ib., § unico — accrescente-se — sem dependencia de conciliação.

Ao art. 1023.º — n.ºs 5.º e 6.º — lêa-se — 2.º e 3.º

Ao art. 1025.º — depois das palavras — ao mesmo tempo — accrescente-se — sem dependencia de conciliação.

Ao art. 1026.º — depois das palavras — satisfazer aos crédores — accrescente-se — em tempo competente.

Ao art. 1029.º — *artigo 1026.º* — lêa-se — artigo 1027.º

Ao art. 1030.º — *bem como as especiaes por credito eventual* — lêa-se — bem como a hypotheca mencionada no art. 992.º, n.º 1.º

Ao art. 1042.º, § 3.º — *dos predios ou por quaesquer bemfeitorias em quanto augmentarem o seu valor* — lêa-se da cousa.

Ao art. 1043.º — accrescente-se em n.º 1.º — os creditos por bemfeitorias em quanto augmentarem o valor do predio; mas estas bemfeitorias só gozarão d'este privilegio, achando-se o predio hypothecado, sendo feitas depois de avaliado o predio com audiencia do crédor.

Ib. — os n.ºs 1.º e 2.º passam para 2.º e 3.º

Ao art. 1045.º, n.º 6.º — n.ºs 5.º, 6.º, 7.º e 8.º — lêa-se — n.ºs 2.º e 3.º

Ib. — *na falta de immoveis* — lêa-se — *na falta de hypotheca especial, ou de immoveis.*

Ao art. 1046.º — supprimam-se os n.ºs 2.º, 3.º e 4.º

Ib., § unico — depois das palavras — *immoveis* — acrescente-se — *repartidos.*

Ao art. 1047.º — depois da palavra — *privilegio* — acrescente-se — *segundo a sua data* —; por sentença — acrescente-se — *proferida em Juizo contencioso.*

Ao art. 1052.º — acrescentem-se os seguintes artigos:

Artigo 1052.º (bis).

Os crédores, que podem requerer separação, sómente conservarão o seu direito, em relação aos crédores do herdeiro ou representante do fallecido, sobre os immoveis da herança, tomando inscripção sobre cada um d'elles no registro hypothecario, dentro do prazo prefixo no art. 1051.º n.º 1.º

Artigo 1053.º (ter.)

Em quanto não expirar o prazo mencionado, não poderão os herdeiros, ou representantes do fallecido, hypothecar ou alienar os immoveis da herança, em prejuizo dos crédores do mesmo fallecido.

Ao art. 1055.º — *conhecida* — lêa-se — *authentica ou authenticada.*

Ao art. 1057.º acrescente-se:

§ unico. Se o capital vencer juros, sómente os juros de cinco annos poderão ser accumulados na collocação do mesmo capital.

Ib. — depois do artigo 1057.º acrescente-se:

Artigo

Concorrendo duas ou mais hypothecas convencionaes registradas dentro do prazo prefixo no artigo 1001.º, serão pagas segundo a data do titulo.

Ao art. 1078.º — supprima as palavras — *a hypotheca não seja especial ou*

Ao art. 1645.º — acrescente-se ás palavras — *primeiramente registrada* — as seguintes — *salvo provando-se que o segundo acquirente procedera de má fé.*

A pag. 542, acrescente-se, depois da Sub-secção 7.ª, o seguinte:

CAPITULO IV.

DA PARTILHA PATERNAL.

Artigo... (1)

Os paes poderão fazer partilha de seus bens, entre seus

filhos, maiores ou menores, para ter effeito em sua vida, comtanto que seja por escriptura publica.

Artigo.... (2)

Os paes podem estipular 'nesta partilha reserva do usufructo, ou de certas e determinadas prestações.

Artigo.... (3)

As partilhas entre vivos só podem comprehender os bens presentes.

Artigo.... (4)

Esta partilha não pôde ser revogada pelo pae, nem rescindida a requerimento dos filhos, sendo estes maiores, e tendo accetado a partilha; salvo por superveniencia ou preterição de filhos.

Artigo.... 5

Mas, se ao tempo da partilha houvesse filho ou filha, menores, poderão estes, depois da morte do pae partilhante, exigir dos outros irmãos indemnisação da diminuição, que possam ter soffrido nas suas legitimas.

Artigo.... (6)

Os bens, que os paes deixarem por sua morte, e não tiverem sido comprehendidos na partilha, serão partidos na forma ordinaria.

Artigo.... (7)

Se a partilha comprehender todos os bens do pae ou mãe junctamente, responderão os bens repartidos pelo pagamento das dividas anteriores, até onde chegarem.

Artigo.... (8)

Se a partilha recahir sómente em certas e determinadas cousas, não responderão estas pelas dividas do pae, excepto em caso de hypotheca; salva a indemnisação a que os filhos terão direito.

Artigo.... (9)

Os paes podem outrosim, conjuncta ou separadamente, repartir seus bens entre os filhos, para depois da sua morte, com tanto que o façam na forma testamentaria.

Artigo.... (10)

Esta partilha pôde ser revogada livremente pelo pae, até ao momento da sua morte, e pôde ser rescindida a requerimento dos filhos, ou sejam maiores ou menores, tanto no caso de preterição, como no caso de inofficiosidade.

Artigo.... (11)

Mas a rescisão nunca poderá prejudicar o beneficio, que os paes hajam feito a algum ou alguns dos filhos, dentro dos limites da quota disponivel.

Artigo.... (12)

A acção auctorizada pelos artigos 5.º e 10.º, na ultima clausula, prescreverá pelo decurso de um anno, a contar da morte dos paes partilhantes.

ERRATAS

Pag.	Lin.	Erros	Emendas
5	17	<i>rationalles</i>	<i>rationnelles</i>
18	21	póde	so póde
21	23	Verse	Suena, Notowaga, Ser- via, Modena, Parma, Bale, Tessino, Valais, Wurtemberg, Neufcha- tel, Soleure, Zurich,
22	23	(mental)	(mental)
23	24	<i>subreg.</i>	<i>subreg.</i>
32	4	provejam	proveja
—	5	sejam exemptos	seja exempto
38	8	marital	mencionado
48	2	Liv.	Leg.
»	6	<i>longe et longissime</i>	<i>longae et longissimae</i>
»	»	<i>iniqua</i>	<i>inique</i>
55	17	dominio	domicilio
56	12	Poitiers denomine	Pothier denomina
»	29	fundado	fundada
61	7	elevado	levado
62	5	artigo	artigos 2222.º e 2228.º
63	13	Martu, Prev.	Martou, Priv.
»	16	Prev.	Priv.
64	3	acha	ache
70	16	factos	pactos
71	6	porporemos	proporemos
75	26	<i>por verty</i>	<i>poverty</i>
»	»	<i>consent</i>	<i>consents</i>
119	11	<i>mura</i>	<i>dextra</i>
»	»	<i>hae</i>	<i>har</i>
120	8	revelariam	voltariam
125	7	reterada	retirada
»	10	onerados	avisados
126	30	<i>Rictor.</i>	<i>Histo.</i>